UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

UNIVERSITÉ DE LORRAINE
Faculté de Droit, de Sciences Économiques et de Gestion de Nancy
École Doctorale des Sciences Juridiques, Politiques, Économiques et de Gestion
Institut François GENY
Institut des Sciences Criminelles et de Droit Médical

LA PROCRÉATION HUMAINE EN DROIT PÉNAL FRANÇAIS ET POLONAIS COMPARÉ

THÈSE
en vue de l'obtention du grade de
Docteur en Droit Privé et Sciences Criminelles

Présentée et soutenue publiquement le 28 novembre 2012

Par
Joanna LUPINSKA

Directeur de Recherches : Monsieur Jean-François SEUVIC,
Professeur de Droit Privé et Sciences Criminelles à l'Université de Lorraine

Membres du jury :

Madame Véronique JAWORSKI, Maître de Conférences et HDR à l'Université de Strasbourg III, **Rapporteur**

Monsieur Bruno PY, Professeur de Droit Privé et Sciences Criminelles à l'Université de Poitiers

Madame Małgorzata PYZIAK-SZAFNICKA, Professeur de Droit Privé et Doyen à l'Université de Łodź, Juge du Tribunal Constitutionnel de Pologne, **Rapporteur**

Monsieur Jean-François SEUVIC, Professeur de Droit Privé et Sciences Criminelles à l'Université de Lorraine, **Directeur de Recherches**

« La Faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à l'auteur »

SOMMAIRE

Sommaire.....5

Liste des abréviations.....7

Introduction générale de la thèse.....15

Première partie : La procréation humaine et la décision individuelle 45

Titre 1. La maîtrise de la procréation humaine par le contrôle des capacités procréatrices.....47
Chapitre 1. La régulation des capacités procréatrices en dehors de l'intervention chirurgicale.....49
Chapitre 2. Les limités de la régulation des capacités procréatrices par l'intervention chirurgicale.....87

Titre 2. La maîtrise de la procréation humaine par le contrôle des naissances et l'interruption de grossesse.....125

Chapitre 1. La liberté explicite d'interrompre de grossesse.....127

Chapitre 2. L'échec d'une interruption volontaire de grossesse et le préjudice lié à la naissance.....178

Conclusion de la première partie.....222

Deuxième partie : La procréation humaine et les interventions extérieures.....225

Titre I. La permission des interventions extérieures.....227
Chapitre I. La généralisation du droit à la reproduction.....229

Chapitre II. Les limites du droit à la reproduction.....273

Titre II. La sanction des interventions extérieures contraintes.....317
Chapitre I. La sanction des interventions extérieures au titre des atteintes individuelles à la femme enceinte.....320
Chapitre II. La sanction des interventions extérieures au titre des atteintes collectives.....378

Conclusion de la deuxième partie.....440

Conclusion générale.....443
Annexes.....449
Bibliographie.....473
Index thématique 515
Table des matières 519

Liste des abréviations

(Bibliographie française)

Abréviation	**Référence bibliographique**
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJF	Actualité juridique famille
AJP	Actualité juridique pénal
art.	article
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile)
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
CAA	Cour administrative d'appel
CA	Cour d'appel
Cass.	Cassation
Cass. Civ.	Cassation de la Chambre civile
Cass. Crim.	Cassation de la Chambre criminelle
Cass. Soc.	Cassation de la Chambre sociale
CC	Conseil Constitutionnel
CCNE	Comité Consultatif National d'Éthique
CE	Conseil d'État
CED	Cour européenne des droits de l'Homme
Dalloz	Recueil Dalloz
éd. gén.	édition générale
éd. entreprise	édition entreprise
JCP	La Semaine Juridique
JOCE	Journal Officiel de Communauté Européenne
JO	Journal Officiel
LPA	Les Petits Affiches
ONU	Organisation des Nations Unies
PUF	Presse universitaire de France
RCP	Responsabilité civile et assurance
RDC	Revue de contrat
RDP	Revue française de droit public
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDM	Revue générale de droit médicale
RIDC	Revue internationale du droit comparé
RJPF	Revue de jurisprudence personnes et famille
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle de droit humanitaire
RSC	Revue des sciences criminelles et de droit pénal comparé
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de Grande Instance
T. correctionnel	Tribunal correctionnel
TPI	Tribunal pénal international

Liste des abréviations

(Bibliographie polonaise)

Abréviation	**Référence bibliographique**
AML	Archives de médecine légale
art.	article
CA	Cour d'appel
CDPSC	Cahiers de droit pénal et des sciences criminelles
coll.	collection
CS	Cour Suprême de Pologne
éd.	édition
EN	État Nouveau
GUS	Office Nationale des Statistiques
LEJ	Les études juridiques
DM	Droit et Médecine
OSN	Jurisprudence de la Cour Suprême
OSNCP	Jurisprudence de la Cour Suprême (Chambre civile et sociale)
OSNKW	Jurisprudence de la Cour Suprême (Chambre criminelle et militaire)
OSP	Jurisprudence des tribunaux polonais
OSPiKA	Jurisprudence des tribunaux polonais et des commissions d'arbitrage
PD	Parquet et Droit
RJM	Revue juridique et militaire
TC	Tribunal Constitutionnel de Pologne
TR	Tribunal Régional
CR	Cour Régional

« L'amour peut gagner là, où l'espoir a échoué »

Lev Tolstoy, *Résurrection*, 1899

INTRODUCTION

Introduction Générale de la Thèse

1. Procréer : créer un être humain, engendrer la vie. Étudier la question de la procréation humaine invite à se pencher sur les sources de la vie. L'homme procrée, la femme procrée et accouche. Tous les deux créent un nouvel enfant dont l'existence sera située dans le temps et dans l'espace. Mais étudier la procréation humaine suppose également de comparer les jugements culturels et les interprétations juridiques extrêmement variés et propres aussi bien en droit pénal français que polonais. La procréation s'est éloignée de sa dimension traditionnelle qui la liait à la notion de maternité et plus largement de famille. Ses horizons se sont élargis et développés dans des directions différentes. Les transformations des normes juridiques ont pris de l'ampleur, notamment durant la deuxième moitié du XXème siècle. Les crimes d'avortement seront corréctionnalisés ; leur répression pénale deviendra en France de plus en plus résiduelle et déplacée progressivement vers le code de la santé publique, qui n'a pas son homologue polonais. La procréation n'est pas définie de façon explicite au sein des normes pénales polonaises. La référence à son caractère médical permet de désigner la procréation comme l'ensemble des procédés destinés à la maîtrise de la fécondité, des naissances et à l'interruption de grossesse. Seul l'article L.2141-1 du code de la santé publique français issu de la loi du 7 juillet 2011 comporte la définition suivante : « *L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle* ». La réglementation relative à la procréation permet de concrétiser le projet parental d'un couple, de protéger la liberté procréative, mais aussi d'encadrer les recherches biomédicales sur l'embryon et les interruptions de grossesse. Par conséquent, l'esprit nataliste des dispositions pénales a été réorienté, le droit veille désormais à ce que le choix procréatif d'une personne soit respecté et protégé. La loi de la procréation humaine défend alors la liberté positive de procréer et la liberté négative de refuser toute procréation. Dans le champ du droit, la procréation est associée aux droits fondamentaux relevant de la sphère de la vie privée.

2. L'interaction entre la médecine, le droit et les mentalités. L'émergence du droit de la procréation traduit à la fois une interaction réciproque entre le droit pénal et le droit médical et une judiciarisation de l'activité médicale. Les découvertes médicales permettent d'accroître la maîtrise des différentes techniques procréatives, de résoudre les problèmes de stérilité et d'infertilité, de découvrir le bonheur de la maternité et de la paternité. En offrant la maîtrise

du choix procréatif, la science a profondément modifié les mentalités aussi bien sur le plan de la vie individuelle, de la vie d'un couple, du futur enfant que sur le plan de la société entière. Le progrès social a favorisé l'émergence de différents types de couples qui revendiquent les libertés sexuelle et procréative au nom du droit à la liberté individuelle. Les droits pénaux en France et en Pologne ont dû poser des limites à ce droit et opérer des choix pour trouver un juste équilibre entre le développement des connaissances scientifiques et les principes fondateurs des systèmes de droit, notamment le respect de la dignité humaine et la liberté individuelle face aux choix procréatifs. Il convient mettre en lumière la relation entre le progrès médical et la maîtrise juridique de la procréation[1]. La confrontation du droit et de la médecine est permanente et réciproque[2]. *« Assis sur des données scientifiques, le droit médical est sujet aux fluctuations des interrogations, des certitudes nouvelles, des avancées techniques »*[3]. La dernière révision française de la loi de bioéthique en date du 7 juillet 2011 a trouvé un nouveau compromis temporaire entre le progrès médical et le désir de ne pas rester en retard par rapport aux acquis scientifiques et aux recherches en progression[4]. Cette nouvelle législation a permis d'encadrer raisonnablement les zones expérimentales, thérapeutiques, économiques et scientifiques suscitant des convoitises et liées aux différentes techniques procréatives[5]. Le législateur français a tenté d'équilibrer la maîtrise juridique de la procréation et la volonté de préserver la pérennité des grands principes des droits pénal et médical. Les recherches sur l'embryon, interdites par principe et autorisées par dérogation, se justifient par deux arguments. D'un côté, il y a des arguments scientifiques, comme la subsidiarité de la recherche, l'avancement majeur des projets médicaux, la pertinence scientifique du projet de recherche. De l'autre côté, interviennent des principes éthiques. Le vote de cette loi en France est un nouveau pas vers la maîtrise de la procréation en général et la construction d'une nouvelle branche du droit pénal, le droit pénal de la bioéthique en particulier[6]. Cette nouvelle révision périodique de la législation française a élargi les

---

[1] G. Taormina, *Le droit de la famille à l'éprouve des progrès scientifiques,* Dalloz 2006, 23

[2] M. Łaczkowska, *Aspects éthiques et juridiques de la création de la vie humaine,* Conférence « *Éthique et les limites juridiques de la recherche scientifique »,* 2009

[3] F. Vialla, (sous la dir.), *Les grandes décisions du droit médical,* éd. LGDJ 2009, la maquette de l'ouvrage

[4] P. Pirnay, *Bioéthique et droit : interaction,* éd. Les études hospitalières 2011 ; H. Graumont-Prat, *Bioéthique et droit, l'assistance médicale à la procréation,* éd. Les études hospitalières 2011 ; J.-B. Thierry, *Quelle place pour la bioéthique en droit pénal,* RGDM 2005, p. 39 ; M. Véron, *Bioéthique : le contenu de la loi du 6 août 2004,* Droit pénal 2004, étude 16

[5] A. Cheynet de Beaupré, *La révision de la loi relative à la bioéthique,* Dalloz 2011, n° 32, p. 2222

[6] D. Vigneau, *Les dispositions de la loi bioéthique du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au foetus humain,* Dalloz 2011, n° 32, p. 2224 et s. ; Ch. Byk, *Bioéthique,* JCP, éd. gén., 18 juillet, n° 24-34, 2011, p. 878 ; L. Lambert-Garrel, *Révision des lois bioéthiques entre adaptation et innovation,* Revue Droit et Santé janvier 2011, p. 7 ; J.-B. Binet, *La bioéthique à l'éprouve du temps,* JCP, éd. gén., 2011, doctrine, p. 1410 ; A. Dionisi-Perysse, *L'assistance médicale à la procréation dans la loi du 7 juillet 2011,* AJF, octobre 2011, p. 492 ; J.-R. Binet, *La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée du droit de la bioéthique,* Droit de la famille, octobre 2011, étude, p. 17 et s. ; Ch. Byk, *Prévoir le changement pour que rien ne change,* JCP,

compétences des professionnels de la santé en légalisant les nouveaux actes médicaux techniquement réalisables comme par exemple la vitrification ovocytaire (congélation ovocytaire ultra-rapide) en vertu de l'article L.2141-1 al.4 du code de la santé publique, ou encore les recherches sur embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches selon les articles L.2151-1 et s. du même code[7]. Il faut se demander quelles peuvent être les conséquences de l'élargissement des recherches sur l'embryon pour les embryons eux-mêmes et pour le comportement des couples demandant une fécondation *in vitro* dans le cadre de la procréation médicalisée ou un diagnostic prénatal ?

3. L'émergence du droit de la procréation et le désir d'enfant. On assiste à l'émergence de nouvelles solutions normatives relatives à la procréation et traditionnellement réservées au droit pénal qui ont progressivement été transposées dans la législation médicale *stricto sensu*. Le droit moderne de la procréation est désormais une spécialité à part entière actualisée périodiquement par les révisions successives des lois de bioéthique. Ce droit pénal de la bioéthique tente de trouver un compromis entre le progrès médical, agissant comme un puissant stimulant de la réflexion juridique, et une volonté de pérenniser les grands principes du droit à travers la pensée éthique[8]. La globalisation du progrès médical permet également une harmonisation législative, par exemple sur les indications médicales concernant l'interruption de grossesse, sur l'encadrement des diagnostics prénataux et des recherches sur les embryons humains. La science permet de développer des pratiques médicales qui, faute d'une réaction pénale efficace, peuvent devenir à terme dangereuses ou relever des seules *« indications de convenance personnelle »* (par exemple : interruptions tardives de grossesse, procréation au profit de personnes déjà âgées ou à la demande d'un couple homosexuel). La rapidité des avancées médicales est susceptible de conduire à la remise en question des grands principes fondateurs du droit pénal tant en France qu'en Pologne. À titre d'exemple, on peut citer l'acharnement procréatif destiné à satisfaire le désir d'enfant chez des personnes déséquilibrées, isolées, l'exploitation biologique du corps d'un enfant mis au monde pour servir en tant que *« bébé-médicaments »*, ou l'exploitation du corps de la femme en tant que *« femme utérus »*. On peut aussi citer la banalisation des techniques de procréation médicalisée et l'émergence de trafics et de marchés procréatifs destinés à la consommation de « *l'autre* ». Quels que soient ces enjeux, le progrès médical a contribué à la maîtrise de tous

---

éd. gén., 2011, p. 844 ; V. Avena-Robardet, *Loi bioéthique : le statut quo*, AJF 2011, p. 342

[7] J.-R. Binet, *La bioéthique à l'éprouve du temps*, JCP, éd. gén., 2011, doctrine, p. 878 ; P. Mistretta, *Droit pénal de la bioéthique : le coup de grâce !*, JCP, éd. gén., 18 juillet 2011, p. 845 ;

[8] T. Basiega, *Bioéthique polonaise*, Cracovie 2004 ; B. Chyrowicz, *La bioéthique et ses risques*, Lublin 2002 ; W. Lange, *Problèmes juridiques de la procréation humaine*, Toruń 2000 ; T. Twardowski, A. Michalska, *La biologie moderne dans la pratique d'un avocat et d'un biotechnologue*, Toruń 2000

les types de procréation humaine. Il a conduit à l'élaboration d'un statut particulier de l'embryon humain, et à écarter tout amalgame entre cet embryon et un matériel biologique *« ordinaire »*. Ni le droit français ni le droit polonais n'ont reconnu un droit à la fertilité. Cette interaction entre le droit pénal et le droit médical intègre des notions communes, telles que le consentement à l'acte médical, la clause de conscience, la responsabilité médicale, la relation de soins, ou encore le statut du patient. Naturellement, c'est la norme pénale qui encadre la réalité médicale, mais elle est très souvent générale. Les systèmes juridiques des deux pays tentent de s'adapter au développement de la science. Le droit français semble être plus réactif. Si la jurisprudence française a exclu la qualification pénale d'homicide involontaire sur un fœtus avant sa naissance, l'encadrement pénal de la protection des embryons humains est en France beaucoup plus précis qu'en Pologne où l'article 157a du code pénal présente des imprécisions textuelles et une rédaction ambiguë. Les dispositions des articles 511-15 et s. du code pénal français ont clarifié la représentation pénale de l'embryon en France. Mais le droit français est marqué par une particularité qui n'existe pas en Pologne. En effet, l'article 37-1 de la Constitution française dispose que *« La loi et les règlements peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental »*. C'est effectivement dans cette logique que le législateur français a introduit, dans la loi de bioéthique du 6 août 2004, la notion de *« bébé-médicament »* à titre exceptionnel, notion finalement pérennisée par la loi du 7 juillet 2011.

4. Le contexte prénormatif en France et en Pologne. Le processus législatif a pour mission d'encadrer l'accompagnement et développement des pratiques médicales et biomédicales relatives à la procréation. Le système des institutions en France et en Pologne n'est pas similaire dans la mesure où en France, on observe une sorte d'institutionnalisation du contexte prénormatif. Cette différence dans le fonctionnement du système juridique permet de poser la question de l'influence de la structure des systèmes législatifs et des différences institutionnelles sur la création de la loi en France et en Pologne. En France, le Décret du 23 février 1983 a créé le Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, un organisme dont la mission a été définie par la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique. Il donne *« des avis sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevées par les progrès de la connaissance dans le domaine de biologie, de la médecine et de la santé »*. Son rôle est considérable car il s'est prononcé sur toutes les questions importantes liées à la procréation humaine. La consultation nationale sous la forme d'États Généraux de la bioéthique n'existe pas en Pologne. Elle permet de s'exprimer par les différentes sensibilités et d'analyser les problèmes de la procréation dans des optiques variées

face aux comportements sociaux et aux pratiques médicales nouvelles. C'est un espace public de débat destiné à explorer « *le pouvoir et la liberté de l'homme face à son destin* »[9]. Ni le Comité Consultatif National d'Éthique ni les États Généraux français n'ont pas d'homologues polonais. Les projets de loi relative à la bioéthique, comme tous les projets concernant de la procréation humaine en Pologne, sont déposés à la Commission Parlementaire pour la Santé et les Affaires Sociales dans le Sejm, la Chambre supérieure du Parlement polonais. Les consultations prénormatives sont donc centralisées.

5. Le contexte postnormatif en France et en Pologne. En France, l'Agence de biomédecine dispose, en vertu de l'article L.2151-5 du code de la santé publique, un droit de monopole dans la délivrance des autorisations de recherches *« à finalité thérapeutique évidente »*. L'Agence contrôle, depuis la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *« tout établissement ou laboratoire autorisés à pratiquer des examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal »*. L'État français a donc un réel pouvoir administratif de contrôle et de surveillance concernant les conditions et les directions des recherches effectués sur les embryons humains en France. Dès sa création par la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique en 2004 à 2011, l'Agence a délivré une soixantaine d'autorisations[10]. La loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique a assoupli encore les compétences de l'Agence qui peut, selon le nouvel article L.2131-2 du code de la santé public, contrôler *« tout établissement ou laboratoire autorisés à pratiques des examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal »*, et selon l'article L.2151-5, l'autorisation peut être délivrée pour la recherche susceptible de permettre des progrès médicaux majeurs. L'Agence de la biomédecine n'a pas son équivalent polonais. Sa création n'est pas prévue par le projet de la loi relative à la bioéthique. En revanche, ce projet prévoit la création du Conseil Polonais de la Bioéthique qui, dans le champ de compétences, est équivalent au Conseil Consultatif National d'Éthique en France. En Pologne, le Ministre de la Santé publie chaque année un Rapport concernant l'application de la loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale, la protection de l'embryon humain et les conditions de l'interruption de grossesse. Il décrit les statiques nationales en matière de la procréation.

6. Le choix procréatif et la liberté individuelle. Dès le XXème siècle, le droit pénal a développé une nouvelle logique influencée par l'émancipation féminine, le fruit des

---

[9] Ch. Byk, *Le débat bioéthique : un débat politique ?*, Médecine et Droit 2007, 41

[10] Sur le fonctionnement de l'Agence de la biomédecine : Agence de la biomédecine : Rapport « *Le bilan d'application de la loi du 6 août 2004* », octobre 2008, p. 67 ; CE, Avis « *La révision des lois de bioéthique* », 2009, p.15

transformations sociales d'un nouveau monde industriel. Avec elle, la place de la femme, sa liberté ont été valorisées. Si la ligne générale adoptée par les législateurs français et polonais comporte de nombreuses similitudes, leurs motivations ont été souvent divergentes tant politiquement que socialement. La grossesse est un état particulier qui engage le corps de la femme. En France, la mère et l'enfant sont considérés comme un corps unique avec une individualisation du pouvoir de la femme sur la vie de son enfant. En Pologne, cette liberté est limitée car l'intégrité physique du fœtus fait l'objet d'une protection pénale autonome. Mais la liberté procréative signifie, aussi bien en France qu'en Pologne, la liberté de disposer de son corps donc la liberté de l'auto-avortement et de l'auto-mutilation comme par exemple une auto-castration. Le consentement de la femme fondé sur le jugement personnel et la conscience morale individuelle est une valeur supérieure que la vie du fœtus[11]. La femme avorteuse et l'homme ainsi mutilé restent pénalement impunis. En Pologne, la liberté procréative de la femme a une valeur constitutionnelle[12]. L'article 71 al. 2 de la Constitution Polonaise du 2 avril 1997, dispose *« La mère a un droit à une protection particulière de la part de pouvoirs publics tant avant qu'après son accouchement »*[13]. L'article 47 de la même Constitution *« chacun dispose un droit de décider librement de sa vie privée »*[14]. L'article 2 de la loi du 7 janvier 1993 relative à la planification familiale confirme cette liberté : « *Les organes de l'administration publique local et territoriale ont, dans le cadre des leurs compétences, l'obligation d'offrir aux citoyens un accès libre à des méthodes et des moyens de procréation consciente* ». Les deux systèmes pénaux fondent cette liberté procréative sur deux éléments. Le respect de la liberté procréative est associée, aussi bien en France qu'en Pologne, à la reconnaissance juridique du consentement qui renvoie à l'autonomie de la volonté interprétée comme l'attitude de la personne à comprendre son environnement et à en disposer librement[15]. La liberté en matière de procréation doit être étudiée dans une triple perspective ; comme un droit d'entretenir des relations sexuelle, le droit de procréer, les droit de changer le sexe et de refuser toute procréation[16]. Toutes ces décisions tentent à maîtriser la

---

[11] B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale,* thèse de Nancy II, 1993, p. 327

[12] M. Nesterowicz, *Note à la décision de la Cour Suprême du 22 février 2006*, Droit et médecine 2007, n° 1, p. 131 ; D. Korszen, *Conception de droit subjective dans la loi sur la planification familiale, la protection de l'enfant conçu et les conditions de l'interruption de grossesse,* Revue des tribunaux 2008, n° 4, p. 133-138

[13] Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1997, Journal des Lois 1997, n° 78, position 483

[14] A. Jacek, *La « mauvaise naissance » comme une source de la responsabilité de l'établissement de santé,* Parquet et droit, 2008, n° 12, p. 101

[15] K. Duprat, *Un malade mental peut-il avoir une sexualité ?,* Mémoire de Master II Droit Privé, Nancy 2, 2007, p. 44 ; M. Lemoine, *Intimité e secret médical, Interprétation philosophique des rapports entre éthique et droit,* Médecine et Droit 2007, p. 73 et s. ; X. Pin, *Le consentement en matière pénal,* éd. LGDJ 2002

[16] J. Pinatel, *Aperçu des aspects criminologiques de l'avortement,* RSC 1973, p. 741 et s. ; V. Malabat, *Droit pénal spécial,* Dalloz 2003, p. 141 ; J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial,* éd. Cujas

conception d'un enfant. Les deux systèmes juridiques se rapprochent en reconnaissant le droit de maîtriser la procréation naturelle. Mais l'accès à la procréation médicalement assistée est marqué par les divergences significatives liées aux différents aspects juridiques et éthiques, propres à chaque système de droit. En revanche, quel que soit la technique procréative choisie, le droit français et polonais exigent de donner une information médicale suivie par un consentement préalable à l'acte médical réalisé en respect de l'art médical et du droit à l'objection de conscience.

7. La liberté procréative et les droits de l'homme. La vision internationale de la sanction des atteintes à la liberté procréative, plus particulièrement à l'interruption de grossesse, est relativement neutre car fondée sur le principe du respect de l'être humain dès le commencement de la vie et privée d'un fondement normatif universel. Dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg la grossesse est un état particulier qui engage le corps de la femme. Selon les juges européens, le droit à la vie du fœtus n'est pas un droit normatif au sens de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. La *« vie »* et la *« personne humaine »* sont alors considérées comme des notions autonomes, même neutres et laissées à l'appréciation des législations nationales.

8. La dissociation entre la procréation et la sexualité. Le code pénal de 1810 en France et le code pénal de 1932 en Pologne ont été marqués par une politique pénale visant à promouvoir une attitude procréative particulière. Ils ont favorisé la promotion ainsi que la protection de la procréation et de la finalité procréative de l'activité sexuelle par une forte incrimination attachée à l'avortement. A la fin du XXème siècle, la maîtrise de la fécondité a eu un impact décisif sur la dissociation entre l'activité sexuelle et l'activité procréative. Cette évolution a permis non seulement d'avoir une vie sexuelle satisfaisante, de bonnes relations interpersonnelles dans le couple, mais également de faire des choix procréatifs plus librement. La sexualité et la procréation sont devenues des notions autonomes. Il convient d'étudier les conséquences d'une telle autonomie, plus particulièrement les différences dans l'accès à la contraception en France et en Pologne. Le droit de la procréation limite la volonté individuelle des uns pour protéger la volonté individuelle des autres. Il exige le consentement à l'acte sexuel ; il protège le droit à l'interruption volontaire de grossesse. Il laisse à la femme

---

2007/2008, p. 58 et s. ; J.-B. d'Onorio, *Loi Weil : réflexion sur un premier bilan*, JCP, éd gén., 1986, I, 3246 ; A. Decocq, *Commentaire de la loi du 17 janvier 1975*, RSC 1975, p. 725 ; P. Decheix, *Articles 223-10 à 223-12 du code pénal*, Juris-Classeur pénal ; F. Dekeuwer-Defossez, *Avortement*, Répertoire pénal Dalloz ; M. Heers, *Existe-il un droit à l'avortement ?*, RDSS 1961, p. 69 ; G.Wiederkehr, *Le vir devant l'avortement*, RTDC 1974, p. 573

accompagnée ou non de son conjoint l'autonomie décisionnelle d'être ou non enceinte, de poursuivre ou non sa grossesse et de choisir un projet parental. Le droit encadre donc la sexualité en tant qu'activité pénalement protégée. Cependant ni en France ni en Pologne, il n'existe de droit au sexe ni de droit à l'assistance sexuelle pour les personnes handicapées. En revanche, les deux systèmes ont réaffirmé le droit de chaque personne à une vie sexuelle épanouie, mais limitée par le respect de l'autre. C'est sur le principe de la dignité humaine, qu'est fondé le droit au respect de l'intimité qui constitue un élément du droit à la vie privée qui comporte, selon la Cour européenne des droits de l'homme, *« le respect de l'intégrité physique et morale, dont l'intégrité sexuelle »*[17].

9. Plan. La procréation humaine est encadrée par le droit pénal qui impose des limites pour protéger la femme, l'embryon, le couple (Section 1). La liberté procréative est devenue en France et en Pologne une liberté individuelle, mais cette liberté illustrée par le désir d'enfant doit être protégée face aux risques potentiels et l'ambivalence des nouvelles technologies procréatives (Section 2).

[17] CEDH, 20 mars 1985, affaire X et Y contre Pays-Bas, série A, n° 91§22 ; B. Mauer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme,* Documentation française 1999, p. 397 ; G. Ramond, *La dignité de la personne humaine, la liberté sexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme,* LPA 1er août 2006, p. 6

SECTION 1

Entre la liberté procréative et les limites imposées par la loi

10. Le principe du respect de l'être humain. Selon Monsieur J.-F. Seuvic, *« la qualité de l'être humain tient à la nature et apparaît dès la conception »*[18]. Il convient d'étudier quels sont les fondements de la protection de l'embryon qui, tant en France qu'en Pologne, n'est pas un sujet de droit. La protection accordée par le droit français aux fœtus est associée directement au corps de la mère. En Pologne, les fœtus sont exclus de la catégorie des victimes, mais ils bénéficient d'une protection pénale autonome. Ils disposent donc un statut particulier marqué par une indépendance partielle par rapport au corps de la femme enceinte. En France, l'enfant conçu n'est pas une personne humaine, il n'est pas *« autrui »*. Mais, l'embryon et le fœtus appartiennent à la famille humaine et à la catégorie des personnes humaines en devenir. Le droit pénal polonais a reconnu la subjectivité de l'enfant à naître, sans qu'une personnalité juridique lui soit attribuée. Les grands principes du droit tels que le principe de la dignité humaine, de l'indisponibilité et de l'intégrité du corps humain[19] justifient la protection pénale de la personne humaine face aux nouvelles technologies biomédicales (A). Mais le statut de la personne humaine en devenir est toujours ambiguë (B).

A. Les grands principes du droit permettant de résister à la déshumanisation de la procréation

11. La place de la dignité humaine dans la norme pénale. Admettre l'application du principe de la dignité humaine à propos de la protection de l'espèce humaine et de la personne en devenir permet de protéger la subjectivité biologique et sa singularité génétique. La nécessité de protéger la subjectivité de l'homme est donc objective et s'exprime de manière explicite à travers des incriminations portant sur les crimes contre l'humanité, les crimes contre l'espèce humaine, les manipulations génétiques et les recherches sur l'embryon humain. Cette dignité humaine[20] s'applique singulièrement à chaque personne et

---

[18] Sur l'application du principe de la dignité humaine : J.-F. Seuvic, *Paradoxes sur la situation pénale de l'homme avant la naissance et après la mort*, in *Bioéthique, les enjeux du progrès scientifique*, éd. Bruylant, 2000 ; Ch. Byk, *Le concept de dignité et le droit des sciences de la vie*, Journal international de bioéthique 2010, n° 4 ; P. Mistretta, *La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal*, JCP, éd. gén., 2005, I, 100, n° 19 ; B. Edelman, *La dignité humaine, un concept nouveau*, Dalloz 1997, chronique, p. 185 ; V. Saint-James, *Réflexion sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français*, Dalloz 1997, chronique, p. 61

[19] M. Gobert, *Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution)*, RTDC 1992, 489

[20] B. Mathieu, *Principe de dignité*, RDP 1999, p. 93

collectivement à toute l'espèce humaine[21]. Elle empêche un praticien de pouvoir procéder arbitrairement à une interruption de grossesse même indésirable, de porter secours à la suppression de la vie en formation ou de procéder aux expériences médicales prohibées. Certaines incriminations, plus particulièrement celles portées contre les atteintes à la vie et à la santé de la personne humaine et les crimes contre l'humanité commis sur les groupes choisis en fonction de critères subjectifs, valorisent davantage cette dignité humaine qui devient en quelque sorte un qualificatif objectif, une caractéristique innée de chaque personne. En revanche, elle est placée sur un plan secondaire dès qu'il s'agit de protéger les générations futures et les enfants à naître. Il convient d'étudier comment le principe de la dignité humaine protège contre l'exploitation biologique et le risque de marchandisation du corps humain (1). Ensuite, il faut voir si les grands principes fondateurs de droit peuvent être limités ou sacrifiés au nom du progrès et pour protéger la liberté des recherches scientifiques (2).

1. Le risque de l'exploitation biologique et de la marchandisation du corps humain

12. La condamnation de l'exploitation biologique des produits du corps humain. La réglementation relative à la disposition des embryons issus d'une interruption volontaire de grossesse repose sur des critères extra-pénaux, voire sur des arguments d'utilité scientifique. Si, en Pologne, ils seront considérés par principe comme des déchets postopératoires, en France leur destin dépendra de leur éventuelle utilité biologique susceptible de justifier des prélèvements en vertu de l'article L.1241-5 du code de la santé publique. Depuis la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique, la femme doit donner son consentement postérieurement à la décision d'interrompre sa grossesse. Sachant que dans la majorité des cas les femmes veulent plutôt oublier l'acte abortif, il convient de souligner l'utilité de cette disposition. Les prélèvements effectués peuvent avoir un impact très positif pour le développement de la médecine fœtale, à condition naturellement qu'aucune pression ne soit réellement exercée sur la femme pour récupérer les embryons et les fœtus. Dans quelles hypothèses l'exploitation biologique est exclue en France et en Pologne ? Pour répondre à cette question, il faut étudier le statut actuel de l'embryon humain, de voir si ce dernier peut être considéré comme un patient, comme un sujet, ou comme un objet de droit.

13. La procréation humaine et le principe de l'indisponibilité du corps humain, fondateur

[21] Dans l'hypothèse de l'espèce humaine, le droit pénal français, contrairement à la norme polonaise, fait une référence directe à la notion de la dignité humaine dans l'incrimination des crimes contre l'espèce humaine (articles 511-1 à 511-1-2 du code pénal)

de systèmes pénaux en France et en Pologne. Il convient de mettre en lumières les conséquences du progrès médical et des changements sociaux sur l'application du principe de l'indisponibilité du corps humain. Deux hypothèses seront étudiées : l'indisponibilité du corps humain face à la maîtrise de capacités procréatrices et l'indisponibilité du corps humain face au désir de parentalité. Dans la première hypothèse, il s'agit de la transformation chirurgicale du sexe en cas du transsexualisme, juridiquement reconnu en France et en Pologne. Cette reconnaissance témoigne, dans les deux systèmes nationaux, de l'accroissement des libertés individuelles. Dans un premier temps, le transsexualisme était considéré comme contraire au principe de l'indisponibilité du corps humain et fondé sur la volonté subjective de la personne. Ensuite, le transsexualisme a été reconnu sous le fondement du principe du respect de la vie privée. Dans la deuxième hypothèse, il faut analyser comment le droit pénal des deux pays freine la marchandisation du corps humain dans le domaine de la procréation et comment il s'oppose au désir démesuré de parentalité. Car le désir de parentalité est susceptible de conduire les futurs parents à se tourner vers la gestation pour autrui, l'insémination *post mortem* ou le tourisme procréatif effectué à l'étranger. Dans toutes ces situations, l'enfant devient un objet de propriété.

14. L'interdiction explicite commune de l'insémination post mortem et de la gestation pour autrui. En Pologne, le transfert d'embryon *post mortem* est interdit sur un double fondement : à la fois par le principe de l'indisponibilité du corps humain et en vertu de l'article 58§2 du code civil qui dispose que l'insémination posthume est contraire au principe de bien-être de l'enfant conçu. Or, comme en droit français, la prise en compte de la volonté du défunt pour l'insémination posthume est indifférente. Le projet de loi bioéthique polonais a pris la même position que celle du législateur français exprimée dans la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique. L'interdiction reste absolue et ne prévoit aucune dérogation possible. En France, la disposition de l'embryon est prévue par l'article L.2141-4 du code de la santé publique ; à savoir les embryons sont destinés à la recherche, à la destruction ou ils sont destinés au transfert vers un couple demandeur. Dans toutes ces hypothèses, la décision est prise avant la mort de l'un des membres du couple. Le droit français interdit explicitement la gestation pour le compte d'autrui, il refuse de reconnaître les conventions de mère-porteuse signées à l'étranger par les couples français en se référant au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes et aux règles de la filiation. Le projet de loi bioéthique polonais a repris le même principe de l'interdiction, fondé comme en France sur la règle selon laquelle uniquement la gestation par les parents d'intention peut, à l'exception de l'adoption, fonder la maternité.

2. L'homme de demain a-t-il un droit à la dignité humaine ?

15. La reconnaissance de la protection au nom de la dignité humaine. L'appartenance de l'embryon et du fœtus humains à l'humanité est biologiquement une évidence. Mais la survie de l'embryon ou du fœtus dépend à la fois du statut pénal qui leur est attribué et de la prise en compte des droits subjectifs des autres acteurs comme la femme enceinte ou encore un couple demandeur lors d'une procédure de procréation médicalisée. Le 8 juillet 2004, le juge européen a reconnu explicitement, que le fœtus humain jouit d'une protection pénale particulière au nom de sa dignité humaine tout en reconnaissant la souveraineté nationale juridique des États à fixer les frontières de cette protection[22]. La dignité humaine est explicitement évoquée dans l'article 2 du projet de la loi bioéthique en Pologne, où elle est l'un des principes fondateurs et tributaires de la future réglementation au même titre que l'intérêt de l'enfant et de la famille face à l'application des techniques procréatives[23].

16. Le cas de la procréation naturelle. Peut-on trancher la question de la dignité humaine d'un être qui n'est pas une personne humaine ? Cette question marque un point de divergence entre les deux systèmes, fondé essentiellement sur la contradiction du raisonnement des juges constitutionnels. Mais, le Conseil Constitutionnel a opté en 2001 pour la limitation de la protection constitutionnelle de la vie de l'embryon[24]. En mettant l'accent sur la liberté procréative de la femme, il a simplifié la procédure de l'interruption volontaire de grossesse. Le raisonnement du Tribunal Constitutionnel de Pologne opte pour une voie opposée. Le 28 mai 1997, il a admis explicitement la liberté de l'interruption volontaire de grossesse, mais il a renforcé dans le même temps la protection de la vie anténatale[25]. Cette divergence interprétative peut s'expliquer en partie par le fait que le droit de disposer de son corps par une femme enceinte n'est pas totalement équivalent.

17. La survie de l'enfant face à la décision de la mère. En Pologne, la vie de l'embryon *in utero* dispose de la même valeur constitutionnelle que la vie de l'enfant déjà né. De plus, toute atteinte arbitraire à l'intégrité physique de l'enfant conçu est pénalement sanctionnée par l'article 157a du code pénal. Le législateur français se prononça en faveur de la prise en

---

[22] CEDH, 8 juillet 2004, affaire Vo c/ France, Dalloz 2004, jurisprudence, p. 2456, note J. Pradel

[23] Projet de loi relative à la bioéthique déposé dans la Commission de Santé et des Affaires Sociales du Parlement polonais

[24] L. Phillip, L. Favoreu, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, éd. Dalloz 2003, p. 303 et s. ; CC, 27 juin 2001, n° 2001-446

[25] TC, 28 mai 1997, K 26/96, Jurisprudence du Tribunal Constitutionnel (OTK) 1997/2, Journal des Lois 1997, n° 157, position 1040

compte de la volonté subjective de la femme avant l'expiration du délai de 12 semaines pour justifier une interruption de grossesse. En droit polonais, la référence légale à la détresse sociale de la femme a été abrogée le 27 mai 1997, par une censure du juge constitutionnel. Peut-on parler de l'application du principe de la dignité humaine de l'embryon et du fœtus humains dans le cas de l'interruption médicale de grossesse ? Dans ce cas, la vie, voire la survie du fœtus dépendent, aussi bien en France qu'en Pologne, de la situation médicale et légale de la mère, puis de son propre état de santé.

B. L'ambiguïté persistante du statut pénal de la personne humaine en devenir

18. La représentation pénale de la personne en devenir varie en fonction du mode de procréation et de l'état de son développement. Dans le domaine de la procréation naturelle, le droit pénal réserve un *statu quo* en France et une protection autonome de son intégrité psychique en Pologne. Dans le domaine de la procréation médicalisée, une ambiguïté persistante est liée à la nature même de l'intervention médicale qui demande souvent de sacrifier un embryon pour sauver l'existence des autres. Le droit français évolue vers le renforcement de l'efficacité des techniques procréatives, alors que la tendance qui prédomine actuellement en Pologne consiste à réduire le nombre des embryons surnuméraires. Les droits pénaux français et polonais ne définissent pas explicitement le statut de l'embryon et du fœtus humains. Leur statut juridique peut être déduit de la place qu'ils occupent face au choix procréatif de la mère (1). Le devenir de l'embryon et du fœtus dépend des critères biologiques et de critères extra-biologiques (2).

1. Représentation pénale de l'embryon et du fœtus humains face au choix procréatif

19. Derrière chaque embryon se cache un homme potentiel, une vie potentielle. L'analyse tant doctrinale que jurisprudentielle du statut de l'embryon et du fœtus humains était dans un premier temps associée aux interruptions de grossesse. Actuellement, elle est encadrée essentiellement par les règles spéciales relatives à la recherche sur l'embryon humain et les cellules souches embryonnaires. La représentation pénale de l'embryon humain fait référence à son intégrité physique[26]. Son statut pénal est déterminé en fonction de la technique procréative choisie, des intérêts des autres acteurs et de l'état de son développement biologique. Les différents critères d'identification ont été employés pour créer des seuils de protection pénale comme la conception, l'implantation utérine, la viabilité, la naissance. Pour

[26] A. Mircovic, *L'embryon humain : question interdite*, JCP, éd. gén., 2010, 117

préciser le statut juridique de l'embryon et du fœtus, les législateurs utilisent différentes formulations telles que : l'enfant conçu à l'égard des embryons *in utero*, les embryons *in vitro* ou encore les embryons surnuméraires. Dans certains cas, les imprécisions textuelles peuvent parfois conduire à des difficultés interprétatives. La comparaison entre certaines expressions telles que par exemple *« l'enfant conçu »* prouve qu'elles peuvent avoir un sens et un contenu variés. Elles peuvent être interprétées de façon contradictoire par les normes et les jurisprudences nationales. La notion *« d'enfant conçu »* reste particulière dans la mesure où, contrairement à la norme française, elle est directement évoquée dans le code pénal. La doctrine polonaise s'accorde majoritairement pour dire que *« l'enfant conçu »* signifie un embryon implanté dans l'utérus. Une telle notion de *« l'enfant conçu »* n'existe pas dans la norme pénale française. L'approche française consiste à opérer une distinction fondée sur l'implantation ou non entre d'embryons *in vitro* et *in utero*. Dans cette hypothèse, c'est donc l'environnement biologique qui détermine le statut de l'embryon[27]. Le Comité Consultatif National d'Éthique a évoqué cette question le 21 octobre 2010[28]. Il a exprimé sa préférence pour le transfert et l'implantation des embryons permettant d'éviter leur destruction. On peut observer que les formulations choisies pour désigner et identifier l'embryon humain se réfèrent non seulement à l'environnement biologique, mais également au fait que son existence est de plus en plus *« détachée »* de la notion de grossesse. La grande majorité des dispositions relatives à la loi de bioéthique du 6 août 2004 et du 7 juillet 2011 en France témoigne de la prise en compte de l'embryon dans toutes les phases de l'existence biologique, ce qui permet sans doute d'éclairer son statut et l'étendre le champ de sa protection. Cette réglementation bioéthique est beaucoup plus développée en France. En Pologne, la loi bioéthique n'est pas toujours votée et la seule référence directe reste l'article 157a du code pénal[29]. Il ne se prononce pas directement ni sur la fécondation *in vitro* ni sur la nature de l'intervention médicale. Par conséquent, il pose des problèmes interprétatifs quant à son application pour les embryons *in vitro*. La formule *« l'enfant conçu »* paraît encore une fois comme imprécise et inadaptée. Compte tenu de l'expression *« les atteintes graves à l'intégrité physique »* utilisée dans l'article cité, il convient d'étudier si cette atteinte peut intégrer la notion d'impossibilité de naissance, d'empêchement à l'implantation ou le transfert, ou encore la destruction accidentelle des embryons ? Le projet de la loi de bioéthique en préparation en Pologne propose de régler cette question par l'instauration d'une

[27] G. Mémenteau, *L'embryon législatif*, Dalloz 1994, 35 ; G. Raymond, *Le statut juridique de l'embryon humain*, Gazette du Palais 1993, doctrine, 524

[28] CCNE, 21 octobre 2010, Avis n° 112 *« Les recherches sur l'embryon »*

[29] **L'article 157a du code pénal polonais dispose :** « *§1. Celui qui provoque une atteinte à l'intégrité de l'enfant conçu susceptible de menacer la santé ou la vie de l'enfant conçu est puni d'une peine d'amende, d'une peine restrictive de liberté ou d'une privative de liberté jusqu'aux 2 ans* ».

interdiction de la destruction des embryons punie d'une peine privative de liberté de 3 mois à 5 ans. Pour éviter le surstock, il propose également de réduire le nombre d'embryons crées dans le cadre de la procréation médicalement assistée. Si en Pologne, ce nombre est fixé à deux embryons, en France, la Commission parlementaire chargée d'examiner le projet de loi bioéthique a proposé en janvier 2011 de fixer le nombre maximal d'embryons fécondés à trois[30]. Finalement, l'article L.2141-1 al.5 issu de la loi du 7 juillet 2011 incite à limiter le nombre d'embryons prédestinés à la conservation, mais sans aucune directive explicite. Il convient de souligner qu'en France existe une tendance à se référer à des notions telles que la personne humaine et la personnalité juridique pour encadrer le statut de l'embryon et du fœtus face au choix procréatif. En Pologne, tant le législateur que le juge constitutionnel ont pris une toute autre position. Pour fixer les périmètres de la protection pénale, ils ont préféré éviter de se prononcer sur la personnalité juridique du fœtus. En effet, le 28 mai 1997 et le 7 janvier 2004, le Tribunal Constitutionnel a réaffirmé la valeur constitutionnelle de la vie prénatale[31].

2. Les critères légaux de la sélection anténatale

20. Les critères liés à l'état de l'embryon et du fœtus. Le futur d'un être humain peut être fixé par anticipation[32]. Différents critères sont susceptibles d'être retenus : la viabilité, la vie, le profil génétique, l'utilité thérapeutique ou biologique, enfin le sexe. Ces critères légaux de sélection anténatale témoignent d'une divergence significative entre les lois française et polonaise. En France, les juges pénaux ont eu tendance à faire reposer la protection du fœtus sur le critère de viabilité. Ensuite, la viabilité a été jugée *« ....scientifiquement contingente et incertaine... »*[33], du fait que, contrairement à la naissance, elle ne peut être constatée avec certitude, mais seulement avec approximation. Dès 1997[34], le critère de viabilité sera définitivement abandonné au profit du critère plus objectif de vie postnatale adopté le 29 juin 2001[35]. L'incrimination d'homicide involontaire par imprudence s'applique uniquement dans le cas d'un enfant né vivant. Parmi les critères liés à l'état de santé de l'embryon figurent également les caractéristiques génétiques. Si les révisions successives de la loi bioéthique en France ont conduit à l'élargissement du conseil génétique suite au progrès de la médecine

[30] Rapport de député J. Leonetti au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de la loi boéthique, 26 janvier 2011, document n° 3111
[31] TK du 28 mai 1997, K 2/97, OTK ZU n° 2/97, position 19 ; TK du 7 janvier 2004, K 14/03, OTK ZU n° 1/2004
[32] I. Vacarie, *Examens génétiques et médecine préventive*, RDSS 1993, n° 3
[33] Cass. Crim., 30 juin 1999, Bull. Crim., 1999, n° 174
[34] CA de Lyon, 13 mars 1997, Dalloz, 1997, p. 557
[35] Cass. Assemblée Plénière, 29 juin 2001, Dalloz, 2001, p. 2917

anténatale, il convient de souligner que les parents disposent le droit de décider si le profil génétique de l'enfant à naître va ou non conduire à sa destruction. Tant la loi française que polonaise exigent que la malformation soit incurable au moment du diagnostic.

21. Les critères extérieurs à l'état de l'embryon et du fœtus. Lorsque les critères de la survie sont extérieurs à l'état biologique *stricto sensu* de l'embryon, ils sont liés aux circonstances qui peuvent apparaître lors d'une procédure de la procréation médicalement assistée. Deux hypothèses seront étudiées. La première concerne une situation dans laquelle le couple d'intention disparait et aucune implantation utérine posthume n'est plus possible. La deuxième concerne de la destruction accidentelle des embryons dans un laboratoire où toute correction génétique erronée effectuée sur un embryon humain conduit en pratique à son élimination automatique.

22. L'impact des diagnostics anténataux dans la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique. La dernière révision de la loi de bioéthique en France a élargi les périmètres des diagnostics effectués tant sur les embryons *in utero*, que sur les embryons *in vitro*. Le dépistage des affections est désormais généralisé et défini par nouvel article L.2131-1 du code de la santé publique comme *« des pratiques médicales, y compris l'échographie obstétricale et fœtale, ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité »*. Le diagnostic est préparé par un conseil pluridisciplinaire et délivré par un centre de diagnostic prénatal. Il convient de noter que la femme dispose du denier mot. Dès qu'elle est correctement informée, elle peut continuer à suivre sa grossesse sans aucune contrainte, ou recourir à une interruption volontaire de grossesse[36]. En ce qui concerne le dépistage des affections *in vitro*, l'article L.2131-4 du code de la santé publique définit, de façon très générale, le diagnostic préimplantatoire comme *« le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro »*. Il n'a pas de caractère obligatoire, mais volontaire et subsidiaire. En privilégiant le principe de l'information de la femme enceinte, le législateur français a mis l'accent sur le caractère relatif des examens de diagnostics. Il faut étudier quelles peuvent être les conséquences de la *« normalisation »* du dépistage préimplantatoire pour les comportements individuels[37]. Deux questions doivent être associées à cette réflexion : la légalisation de *« bébé-médicament »*[38] et la revendication possible d'un *« enfant parfait »*. L'exemple de *« bébé-médicament »* est assez particulier, car le seul but de son existence en vertu de l'article L.2131-4-1 du code de

[36] J.-R. Binet, *La bioéthique à l'éprouve du temps*, JCP, éd. gén., 2011, 18 juillet 2011, p. 1411
[37] J.-A. Robert, *La révolution et génétique face aux exigences du droit*, RDP 1985, p. 1245
[38] E. Saget, *Bébés médicaments en gestation*, L'Express du 19 mars 2009, p. 24

la santé publique, est son utilité thérapeutique vis-à-vis des autres enfants conçus. Le développement de la médecine prédictive peut conduire aux manipulations génétiques abusives[39]. La légalisation de la création de *« bébé-médicaments »* peut comporter comporte un risque d'instrumentalisation et de réduction de la future personne à une caractéristique choisie en fonction des critères subjectivement fixés par les parents[40] ou influencés par les pressions sociales.

23. Plan. Le développement de la médecine moderne permet d'offrir l'accès à la maternité et la paternité aux couples qui ne peuvent avoir des enfants naturellement. La réaction de droit consiste à protéger contre les risques liés aux nouvelles technologies (Section 2).

[39] E. Guyonnet, *A la recherche de l'enfant parfait*, Le Monde Diplomatique 2009/06

[40] D. Sicard, *La France au risque de l'eugénisme*, Le Monde du 5 février 2007 ; N. Journet, *Le droit de vivre, même avec le syndrome de Marfan*, Le Monde du 20 février 2007 ; J.-Y. Nau, *Controverse autour de l'extension du diagnostic préimplantatoire*, Le Monde du 27 septembre 2006

SECTION 2

La procréation humaine : source d'espoirs, source de dangers

24. De la liberté individuelle aux dangers collectifs. Si la protection de la femme enceinte contre les atteintes individuelles à son intégrité physique est relativement similaire en France et en Pologne, la différence entre les deux pays consiste en à la prise en compte pénale du fœtus. Ce dernier n'est pas pénalement protégé en France avec la même intensité qu'en droit polonais. Deux catégories d'atteintes collectives à la procréation doivent être étudiées : les manipulations génétiques qui renvoient à la notion d'espèce humaine, et les crimes contre la procréation comme les instruments de destruction massive qui renvoient à la notion d'humanité. Le droit pénal n'assimile pas les deux notions d'espèce humaine et d'humanité, mais elles peuvent être identifiées potentiellement comme des victimes collectives. Le développement des nouvelles techniques biomédicales favorise la liberté de procréer (A), mais le droit protège contre l'ambivalence de ces techniques (B).

A. La liberté procréative et le désir d'enfant

25. La liberté de procréer est tempérée par la notion de l'intérêt de l'enfant. Le développement du droit à la procréation a été en grande partie possible grâce au changement du statut de la femme au sein de la famille et de la société. Celle-ci s'est émancipée et fut libérée des contraintes auxquelles elle était soumise. D'un côté, la femme est de plus en plus libre de s'autodéterminer face à la situation de grossesse et de mieux en mieux protégée face à la violation de ses droits procréatifs. De l'autre côté, les exigences objectives liées à l'intérêt de l'enfant et de la future famille sont de plus en plus présentes, plus particulièrement dans le cas de la procréation médicalisée[41]. Si la prise en compte de la liberté procréative de la femme est similaire en France et en Pologne (1), mais dans les deux systèmes juridiques l'intérêt de l'enfant à naître est interprété de façon différente (2).

1. La liberté procréative et la promotion de la liberté individuelle de la femme

26. La liberté du choix procréatif existe dans une double dimension. D'une part, elle est une liberté positive et illimitée de donner la vie ; d'autre part, elle intègre le refus de la venue au monde d'un enfant. Dès la loi française du 28 décembre 1967 sur la contraception, la femme

[41] G. Kessler, *La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant*, Droit de famille 2005, étude, 6

a pu maîtriser sa fécondité et prévenir la conception. La réglementation relative à l'interruption volontaire de grossesse s'est progressivement développée par la prise en compte de l'état de santé de la femme (l'interruption médicale de grossesse) et de la situation personnelle de la femme (l'interruption pour motif de détresse). Sous le régime du code pénal de 1810, l'article 317 a puni l'avortement comme crime d'une réclusion criminelle. Le décret-loi du 29 juillet 1939 autorisait une interruption thérapeutique de la grossesse. Dès la loi française du 28 décembre 1967 sur la contraception, la femme a pu maîtriser sa fécondité car la conception a été légalisée pour la première fois. En 1975, une interruption volontaire de grossesse est devenue une liberté individuelle de la femme. Le droit à l'avortement introduit par la loi dite *« Veil »* le 17 janvier 1975 a été d'abord une disposition transitoire et temporaire, définitivement affirmée par la loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse. Le code pénal français de 1992 a situé l'interruption illégale de grossesse dans le chapitre *« De la mise en danger de la personne »*. Avec la loi du 4 juillet 2004 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, l'interruption de grossesse est devenue un acte médical inséré dans la réglementation technique au sein du code de la santé publique. La réglementation pénale a été réduite car le code pénal comporte un article unique 223-10 qui punit l'interruption de grossesse sans le consentement de la femme. En France, tout comme en Pologne, l'auto-avortement est dépénalisé et qualifié de décision individuelle de la mère. En droit français, cette libération de l'interruption de grossesse est naturellement assortie des conditions relatives à la durée de grossesse, à l'état de santé de la femme, de l'enfant conçu et à la situation personnelle de la femme. L'interruption volontaire de grossesse est, dans les deux pays, une liberté fondamentale protégée par une incrimination autonome de l'entrave à l'interruption volontaire de grossesse dans l'article L.2223-1 du code de la santé publique et l'article 4a§1 de la loi du 7 janvier 1993. Le droit à la liberté procréative a été reconnu aux mineurs dans les deux pays et aux personnes handicapées mentales en droit français en ce qui concerne de la stérilisation contraceptive. Dès 1988, les femmes françaises ont obtenu l'accès à un nouveau mode de l'interruption de grossesse par la voie médicamenteuse. La maîtrise de la procréation est effectivement accessible grâce à la contraception. Il convient d'analyser les différentes modes de contraception ainsi que l'accès réel aux produits contraceptifs dans les deux pays. La protection de la liberté procréative de la femme signifie également la pénalisation d'interruption involontaire de grossesse effectuée sans et même avec le consentement de la femme. En Pologne, le code pénal de 1932, à l'article 233§2, légalisait l'interruption de grossesse pratiquée par un médecin lorsque la grossesse résultait d'un acte criminel. La loi du 27 avril 1957 sur les conditions de l'interruption de grossesse incorporait dans la norme

pénale polonaise la notion de détresse. Cette législation a été supprimée par la loi du 7 janvier 1993 qui a modifié le code pénal en légalisant uniquement les interruptions volontaire de grossesse pour des raisons médicales et les interruptions de grossesse ayant des origines criminelles. La dernière modification a été opérée par la loi du 8 juillet 1999. Elle a introduit dans le code pénal l'article 157a qui renforce la protection pénale de l'intégrité physique du fœtus humain. Il convient analyser les points de rapprochement et les divergences entre les législations française et polonaise en matière de la liberté procréative de la femme face à la place attribuée à l'enfant conçu.

27. La pénalisation des violences spécifiquement dirigées contre la femme enceinte. En droit polonais, les dispositions pénales relatives aux interruptions involontaires de grossesse se focalisent sur la violation du consentement obligatoire de la femme et sur la violation de l'intégrité physique de la mère de l'enfant conçu (les articles 152 à 154 du code pénal). En droit français, les qualifications pénales retenues dépendent de la gravité des atteintes subies par la femme. La condamnation pourra se fonder soit sur l'article 223-10 du code pénal, lorsque l'interruption illicite de grossesse est pratiquée sur la femme, soit sur les articles 222-9 et 222-10, selon la nature du dommage subi, soit sur l'article 223-15-2 du code pénal qui n'a pas son équivalent polonais. Ils reconnaissent la vulnérabilité objective de la femme liée à son état de grossesse, sans que la perte de cette dernière soit exigée. Il convient d'analyser quelles sont les qualifications pénales retenues par les juridictions nationales en cas de différents dommages corporelles subis par la femme enceinte.

2. Entre le désir d'enfant et l'intérêt de l'enfant.

28. Le désir d'enfant. Le désir d'accueillir un enfant est noble et légitime. Des difficultés peuvent en revanche apparaître lorsque ce désir se transforme en volonté acharnée qui conduit le couple à des comportements illégaux[42]. Pour éviter les dérives liées au tourisme procréatif ou encore à la location d'une femme gestatrice, la loi pénale intervient en encadrant la disponibilité des embryons humains et la procédure d'accès à la procréation médicalisée. L'esprit même de la procréation médicalement assistée rejoint le désir de maternité et de parentalité, mais prend en compte également la notion de l'intérêt de l'enfant pour lui assurer les meilleures conditions de développement. Privée de toute connotation curative, la procréation médicalisée est destinée à permettre à un projet parental d'aboutir. Elle ne soigne pas l'infertilité pathologique des parents d'intention, mais pose des exigences

[42] A. Trurpin, F. Vialla, *Gestation pour autrui,* RGDM 2008, 273

médicales liées à leur l'état de santé, et les exigences juridiques qui permettent d'apprécier objectivement la cohérence du projet parental. La fiabilité de ce projet est mesurée par la concomitance des volontés des membres du couple qui se maintiennent dans le temps. Même si la structure du couple, voire son profil juridique, ont été assouplis en France par la loi du 7 juillet 2011, les conditions d'accueil d'un enfant issu de la procréation médicalisée restent comparables à celles de la procréation naturelle.

29. La notion de l'intérêt de l'enfant. Madame A. Mirkovic se demande si l'intérêt de l'enfant face aux nouvelles techniques procréatives ne risque pas d'être *« sacrifié à l'impatience des adultes »*[43], si l'enfant ne sera pas réduit à combler un vide, satisfaire un caprice, ou prolonger leur propre existence[44]. Si en Pologne la loi bioéthique n'a pas encore été votée, le projet prévoit que la procréation médicalisée soit exclusivement accessible aux couples mariés et que la création d'embryons surnuméraires soit limitée. La notion de bien-être de l'enfant et de la protection de l'intégrité physique de l'enfant conçu sont des notions autonomes dans le droit polonais. Le droit français a développé une toute autre logique. La situation pénale de l'embryon humain dépend de son environnement biologique et plus particulièrement de l'implantation ou non dans l'utérus, des circonstances de sa conception et du stade de la procréation médicalement assistée[45]. Pour définir implicitement la notion de bien-être de l'enfant, le droit français fait référence à la situation familiale. En supprimant le 7 juillet 2011 la condition de vie commune, le législateur français a privilégié la prépondérance de la finalité de l'assistance médicale à la procréation, à savoir une réelle accessibilité à la maternité et à la paternité biologique. Le droit à l'enfant n'est pas reconnu en France, mais la dernière révision de la loi de bioéthique s'oriente vers une nette prise de position. Selon elle, les procédés médicaux doivent être avant tout efficaces face à la demande du couple, et assurés par le maintien de l'anonymat du don des gamètes et par exemple, par le recours à la cryoconservation des embryons. Les intérêts de l'enfant sont assurés par le profil du couple : stable, hétérosexuel et en âge de procréer. Dans le même esprit, les nouveaux articles L. 1244-1 et s. du code de la santé publique ont élargi le spectre des donneurs de gamètes aux personnes n'ayant pas encore procréé, une solution qui n'a pas son équivalent polonais.

---

[43] A. Mikovic, *Première lecture du projet de la loi bioéthique : l'intérêt de l'enfant sacrifié à l'impatience des adultes ?*, Dalloz 13 mai 2010, n° 13, p. 892-983

[44] G. Teboul, *Procréation et droits de l'homme*, éd. Bruylant, coll. Droit et Justice 2004

[45] C. Taglione, *L'enfant peut-il être l'objet de droit ?*, Dalloz 1988, chronique, 109 ; J. Saint-Rose, *La protection pénale de l'enfant à naître*, RGDM 2004, n° 12, 22

30. La prise en compte directe de l'intérêt de l'enfant dans le projet polonais de la loi bioéthique. La notion de l'intérêt de l'enfant figure aussi bien dans le code de la famille, que dans la Constitution, même si le législateur polonais ne la définit pas de façon explicite. Le projet de la loi de bioéthique met un accent fort sur les conditions médicales et l'intérêt de l'enfant en allant jusqu'à l'interdiction de concevoir des embryons, lorsque l'intérêt du futur enfant peut en souffrir[46]. Également, la référence à l'intérêt de l'enfant conçu est évoquée pour justifier l'interdiction de l'insémination posthume.

B. Ambivalence des nouvelles techniques procréatives

31. La science : espoir ou malédiction? Le progrès scientifique a permis une révolution dans la procréation, il fait l'objet d'un encadrement juridique, accompagné d'une réflexion éthique particulièrement utile à l'égard des dangers potentiels de la biotechnologie[47]. Il n'est pas possible de ramener la loi à la bioéthique. En revanche, on ne peut pas dissocier les deux[48]. Cette révolution des techniques procréatives est une source d'espoirs pour ceux qui ne peuvent concevoir naturellement. Mais elle comporte également une part d'ambiguïté, car les risques du façonnage génétique de l'espèce humaine et de transformation des repères fondateurs de l'individu sont bien réels[49]. Il convient étudier si le développement des diagnostics anténataux ne conduit pas à un eugénisme moderne visant à éradiquer par exemple la Trisomie 21[50]. Cette révolution procréative est-elle réellement dangereuse ? Dirige-t-elle l'humanité vers un monde peuplé d'individus génétiquement parfaits[51], de chimères et d'hybrides humains dont le seul but d'existence consiste à assurer les soins et la sécurité médicale de la *« pure race humaine »* ? Les barrières imposées par les législateurs sont-elles suffisantes et efficaces ? La réponse à cette question exige de faire l'analyse de la place de l'espèce humaine dans la norme pénale (1), et de l'encadrement juridique de la procréation médicalisée par rapport aux applications biomédicales (2).

1. L'espèce humaine d'aujourd'hui et l'espèce humaine de demain

---

[46] J. Haberko, A. Grabinski, *L'intérêt de l'enfant à naître en AMP : regards croisés franco-polonais,* Médecine et Droit, 2011, p. 172 et s.
[47] D. Thouvenin, *L'éthique et droit en matière biomédicale,* Dalloz 1985, chronique 21
[48] T. Brzeziński, *Éthique médicale,* éd. PZWL, Varsovie 2002 ; B. Chyrowicz, *La bioéthique et ses risques,* Lublin 2002
[49] V. Maurus, *Des naissances moins risquées,* Le Monde 8 février 1999, p. 9
[50] L. Alexandre, *Eugénisme 2.0,* Le Monde du 7 avril 2012
[51] H.-Ph. Visser, *Développement technologique et responsabilité envers des générations futures,* Archives de philosophie du droit, éd. Sirey, Paris 1991, vol. 36, p. 33 ; D. Thouvenin, *La loi relative à la bioéthique ou comment accroire l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine,* Dalloz 2005, chronique, p. 116

32. L'espèce humaine face aux applications biomédicales. L'espèce humaine n'a pas de personnalité juridique au sens strict du terme[52]. Néanmoins, elle est valorisée à travers la protection qui lui a été accordée[53]. Si, en droit polonais, elle n'est pas explicitement évoquée, elle a intégré la norme pénale française en tant que figure du droit, et en tant qu'un objet du droit depuis la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique qui a introduit les crimes contre l'espèce humaine dans les articles 214-1 à 215-4 du code pénal. L'importance de la notion de l'espèce humaine se traduit sur son placement dans le code pénal parmi les crimes contre l'humanité. Cette incrimination française punit l'ingérence dans la structure génétique de l'espèce humaine par le crime d'eugénisme et de clonage reproductif qui peuvent s'avérer très dangereux à long terme et dépasser largement les limites d'une génération[54]. Pour cette raison, la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne comporte une reconnaissance implicite des intérêts futurs de l'humanité, car elle précise que la jouissance des droits fondamentaux de la personne humaine est limitée par les devoirs *« ... à l'égard de la communauté humaine et des générations futures »*[55]. Là où les applications biomédicales peuvent apporter de réels avantages pour le développement de la médecine fœtale, elles doivent être encouragées. Mais les techniques procréatives sont susceptibles d'entraîner des corrections du patrimoine génétique de l'humanité dans le cadre de la thérapie génique germinale. Il convient donc d'étudier la légitimité des éventuelles revendications d'autonomie décisionnelle en matière génétique susceptibles d'apparaître progressivement. Existe-t-il un droit de façonner le profil génétique, alors qu'il n'existe aucune disposition en Pologne imposant directement la protection du patrimoine génétique de l'humanité ou mentionnant la notion de l'espèce humaine au sens de la loi française ? En outre, une telle révolution génétique est susceptible de porter atteinte au génome des générations à venir, donc de menacer l'intérêt collectif de toute la famille de l'espèce humaine. La réaction du législateur français semble donner réponse tant pénale dans les articles 511-1 et s. du code pénal, que civile dans l'article 16-4 al.3 du code civil.

2. Les risques liés aux manipulations génétiques et la procréation médicalement assistée

33. La conjugaison dangereuse de la génétique et des techniques procréatives. L'accès au

---

[52] M.-P. Peis-Hitier, *Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine,* Dalloz 2005, n° 13, chronique 865

[53] X. Labbée, *Esquis d'une définition civiliste de l'espèce humaine,* Dalloz 1999, chronique, p. 437

[54] J.-B. Thierry, *Le clonage et le droit pénal,* Mémoire de DEA de Sciences Criminelles Nancy 2, 2000/2001

[55] H.-Ph. Visser, *Développement technologique et responsabilité envers des générations futures,* Archives de Philosophie du Droit, éd. Sirey, Paris 1991, vol. 36, p. 33 et s.

matériel biologique humain est restreint dans les deux systèmes juridiques. Les embryons ne peuvent être créés en dehors de la procédure de procréation médicalisée et à la demande des parents, pour des raisons de progrès médical et jamais pour des applications industrielles[56]. L'embryon est un porteur de l'identité humaine, même si la dignité humaine ne lui est pas attribuée explicitement. Toute activité médicale effectuée devra se justifier soit par son propre intérêt soit par l'intérêt curatif général que les recherches sont susceptibles d'apporter pour améliorer la vie des générations futures. En revanche, la procréation médicalement assistée reste une procédure médicale susceptible de provoquer la destruction des embryons ou l'apparition d'anomalies cardiaques chez les enfants issus de la fécondation *in vitro*[57]. L'activité médicale légale exige la pertinence du projet scientifique mais lorsqu'elle viole les règles éthiques, elle peut constituer une menace soit individuelle pour la personne singulière ou un embryon, soit collective pour toute la communauté humaine. Si les recherches médicales sont indispensables dans la mesure où elles répondent à des objectifs à la fois curatifs et préventifs, les manipulations génétiques peuvent conduire à une sélection génétique discriminatoire et à la création d'êtres comme les clones, les chimères et les hybrides. Pour éviter ces conséquences, le droit réagit de deux façons. Il préserve l'humanité de l'espèce humaine en incriminant le clonage reproductif et les mélanges entre les espèces. Le patrimoine génétique de l'homme ne peut faire l'objet de recherches scientifiques associées que pour des raisons thérapeutiques et en respect des principes éthiques. L'identité de l'espèce humaine est donc protégée par une prohibition expresse de l'eugénisme tant individuel que collectif. En France, la thérapie génique germinale est interdite en vertu de l'article 16-4 du code civil. Elle est susceptible de modifier la transmission héréditaire génétique intergénérationnelle, mais elle pourra également inciter les parents à commander des enfants génétiquement reprogrammés et façonnés à la carte. Le clonage reproductif et la transformation du génome humain sont des atteintes directes à la dignité humaine, à l'autonomie de l'homme et à l'intégrité génétique de toute l'espèce humaine. En revanche, la création des chimères s'oppose aux principes de précaution et de l'inviolabilité de l'être humain. Le droit européen n'est pas encore harmonisé sur cette question, les solutions et les positions adoptées sont assez divergentes voire contradictoires. En France comme en Pologne, des êtres humains chimères ne peuvent être créés, alors qu'en Royaume-Uni, les recherches sur les chimères humaines ont été déjà légalisées à titre expérimental[58].

---

[56] M.-T. Meulders-Klein, *Les droits de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées*, RTDC 1988, p. 645

[57] S. Cabut, H. Morin, *Fécondation in vitro : une étude pointe un risque cardiaque,* Le Monde du 7 avril 2012

[58] J.-Y. Nau, *2011 : une vague de chimères en Angleterre,* Revue médical suisse 2011, n° 305; J.-Y. Nau,

34. La délimitation entre les pratiques eugéniques et la procréation médicalement assistée. Il convient étudier si le droit moderne interdisant explicitement l'eugénisme depuis la loi du 6 août 2004 dans l'article 214-1 du code pénal français est suffisant contre les dérives éventuelles à connotation eugénique[59]. Un choix individuel peut-il avoir un impact collectif à l'époque de la révolution biotechnologique ? Les deux systèmes de droit encadrent les pratiques liées au conseil génétique. Ce dernier, malgré l'élargissement progressif a gardé son caractère facultatif, mais aucun diagnostic prénatal ne peut être imposé aux parents. La procréation humaine, plus particulièrement lorsqu'elle implique des nouvelles technologies, comporte une forte dimension subjective liée à la liberté de jugement. Les deux systèmes juridiques se prononcent contre toute sélection génétique systématique et toute destruction automatique des embryons atteints d'une pathologie quelconque. Cette dernière doit être incurable au moment du diagnostic pour que l'embryon soit supprimé. Le professionnel de santé ne peut prendre de décision contre la volonté de la mère ou des parents, dont l'enfant risque de souffrir d'une malformation génétique. L'eugénisme implique des procédures systématiques visant à améliorer la race humaine. Or, dans la procédure de la procréation médicalement assistée aucun critère de sélection n'est légalement déterminé, le choix libre et définitif est toujours laissé aux parents. Peut-on prétendre à la naissance de l'eugénisme de précaution ? Cette tendance est déjà partiellement perceptible dans la loi du 7 juillet 2011 car le nouvel article L.2131-4-1 du code de la santé publique a supprimé le caractère expérimental du double diagnostic préimplantatoire. Dans cette perspective il faut se demander, si la découverte de nouveaux gènes qui a entraîné la multiplication des tests de dépistage prénatal, peut réellement influencer le comportement et le choix des parents[60].

35. Distinction entre le clonage reproductif et procréation médicalement assistée. Le clonage se distingue des techniques procréatives licites par sa finalité. Si les techniques employées restent identiques, il en est de même pour but final visant la création des êtres vivants. Le clonage s'inscrit dans une logique de sélection des êtres humains. La condamnation du clonage se fonde sur ses potentialités eugéniques, sur l'instrumentalisation

---

Humaines et douloureuses chimères embryonnaires, Revue médical suisse 2006

[59] Sur les risques de l'eugénisme moderne : J.-P. Thomas, *Misère de la bioéthique. Pour une morale les apprentis sorciers,* éd. Albin Michel, Paris 1998 ; Ph. Lecorps, J.-B. Paturet, *Santé publique : du biopouvoir à la démocratie*, Rennes 1999 ; F. Jacob, *La logique du vivant,* éd. Gallimard, Paris 1970 ; B. Jordan, *Les imposteurs de la génétique,* éd. Seuil, Paris 2000 ; J. Bernard, *De la biologie à l'éthique,* Paris 1990 ; H. Jonas, *Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique,* éd. Le Cerf, Paris 1990

[60] P. Sargos, *Réparation du préjudice personnel de l'enfant handicapé lorsque son handicap a été contracté in utero,* JCP, éd. gén., 2000, II, 10438, p. 2308 ; J.-L. Aubert, *L'indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être,* Dalloz 2001, n° 6, p. 490

de l'homme et sur l'affirmation du principe de la dignité humaine qui impose l'égalité entre les hommes. Le clonage s'oppose fondamentalement au principe de la dignité humaine qui repose sur l'individualité de chaque personne et même de toute l'humanité qui risque d'être exposée à la sélection artificielle fondée sur les critères arbitraires.

36. Présentation générale de la problématique de la thèse. La procréation naturelle a perdu son monopole exclusif dans le domaine de la reproduction humaine. La procréation médicalement assistée est légalement encadrée en vue d'assurer l'accès à la parentalité et la possibilité de satisfaire le choix procréatif. Elle ne donne en aucun cas la possibilité de créer des embryons ou des gamètes destinés exclusivement aux recherches scientifiques. Des interventions médicales extérieures effectuées à l'occasion de la procréation médicalisée et de la procréation naturelle sont admises dès qu'elles sont susceptibles d'apporter des avantages directs à l'embryon ou fœtus soit au niveau de la détection des malformations génétiques, soit pour améliorer les techniques de l'assistance médicale à la procréation. L'extension progressive des diagnostics prénataux est assortie aussi bien en France qu'en Pologne par une interdiction des pratiques eugéniques. Ils contribuent largement à la prévention et au développement de la médecine anténatale, même si les risques de manipulations génétiques restent bien réels. Les techniques procréatives sont susceptibles de modifier le profil génétique de l'embryon singulier, mais également de toute l'espèce humaine. Ces risques bien réels ont conduit à l'élaboration de règles juridiques destinées à protéger le patrimoine génétique de l'humanité. Cette élaboration n'est pas définitive, le droit polonais ne comporte pas encore de dispositifs en matière de bioéthique. En revanche, le projet de loi bioéthique est souvent compatible avec l'esprit de la loi française. Plus particulièrement en ce qui concerne de l'interdiction des recherches sur l'embryon humain.

37. Plan. Le droit de la procréation humaine regroupe un certain nombre de droits et de principes fondamentaux. Il est étroitement lié à la dignité humaine, celle de l'homme, de la femme, de l'embryon, de l'humanité entière. C'est à partir de ces principes, qu'on peut constituer des droits subjectifs liés à la nature même de l'homme pour trouver notamment la réponse à l'ambivalence des nouvelles techniques procréatives. Dans cette thèse on tente de trouver des réponses à certaines questions ; notamment dans quelle mesure ces droits fondamentaux « *appartiennent* » à l'embryon humain, qui, quant à lui, dispose d'un statut particulier, un statut qui n'est pas encore définitivement établi vu le progrès étonnant de la médecine. Les nouveaux enjeux biologiques nécessitent une réinterprétation juridique de la liberté personnelle de la mère, de son droit à *« l'enfant sain »* ou simplement du *« droit à*

l'enfant ». Ces considérations sont alors formulées en termes de droits fondamentaux, lorsqu'il s'agit des personnes déjà nées. Le point commun des deux systèmes reste naturellement l'influence du droit international. Dans certains domaines, particulièrement celui de la procréation médicalement assistée, le droit pénal de la bioéthique s'inscrit dans un rapport étroit avec le droit civil. Il convient de noter une forte présence de l'impact de la médecine qui influence la législation, mais également la dimension internationale de la procréation et de l'apparition des nouveaux phénomènes tels que le tourisme procréatif et le marché des gamètes. La première partie de la thèse est consacrée à la maîtrise de la procréation humaine. Elle étudie la problématique de la procréation confrontée à une décision individuelle. Dans un premier temps, elle aborde la régulation des capacités procréatrice en dehors de l'intervention chirurgicale sous la forme de contraception et de stérilisation extra-thérapeutique. Dans un deuxième temps, elle étudie le contrôle des naissances. L'échec d'une interruption volontaire de grossesse suivi de la naissance d'un enfant est susceptible de mettre en cause la responsabilité du professionnel de soins pour protéger les intérêts de l'enfant atteint d'un handicap. La deuxième partie de la thèse s'intéresse à l'étendue du droit à la reproduction lorsque la procréation naturelle n'est pas à la portée des parents. Elle analyse les choix procréatifs confrontés aux interventions extérieures. Ces dernières peuvent résulter de la réalisation du droit à la reproduction ou elles peuvent être imposées au titre des atteintes individuelles ou collectives. Le droit permet certaines interventions extérieures. Si ce droit évolue vers une généralisation progressive du droit à la procréation, il a inspiré la création d'un régime spécial destiné à protéger pénalement et civilement l'intérêt de l'embryon humain. Pour que la liberté procréative de la femme soit réellement assurée, le droit pénal français et polonais sanctionnent les interruptions illicites de grossesse au titre des atteintes individuelles à la volonté de la mère ou de la violation du droit à l'interruption de grossesse. Des atteintes collectives à la procréation humaine sont associées soit aux technologies médicales, soit à un contexte de guerre. Deux types de dangers liés aux biotechnologies, premièrement la création des répliques humaines artificielles, et deuxièmement l'exploitation biologique de l'embryon humain. Les crimes collectifs contre la procréation humaine sont également incriminés au titre des crimes contre l'espèce humaine. Ils se dirigent contre une femme singulière, représentative d'un groupe, une ethnie, une nation prédestinée à une destruction biologique.

Première Partie :

La procréation humaine et la décision individuelle

Introduction de la première partie de thèse

38. La liberté procréative et le refus de procréer comme éléments du droit de disposer de son corps. Le droit de procréer est bipolaire. Dans sa dimension positive, il permet d'accéder à la procréation naturelle aussi bien qu'à la procréation médicalement assistée. L'approche positive implique également la procréation consciente et maîtrisée qui est, dans cette hypothèse, une manifestation de la liberté individuelle. Cette maîtrise de la fécondité n'est pas réelle sans l'accès à la contraception adaptée. Dans sa dimension négative, il désigne la décision de refuser de procréer. La prise en compte des intérêts de la femme est différente dans les deux systèmes pénaux lorsque cette dernière se trouve en conflit avec les intérêts du fœtus. En Pologne, la loi du 27 avril 1956 sur les conditions de l'interruption de grossesse a introduit pour la première fois la notion de détresse définie comme les *« conditions difficiles de la vie de la femme enceinte »*. Ensuite, la loi du 7 janvier 1993 relative à la planification familiale a limité le recours aux interruptions volontaires de grossesse aux seuls motifs médicaux et aux origines criminelles de la grossesse. Désormais, les avortements de convenance fondés exclusivement sur les arguments économiques sont exclus. Cette ligne sera maintenue dans le code pénal actuel et réaffirmée par la censure du juge constitutionnel le 28 mai 1997. Elle a limité la liberté personnelle de la femme. En France, la « *détresse sociale* » introduite par la loi du 17 janvier 1975 a rencontré de nombreuses critiques fondées sur son caractère abusif. Mais, est-ce-que le maintien de la détresse dans la norme n'est pas une manifestation de la tendance plus générale de droit français tourné vers l'élargissement de la liberté procréative de la femme ? La femme dispose donc des moyens de maîtriser sa fécondité par la contraception et sa maternité par le contrôle des naissances. Lorsqu'elle est confrontée à une grossesse indésirable causée par exemple par un viol, la femme peut être reconnue victime suite à son action civile. De même, les faits criminels à l'origine de la grossesse liés au viol ou toute autre transgression de la loi, permettent l'accès à l'interruption volontaire de la grossesse en vertu de l'article 152 du code pénal polonais. Les deux systèmes de droit sont également similaires en ce qui concerne des conditions d'accès aux interruptions médicales de grossesse, alors que le statut de l'enfant conçu face au choix procréatif constitue un point de divergence.

39. L'interruption de grossesse peut opposer les intérêts de la femme aux intérêts du fœtus. Le statut de l'enfant conçu est instauré de manière différente en France et en Pologne. Le droit français affiche une préférence pour le choix procréatif émanant de la femme, alors que

le droit polonais attribue plus de place à la protection de l'intégrité corporelle de l'enfant à naître. En revanche, il convient étudier les difficultés pratiques liées à l'accessibilité aux examens prénataux en Pologne. L'échec d'une interruption volontaire de grossesse peut causer un préjudice au moment de la naissance. Cette naissance préjudiciable permet aux parents déclencher une action en responsabilité aussi bien en France qu'en Pologne. Les fondements de l'indemnisation sont différents : l'échec de l'interruption de grossesse, l'échec de stérilisation ou le refus de procéder à une interruption volontaire de grossesse. Dans les deux systèmes, l'indemnisation nécessité la démonstration obligatoire d'un préjudice et du lien de causalité. L'absence d'une obligation légale imposant la prescription d'un examen prénatal invite à s'interroger sur la question de l'indemnisation d'un handicap congénital et sur la question de la reconnaissance du droit à ne pas être handicapé ainsi que du droit de ne pas naître.

40. Plan. La femme dispose en France et en Pologne d'une liberté de poursuivre et d'interrompre sa grossesse, d'un droit de maîtriser ses capacités procréatrices (Titre 1). Dans l'hypothèse d'un échec de l'interruption volontaire de grossesse, les droits des deux parties sont plus équilibrés (Titre 2).

TITRE 1
LA MAÎTRISE DE LA PROCRÉATION HUMAINE PAR LE CONTRÔLE DES CAPACITÉS DE PROCRÉATRICES

41. Le refus de procréer et la prévention de grossesse. La maîtrise des choix procréatifs implique le contrôle de la fécondité soit par le recours à la contraception, soit par le recours à la stérilisation contraceptive. Elles rendent ce choix efficace et se justifient par la liberté individuelle de chacun de disposer de son corps. Selon la nature de l'intervention médicale, il est possible d'opérer une distinction entre la régulation des capacités procréatives avec ou sans une intervention chirurgicale. Les deux systèmes pénaux français et polonais trouvent un point de convergence dans la reconnaissance conjointe du droit à la planification familiale et à la contraception, même si les Polonaises rencontrent encore de nombreuses difficultés pratiques pour accéder à la contraception parce qu'elle est très faiblement remboursée et accessible exclusivement sur prescription médicale et plus particulièrement à la contraception d'urgence, qui n'est pas autorisée sur le marché polonais. La bonne contraception est naturellement celle, qui est choisie, adaptée et accessible. Dans cette optique, il semble que la réglementation française réponde avec plus d'efficacité et plus de souplesse aux besoins des Françaises dans le domaine de la contraception. Les dispositions de la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires s'inscrivent dans la continuité de la législation précédente, notamment de la loi du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence et de la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception. Mais certains de ces dispositifs comportent des nouveautés sans précédent. Parmi lesquelles la transgression du monopole de la prescription médicale jusque-là réservée aux médecins et admise à titre exceptionnel aux sages-femmes. En effet, depuis 2009, ces dernières ont gagné une nouvelle compétence, car elles sont habilitées à prescrire les contraceptifs locaux et hormonaux à tout moment. Le refus de procréer est un droit individuel. En Pologne, la question de la maîtrise des capacités procréatrices a été longtemps associée à la législation sur l'interruption volontaire de grossesse régie par la loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale et l'interdiction de détruire la capacité procréatrice, notamment prévue à l'article 156§1 al. 1 du code pénal polonais toujours en vigueur. Sous le régime de cette loi, la stérilisation contraceptive reste interdite en Pologne et autorisée exclusivement pour des raisons thérapeutiques. En revanche, la contraception et la propagande antinataliste n'ont jamais été interdites en droit polonais de façon explicite, comme c'était le cas en France sous le régime

de la loi du 31 juillet 1920 jusqu'en 2001. La réglementation concernant la maîtrise des choix procréatifs est essentiellement régie par les articles 152, 153 et 157a du code pénal en ce qui concerne l'interruption de grossesse, et par la loi du 6 septembre 2001 en ce qui concerne la contraception.

42. La prise en compte particulière de la contraception des personnes handicapées mentales en France. La légalisation portant sur la stérilisation des handicapés mentaux à visée contraceptive relève de la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception et n'a pas son homologue polonais. Elle a marqué un tournant dans la loi française qui refusait jusqu'alors la ligature des trompes en dehors de toute nécessité thérapeutique, en la qualifiant même de crime[61]. L'article L.2132-2 du code de la santé publique énonce les conditions d'application de cette mesure et donne des garanties de procédure qui permettent d'écarter tout caractère eugénique de l'acte qui, selon le Conseil d'État, est parfaitement compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Par conséquent, ce type de stérilisation ne comporte aucun risque de discrimination[62].

43. Plan. La maîtrise des capacités de procréation est donc réellement possible en dehors de toute intervention chirurgicale (Chapitre1), ou par le recours à des interventions chirurgicales (Chapitre 2).

[61] Cass. Crim., 1 juillet 1937, Sirey 1937, I, 193
[62] CE, 26 septembre 2005, n° 248357

CHAPITRE 1
La régulation des capacités procréatrices en dehors de l'intervention chirurgicale

44. De la propagande nataliste à l'institutionnalisation de la planification familiale en droit français. L'analyse comparative des législations française et polonaise fait apparaître un avancement considérable du droit français par rapport aux dispositions polonaises qui peuvent être légitimement jugées trop restrictives et inadaptées. En France, la propagande anticonceptionnelle initialement interdite par la loi du 31 juillet 1929 a été progressivement réglementée pour être définitivement dépénalisée par la loi du 28 décembre 1967 et la loi du 18 janvier 1991[63]. Ces dernières dispositions offrent aux femmes et aux hommes un droit réel d'accès à la contraception. Cette maîtrise des capacités procréatrices souhaitée par le législateur français a été motivée en partie par la volonté de lutter contre les avortements clandestins. Postérieurement et avec le développement de la contraception hormonale, la liberté de procréer est devenue à la portée de chaque femme. Les dernières modifications substantielles ont été introduites par la loi du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence, qui a permis aux mineurs d'accéder à ce type de contraceptifs, et par la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, qui a fait passer la prescription médicale d'un contraceptif dans le droit commun du médicament. La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, suivie par la loi du 21 juillet 2009 Hôpital, patients, santé, territoire ont confirmé cette tendance à la généralisation de la contraception dans toute la période de fécondité.

45. La planification familiale en Pologne. En droit polonais, la propagande nataliste n'avait pas le même impact législatif qu'en France. La contraception n'a jamais été pénalisée pour des raisons de politique nataliste de l'État. En revanche, depuis le 27 avril 1956, la loi polonaise relative à la planification familiale et à l'interruption de grossesse, elle a été libéralisée, la loi ayant davantage l'accent sur l'accès à l'interruption de grossesse que sur la « *prévention* ». La loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale comporte un certain nombre de dispositions relatives à la contraception, mais elles n'ont qu'un caractère déclaratif. L'article 2§2 de cette loi désigne l'État polonais comme garant de l'accès à la « *procréation consciente* ». Dans le même esprit, le Tribunal Constitutionnel par sa décision du 28 mai 1997 a posé le principe de la protection constitutionnelle de la vie anténatale, qui

[63] C. Renault-Brahinski, *Droit de la contraception et de l'interruption de grossesse*, éd. Gualino 1998, p. 13 et s. ; M. Ferrand, M. Jaspard, *L'interruption volontaire de grossesse*, éd. Que-sais-je ?, Paris 1987, p. 9 et s.

depuis la loi du 8 juillet 1999 a donné lieu à une incrimination autonome dans l'article 157a§1 et §2 du code pénal qui impose la protection pénale de l'intégrité physique de l'enfant conçu. Par conséquent, la réglementation relative à la contraception est entrée tardivement sous la forme de la loi pharmaceutique du 6 septembre 2001[64]. Ce droit polonais semble être assez restrictif par rapport aux solutions françaises en ce qui concerne d'accès à la contraception pour des mineurs, la diversité des produits contraceptifs sur le marché polonais et le remboursement très réduit. La maîtrise moderne de la procréation passe aussi bien en France qu'en Pologne par la reconnaissance du droit à la planification des naissances (Section 1), mais ce droit n'est pas encadré de la même manière (Section 2).

SECTION 1
Le droit à la planification des naissances

46. Installation progressive du droit à la maîtrise de la procréation. Influencées par les mouvements favorables à la libération sexuelle, les législations nationales française et polonaise ont évolué vers un assouplissement des règles restrictives visant à limiter des naissances. Elles ont légalisée les dispositifs destinés à régler la fabrication, la vente commerciale et la classification des contraceptifs. Mais ce processus n'a pas été effectué dans le même temps en France et en Pologne. Il existe un écart significatif en faveur de la France. La loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement a instauré la répression systématique de la propagande anticonceptionnelle. En définitive, la contraception et la publicité des produits contraceptifs sont légalisées. La loi du 28 décembre 1967 a maintenu des mesures restrictives relatives à la publicité anticonceptionnelle, mais elle a admis l'accès aux contraceptifs dans des conditions restrictives. La dernière modification a été opérée par la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires qui a élargi encore l'accès à la contraception. En Pologne, l'accès à la contraception reste souvent un droit théorique pour plusieurs raisons. Dans un premier temps, il n'existe aucune réglementation spécialement adressée aux filles mineures. Ensuite, le remboursement des contraceptifs est plus réduit. En France comme en Pologne, l'accès à la contraception relève du droit de disposer de son corps. Mais les changements sociaux, plus particulièrement en ce qui concerne le modèle de couple, ne sont pas similaires dans les deux pays. La société française est marquée par une plus grande diversification du modèle de famille

[64] La loi pharmaceutique du 6 septembre 2001, Journal des Lois 2001, n° 126, position 1381

47. La liberté de s'autodéterminer limitée par les impératifs de santé. Juridiquement, l'accès à la contraception est un droit fondamental[65] et l'une des manifestations de la liberté de disposer de son corps. Cette dernière constitue la somme de deux composantes : la liberté d'entretenir des relations sexuelles et le droit de refuser la procréation naturelle. Ces deux hypothèses mettent en jeu la possibilité pour chacun de s'autodéterminer. Le droit d'avoir des relations intimes[66], aussi bien que le droit de procréer sont des droits individuels tant positifs : le droit de procréer, que négatif : le droit de refuser toute procréation. Le refus de procréer peut s'exercer légitimement de trois façons : par la contraception, par l'interruption de grossesse, des méthodes légales en droit français et polonais, et par la stérilisation contraceptive, moyen qui est reconnu seulement en France. La liberté de s'autodéterminer se trouve logiquement limitée par les impératifs communs de santé publique. L'émergence de la liberté se voit imposer des limites. La contraception est reconnue, en droit français et polonais, à double titre : à la fois comme le droit individuel d'une femme et d'un homme et comme un droit du couple. L'épidémie mondiale du SIDA accompagnée par la globalisation des échanges entre les populations, ont fait passer progressivement la contraception du domaine confidentiel et discret de la vie privée ou domaine public et ont conduit à l'organisation des campagnes de publicité relatives aux préservatifs. En France, les seules sanctions applicables concernent la violation des règles relatives à la délivrance de certains contraceptifs et les règles sur la publicité pour les produits et objets contraceptifs[67]. La procréation planifiée fait l'objet d'une réglementation autonome (§1), qui garantit le droit d'accès à la contraception (§ 2).

§ 1: La naissance du droit à la procréation planifiée

48. La naissance de la liberté de procréer. Le XXème siècle est l'époque pendant laquelle le spectre des libertés fondamentales traditionnelles a été élargi et enrichi par cette nouvelle liberté, la liberté de procréer. C'est l'une des conséquences directes du changement radical du

---

[65] JORF, 6 avril 2000, p. 1275

[66] **Le droit d'entretenir des relations sexuelles** n'est pas garanti par un texte particulier ni en droit français ni en droit polonais. Cette liberté concerne, dans les deux systèmes, aussi bien des relations hétérosexuelles, qu'homosexuelles. Deux systèmes pénaux vont si loin, qu'ils autorisent même implicitement la prostitution. En France, il est punissable seul le proxénétisme, la provocation à la débauche et l'exploitation de la prostitution d'un tiers (art. 225-5 à 225-12 du code pénal). En Pologne, le droit pénal contient les mêmes qualifications (art. 203 et 204 du code pénal). Les restrictions pénales concernent de la minorité et des précautions liées à la contamination par les maladies sexuellement transmissibles.

[67] M. Véron, *Droit pénal spécia*l, éd. Sirey 2006, p. 126 ; J. Larguier, Ph. Conte, A.-M. Larguier, *Droit pénal spécial*, éd. Dalloz 2005, p. 26-27

statut de la femme dans la société et de la modification de structure du couple. Avec la médicalisation de la contraception, la sexualité s'est libérée et le désir de planifier le moment de la maternité a été rendu non seulement possible, mais surtout réellement accessible. Par conséquent, la procréation n'est plus un devoir conjugal. Elle devient librement consentie et consciemment choisie. *Cet « espacement planifié des naissances est destiné à protéger la santé des mères ainsi que la santé physique et mentale »*[68]. En 1968, l'ONU a déclaré que le droit du couple à décider du nombre d'enfants, et du moment de la naissance, c'est-à-dire la planification familiale est l'un des droits les plus fondamentaux. Par conséquent, la contraception médicalisée, popularisée à partir des années 1955 sous l'inspiration du docteur Pincus, a profondément changé la relation entre l'homme et la femme ainsi que le regard porté sur le couple et sur la naissance des enfants. Des 1967 à 2009, la législation française a évolué vers l'affirmation de l'autonomie décisionnelle, tant individuelle qu'en sein d'un couple. Contrairement à la situation polonaise, la planification familiale en France est institutionnalisée. Son efficacité pratique est assurée par un système de distribution diversifié en fonction du profil de la patiente et du choix du produit à utiliser. Le droit pharmaceutique polonais du 6 septembre 2001 a soumis les contraceptifs au régime général concernant les médicaments. Avant étudier le droit à la liberté procréative dans les deux pays (B), il convient de présenter comme évoluait l'accès aux contraceptifs (A).

A. De l'interdiction à la réglementation de la procréation planifiée.

49. Présentation. Le principe initial de l'interdiction de la contraception, imposé en France par la loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle, était une réponse étatique au phénomène de dénatalité lié aux pertes humaines de la première guerre mondiale. Puis la loi du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances est venue légaliser la contraception, en maintenant de nombreuses restrictions. Cette loi voulait répondre à l'inefficacité du caractère répressif de l'article 317 du code pénal au phénomène existant des avortements clandestins, tout en permettant l'accès à la contraception rendue possible par le progrès médical. La loi du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances a été modifiée à deux reprises : d'abord par la loi du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence, puis par la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption de grossesse et à la contraception. La dernière intervention du législateur français eu lieu le 21 juillet 2009. La pénalisation générale de la propagande

[68] Dictionnaire Permanente Bioéthique et Biotechnologie, 1 septembre 2004, étude *« Contraception »*, n° 7

anticonceptionnelle était progressivement remplacée par la réglementation sur la vente des contraceptifs (1). Ensuite, le droit à la contraception comme l'une des manifestations de la liberté individuelle de la femme et de l'homme a été reconnue (2).

1. De l'interdiction absolue à l'interdiction tempérée de la contraception

50. L'État français comme « protecteur » de la natalité. Les dispositions portant sur la contraception introduites en 1920 et modifiées en 1967, comportent des interdictions restrictives explicites visant aussi bien la propagation des idées antinatalistes, que la distribution des procédés anticonceptionnels. Selon le slogan divulgué après la deuxième guerre mondiale : *« la France a besoin d'enfants »*. La loi interdisait la diffusion publique des *« idées dangereuses »* pour la natalité, tout en reconnaissant la licéité de la prescription médicale thérapeutique des contraceptifs et de l'usage personnel de ce type de dispositifs ou substances.

51. La répression explicite de la propagande anticonceptionnelle dans la loi du 31 juillet 1920. L'article 3 de cette loi devenu l'ancien article L.648 du code de la santé publique incriminait d'une part la propagande anticonceptionnelle, et d'autre part la divulgation des procédés anticonceptionnels. La propagande anticonceptionnelle était qualifiée de délit distinct de l'avortement provoqué[69]. Cette propagande devrait être publique. La prévention de la grossesse consistait en la description, la divulgation, et l'offre de produits anticonceptionnels. La divulgation publique consistait par exemple dans l'exposition de la propagande en faveur de la stérilisation par les rayons X, l'affichage ou la distribution par voie postale de documents avec des conseils pratiques[70]. Le législateur de l'époque voulait promouvoir la politique pénale pronataliste, et par conséquent *« lutter contre la diffusion, dans le public, d'idées jugées dangereuses pour la natalité »*[71]. Le mobile du coupable est qualifié d'extérieur aux préoccupations scientifiques *stricto sensu*. La propagande punissable devait être publique et employer les moyens évoqués par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse[72]. Cette réglementation était stricte, car elle interdisait toute diffusion des

---

[69] R. Poplawski, *Traité de droit pharmaceutique*, Paris 1950, p. 424 et s. ; F. Hélie, *Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, Droit pénal*, Paris 1948, p. 257 et s.

[70] Dalloz 1926, 1, 97, 1er espèce du 3 décembre 1925 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, éd. Cujas 1982, n° 2130

[71] RSC 1956, p. 77 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécia*l, éd. Cujas 1982, n° 2130

[72] Sur l'application de la loi du 31 juillet 1920 sur la répression de la propagande anticonceptionnelle et de la provocation à l'avortement : CA de Paris, 6 décembre 1921, Gazette du Palais 31 décembre 1921 ; Gazette du Palais 1937, 1, 955 ; T. correctionnel de Colmar, 8 mai 1925, Gazette du Palais 1925, I, 433 ; T.

produits facilitant la maîtrise de la natalité, en dehors des indications purement médicales et des produits délivrés sur ordonnance[73]. La délivrance des contraceptifs était ainsi entièrement contrôlée. Avec la loi du 31 décembre 1942 relative à la prophylaxie des maladies vénériennes, l'intervention de l'État, gouverné par le régime de Vichy, dans la politique pronataliste et la propagande anticonceptionnelle atteignait son apogée. Cette loi interdit la publicité des préservatifs. Après la deuxième guerre mondiale, le décret du 5 février 1946 relatif aux moyens anticonceptionnels dressa une liste exhaustive des substances et des appareils interdits à la vente. Il imposa aux pharmaciens de se montrer particulièrement prudents et de ne pas divulguer les informations concernant des remèdes susceptibles de provoquer l'avortement[74].

52. La loi du 28 décembre 1967 : la propagande antinataliste et la publicité contraceptive restent interdites. L'article 5 de la loi du 28 décembre 1967 sur la régulation des naissances, modifié ensuite par la loi du 4 décembre 1974, prohibait d'une part toute propagande anti-nataliste et d'autre part limitait la publicité des moyens contraceptifs, en dehors des publications destinées aux médecins et aux pharmaciens. Par conséquent, toute publicité commerciale et toute propagande extérieure au cercle professionnel étaient sanctionnées d'une peine d'emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 2 000 à 30 000 F. L'aspect pratique de cette disposition a fait l'objet de nombreuses critiques. Plus particulièrement, Monsieur A. Vitu remarquait que, paradoxalement, même les conseils traditionnels donnés entre les amies pouvaient tomber sous le coup de cette qualification[75].

53. La loi du 28 décembre 1967 : l'accès encadré à la contraception. La loi du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances autorisait, dans son article 3, la pose de contraceptifs intra-utérins par un médecin dans un établissement de santé habilité et la distribution de contraceptifs oraux faisant l'objet d'une réglementation commerciale. La loi du 28 décembre 1967 comportait trois types de dispositions. Elle autorisait dans son article 2 la fabrication en France et l'importation de contraceptifs, la vente et la fourniture, enfin la classification des contraceptifs[76]. Dans le volet social de cette loi, on trouvait l'autorisation

---

correctionnel de Seine, 27 avril 1921, Gazette du Palais 1921, 2, 7 ; T. correctionnel de Seine, 29 juin 1954, Dalloz 1955, 515 ; RSC 1955, p. 684

[73] Dalloz 1926, 1, 97, 2ème espèce du 10 décembre 1925

[74] RTDSS 1968, p. 225 ; RSC 1968, p. 691 ; RSC 1975, p. 441

[75] R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, éd. Cujas 1982, n° 2128

[76] L'article 3 de la loi du 28 décembre 1967 a introduit pour la première fois la distinction entre **les contraceptifs ordinaires** destinés à la vente libre aux majeures et aux mineurs émancipés, et **les contraceptifs figurant sur un tableau spécial** accessibles sur l'ordonnance médicale nominative donc individuelle aux majeurs et aux mineurs non émancipés avec l'accord des parents. La loi du 4 décembre

d'ouverture d'établissements d'information, de consultation ou de conseil pour la famille et des centres de planification ou d'éducation familiale à un but non lucratif. Leur mission, définie par un décret du 24 avril 1972[77], était principalement consultative. A partir d'une loi du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la réglementation des naissances, ces centres peuvent délivrer gratuitement des contraceptifs prescrits sur ordonnance et destinés aux nouvelles catégories de patients, telles que les personnes privées de toute assurance maladie et les mineurs désirant garder le secret. L'ensemble des dispositifs précités témoigne de la position du législateur français de l'époque, qui a voulu garder le monopole de l'État, considéré comme principal inspirateur de la politique nataliste, tout en attribuant aux individus le droit d'accès médical individuel aux moyens permettant de maîtriser les naissances.

54. Le légalisation définitive de la publicité sur les contraceptifs en droit français. La dépénalisation définitive de la propagande anticonceptionnelle élaborée sous le régime de la loi du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances intervient le 18 janvier 1991, sans doute sous une double inspiration : l'évolution des mœurs dans la société en quête de liberté individuelle d'un côté, la diversification et le perfectionnement de la médecine de l'autre côté. Ainsi, l'ancienne interdiction de toute publicité a été remplacée par le devoir d'information qui devra s'appliquer à un large public. La publicité réglementée est désormais soumise aux dispositions générales des articles L.5122-1 et s. du code de la santé publique. Elle varie en fonction du caractère du produit. L'article L.5434-1 du code de la santé publique règle la publicité des produits et objets contraceptifs autres que les médicaments. Sa violation, variable selon le produit, peut exposer son auteur à une amende allant de 3 750 à 37 500 euros. L'article L.5435-1 punit de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende les fabricants ou les négociants d'appareils gynécologiques et/ou de dispositifs médicaux utilisés pour l'interruption volontaire de grossesse lorsqu'ils sont vendus à des personnes non-professionnelles de la vente de ce type d'appareils et aux personnes n'appartenant pas au corps médical. L'article L.5434-2 du même code, issu de la loi du 4 juillet 2001, punit de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende le fait de délivrer des contraceptifs de façon illégale, à savoir en dehors de la pharmacie, des centres et des institutions habilités.

1974 a définitivement supprimé cette classification. Elle a constitué le premier pas vers la libéralisation considérable de la vente et de la fourniture des contraceptifs.

[77] Décret du 24 avril 1972 portant l'application de l'article 4 de la loi n° 67-1176 du 24 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L.648 et L.649 du code de la santé publique

2. La reconnaissance progressive du droit à la contraception

55. La définition de contraception. Sémantiquement, la contraception peut être définie comme la régulation volontaire, individuelle et médicamenteuse des naissances. Elle reste une méthode qui « *recouvre l'ensemble des moyens volontairement mis en oeuvre pour éviter, de façon temporaire, que les rapports sexuels n'aboutissent à une fécondation »*[78]. Les moyens contraceptifs ont rarement un caractère thérapeutique *stricto sensu,* mais le plus souvent ils servent à éviter l'implantation dans l'utérus d'un œuf déjà fécondé. La contraception moderne est, dans cette perspective, la manifestation de la maîtrise positive de la procréation. Elle se distingue de la stérilisation par son caractère temporaire, et de l'interruption volontaire de grossesse par la nature biologique de son action fondée sur la prise de substances synthétiques agissant sur le fonctionnement de l'organisme. Elle est une sorte d'interruption médicamenteuse de grossesse sans intervention chirurgicale. Le rôle positif de la contraception, par rapport à l'interruption de grossesse consiste, en son effet préventif. Deux catégories de moyens existent donc : les médicaments contraceptifs[79] et les objets contraceptifs. L'article L.5134-1 du code de la santé publique ne définit pas les contraceptifs. Cependant, le législateur français en mentionne certaines formes : la contraception d'urgence, les contraceptifs intra-utérins, les capes et les diaphragmes. La notion de médicament contraceptif renvoie à la définition du médicament au sens de l'article L.5111-1 du code de la santé publique. Sera classé comme telle chaque substance capable de provoquer une activité contraceptive chez la personne humaine par la modification d'une fonction organique. Le 18 juin 1998, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé cette notion de médicament contraceptif et l'a définit comme *« un produit destiné à administrer une hormone et possédant des propriétés thérapeutiques ou contraceptives susceptibles de modifier les fonctions organiques de l'être humain »*[80]. La formule des médicaments contraceptifs est alors basée sur des composants hormonaux qui associent l'œstrogène et le progestatif synthétiques. Parmi les objets contraceptifs figurent trois catégories : les préservatifs, les contraceptifs intra-utérins[81] et les produits contraceptifs

---

[78] Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologie, étude : *« Contraception »*, 4 mai 2010, n° 1

[79] L'effet organique des **médicaments contraceptifs** consiste entre autre à empêcher une ovulation et à rendre la glaise cervicale imperméable à la pénétration des spermatozoïdes. Postérieurement à la fécondation, ils rendent la muqueuse utérine incompatible avec la nidation.

[80] Dictionnaire Permanent de la Bioéthique et Biotechnologies, étude *« Contraception »*, 1 septembre 2004, n° 41-42 ; Cour de Cassation, Chambre commerciale, 18 juin 1998, n° 89-18.906

[81] Dans la catégorie de **contraceptifs intra-utérins** on retrouve ceux qui rendre l'impossible implantation d'un œuf déjà fécondé dans l'utérus qui est exposé à une inflammation permanente de la muqueuse. La progression des spermatozoïdes est empêchée par la présence d'hormone progestative. On pourra citer ici le stérilet, le diaphragme et la cape génitale. Dans la deuxième catégorie, de **contraceptifs locaux**, on retrouve les spermicides, les pommades, l'éponge et les gels.

locaux ayant un effet cytotoxique immédiat sur les spermatozoïdes. Les premières dispositions normatives concernant la contraception ont fait une nette distinction entre la contraception régulière et la contraception d'urgence en fonction du mode de délivrance des moyens contraceptifs et du profil de la patiente. Mais, avec l'évolution des mœurs et le développement de la diversification médicale des contraceptifs, cette distinction disparaît peu à peu en faveur d'une harmonisation et d'une démocratisation de l'accès aux contraceptifs. La contraception moderne est, dans cette perspective, la manifestation de la maîtrise positive de la procréation. D'une part, sa diversification médicale permet une meilleure adaptation à la situation médicale de ses utilisateurs et de leurs projets procréatifs ; d'autre part, la riche offre contraceptive actuelle permet d'abandonner certaines méthodes traditionnelles, telle que la méthode naturelle, la méthode Ogino et Knauss jugées peu fiables aussi bien que le *coitus interruptus,* encore plus critiqué et perçu comme une sorte de *« loterie contraceptive »* qui se termine par une grossesse dans 30 % des cas.

56. La femme et l'homme face au choix contraceptif. Le recours aux contraceptifs chez la femme se fonde sur deux types d'arguments. Subjectivement, on peut citer des raisons d'ordre personnel tel que l'âge de la femme et de l'homme, les parents potentiels pouvant se sentir trop jeunes ou trop âgés pour enfanter. Dans la même catégorie des arguments personnels, on pourra citer le manque de ressources matérielles indispensables pour maintenir la famille dans un état financier satisfaisant et la volonté de poursuivre la carrière professionnelle. On peut aussi imaginer l'existence d'arguments à caractère éthique, par exemple la volonté de ne pas avoir d'enfant en dehors du mariage pour *« protéger »* son image sociale officielle. L'utilité de la contraception médicalisée peut se justifier par des raisons objectives. La motivation sera liée, d'une part à la santé de la femme menacée par une forte probabilité de détérioration de sa santé suite à l'accouchement ; d'autre part, au profil génétique des parents. En dehors des aspects plus globaux, économiques et sociaux, le choix de la contraception reste avant tout une décision individuelle. Elle pèse donc sur l'existence individuelle d'une femme et d'un homme, plus particulièrement lorsqu'ils sont encore mineurs. Il faut se demander quelle peut être l'avenir de la contraception ? La médicalisation et l'accessibilité à la contraception auront une double conséquence. Dans un premier temps, les avancées médicales permettront une plus grande spécialisation et individualisation de la contraception. Avec l'intervention des nouvelles hormones synthétiques, le blocage hormonal pourra prendre de nouvelles formes, aussi bien pour les femmes que pour les hommes. Elles pourront être moins contraignantes et moins invasives pour la santé, en prenant par exemple la forme d'un vaccin contraceptif annuel, de pilules avec des taux réduits d'hormones ou

encore la contraception masculine par ultras sons. Le progrès scientifique en marche permet d'espérer la future commercialisation de la pilule contraceptive masculine. En outre, si la palette de moyens contraceptifs va être élargie et diversifiée pour les femmes et pour les hommes, on peut espérer que la politique nataliste individuelle va évoluer vers un plus grand partage de la responsabilité contraceptive au sein d'un couple.

B. La naissance du droit à la maîtrise individualisée de la procréation

57. Présentation. Le choix procréatif reste une décision individuelle qui relève de la sphère privée, mais fait l'objet d'un compromis par rapport aux préoccupations de santé publique. On remarque une évolution des mentalités. *« Le débat sur la contraception renvoie ainsi à une douloureuse confrontation entre deux conceptions de la liberté humaine, l'une la considérant comme la possibilité de s'autodéterminer, l'autre comme l'aptitude à choisir le bien voulu par Dieu »*[82]. Le mariage moderne, dans les deux pays, est marqué par la dissociation entre le mariage et la conception des enfants (1). La dissociation entre la procréation et la sexualité conduit au développement de la sécurité sexuelle (2).

1. Le mariage et le regard porté sur la procréation

58. Évolution des mentalités : entre la tradition, la religion et la modification du paysage social. Déjà dans l'Antiquité, chez les Égyptiens on retrouve les traces de la procréation maîtrisée. Les papyrus Ebers, datés entre 1500 et 1600 ans avant notre ère, mentionnent l'existence de tampons contraceptifs pour les femmes et de mixtures faites de gommes et de feuilles de végétaux introduits dans le vagin. Les Grecs et les Romains produisaient les préservatifs masculins en intestins de porc et les préservatifs féminins sous la forme d'éponges imbibées de vinaigre et placées au fond de vagin[83]. Durant les époques suivantes, les préservatifs étaient utilisés plus au titre préventif contre les maladies sexuellement transmissibles, comme la syphilis appelée *« le mal français »,* que dans le but purement contraceptif. Jusqu'au XXème siècle, la contraception était soi mécanique, soi chimique sous la forme des *« remèdes magiques »* produits et vendus illégalement. Durant le XXème siècle, la contraception mécanique devient une contraception hormonale et diversifiée. La loi du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances a abrogé l'interdiction générale de la contraception imposée par la loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et

---

[82] G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, éd. Armand Colin, Paris 2003, p. 266
[83] M.-T. Fontanille, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine,* éd. Searle, Paris 1977

à la propagande anticonceptionnelle[84]. Désormais, la contraception a été libéralisée en France. Si le droit était plus réactif face aux revendications sociales, les religions restent plus hostiles à l'égard tant de la contraception que de l'avortement. Le christianisme rejetait toute l'intervention humaine à la procréation conformément avec la règle biblique *« Soyez féconds et multipliez »*[85]. La maternité était considérée comme la grâce de Dieu. La virginité de la jeune fille candidate au mariage était, selon l'Église catholique, la marque de l'authentique esprit chrétien[86]. La contraception était interprétée, par la doctrine catholique, comme le triomphe de la sexualité sur l'amour et du désir sur la dignité de la personne humaine. Cette ligne doctrinale a été maintenue encore par le pape Jean-Paul II qui, le 17 septembre 1983, a déclaré à Rome que *« ... le pouvoir de décider en dernier ressort au sujet de la venue à l'existence d'un être humain »* appartenait à Dieu[87]. Au début de XXIème siècle, l'Église catholique a modifié cette position traditionnelle. Avec la propagation mondiale du SIDA, plus particulièrement en Afrique, le pape Benoît XVI a reconnu, en 2010, le bénéfice pratique des préservatifs dans la lutte contre le SIDA. Ce changement de position était bénéfique, utile et surtout très attendu par les catholiques déçus par l'interprétation assez restrictive en vigueur. Désormais, le modèle familial dans les deux pays *« prend ses distances à l'égard du modèle catholique où il trouve sa source »*[88]. Le judaïsme tolère la contraception dans le mariage de façon restreinte par exemple les préservatifs sont admis au titre préventif contre les maladies telles que le SIDA, les contraceptifs sont autorisés par les autorités religieuses lorsque la femme *« a en besoin »*[89]. L'islam n'a pas de la position uniforme concernant de la contraception. Elle n'est pas interdite explicitement, mais elle n'est clairement favorisée. Dans la société moderne, influencée tant par la médicalisation que par la laïcisation de la vie sociale, la structure traditionnelle du couple a été modifiée, et le nombre des enfants nés hors mariage a considérablement augmenté. La procréation est devenue une décision individuelle et relevant de l'intimité personnelle de chacun. Les familles monoparentales composées d'une mère célibataire avec les enfants et les couples homosexuels font la partie intégrale du paysage social.

---

[84] L'importance de la loi du 28 décembre 1967 était fondamentale, dans la mesure où le droit français a légalisé pour la première fois la vente des produits contraceptifs, mais la légalisation de la publicité des contraceptifs. La loi du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances autorisait l'importation, la fabrication et la vente des contraceptifs dans des pharmacies. La loi du 13 décembre 2000 a légalisé la contraception d'urgence.

[85] Genèse, I, 28

[86] B. Py, *Recherches sur les justifications pénales des activités médicales*, thèse Nancy II, 1993, p. 274

[87] Jean-Paul II, *Discours de Rome*, 17 septembre 1983

[88] Cl. Le Terre, *La religion et le droit civil du mariage*, thèse Nantes, 2004, p. 45, n° 142 ; Selon les estimations de l'INSEE, en 2008 le nombre de naissances hors mariage en France a dépassé celui des naissances en mariage, il se situe vers 52% ; http://www.insse.fr:fr:ffc/ipweb/ip1220/ip/1220.pdf

[89] E. Dorff, *L'éthique de l'amour*, éd. Nadir 2000

59. Les couples modernes. La vision moderne du mariage est marquée par la remise en question de la place de sexualité et de la procréation au sein du mariage. Le mariage n'est plus le cadre unique et *« légitime de la conjonction sexuelle »*[90] ; la procréation n'est plus la fin naturelle de l'union de l'homme et de la femme. La procréation dans le couple peut se réaliser dans le cadre du mariage, du concubinage dans les deux systèmes français et polonais, et du pacte civil de solidarité en France issu de la loi du 15 novembre 1999[91]. En ce qui concerne du concubinage, il n'est pas encadré normativement en Pologne où il reste l'une des formes spontanées de la vie commune. En France, l'article 515-8 du code civil dispose que : *« le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de même sexe ou de sexe différent, qui vivent en couple »*. Par conséquent, *« le couple est d'abord considéré pour lui-même, pour ce qu'il apporte à chacun de ces membres, indépendamment des éventuels enfants à venir »*[92]. Aucun modèle de vie commune n'est défini en référence à une finalité procréative. De ce fait, *« la procréation n'est plus imposée, elle ne relève plus de la fatalité, du hasard, mais du choix, et ce choix peut aller jusqu'au refuser toute procréation. La procréation n'apparaît plus comme la finalité dominante du mariage et ne subsiste que l'amour »*[93]. Juridiquement, il n'est plus nécessaire de procréer pour se marier, ni de se marier pour procréer. La procréation est devenue l'un des buts du mariage, mais pas son but en soi. Cette évolution témoigne d'une affirmation des libertés individuelles des époux : on est d'abord une femme et un homme avant de devenir éventuellement une mère et un père[94]. Si la procréation traduit l'intention conjugale de consolider le lien matrimonial et de donner des ascendants biologiques, le mariage moderne est avant tout l'affirmation à la fois symbolique et publique de l'union affective préexistante.

---

[90] M. Brunetti-Pons, *L'émergence d'une union de couple en droit civil*, RTDC 2002, p. 27 à 33 ; J.-P. Branland, *Le sexe et l'état des personnes : aspects historiques, sociologiques et juridiques*, éd. LGDJ, Paris 1993, p. 31, n° 51

[91] En Pologne, le mariage est défini par l'article 1 du code de la famille et de la cotutelle comme l'union d'une femme et d'un homme. Également, le droit civil français a gardé cette construction du mariage en vertu de l'article 144 et s. du code civil. En revanche, le pacte civile de solidarité n'existe pas sur le terrain du droit civil polonais. L'article 515-1 du code civil français définit le pacte civil de solidarité comme « *un contrat conclu entre deux personnes physiques majeures, de sexe différents ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* » ; J. Carbonnier, *Droit civil, La famille : l'enfant, le couple*, vol. 2, éd. PUF 2002, p. 1139 ; R. Libszaber, *La notion de mariages civils, Libres propos sur les sources de droit*, Mélanges Ph. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 337 ; M.-T. Calais-Auloy, *Pour un mariage aux effets limités*, RTD C 1988, p. 261

[92] H. Leridon, *Les enfants du désir : une révolution démographique*, éd. Hachette, Paris 1998, p. 211

[93] C. Bontems, *Introduction*, in *Mariage-Mariages*, II Colloque International, Paris-Sceaux, 9/10 mai 1997, éd. PUF, Paris 2001, p. 24-27

[94] P. Coubre, *Droit de la famille*, Paris Sirey, 2008 ; L. Pécaut-Rivolier, *La procréation dans le mariage*, thèse Paris II, 1994, p. 49

60. Le mariage et l'impossibilité de procréer. Le lien unissant la procréation et le mariage oscille entre l'obligation et l'impossibilité de procréer. La capacité à procréer est prise en compte en fonction du moment dans la vie conjugale. Les références à la finalité procréative du mariage sont tant implicites qu'explicites. Les droits civils français et polonais rendent impossible la célébration d'un nouveau mariage avant la dissolution du précèdent. En France, la formalité du certificat prénuptial, délivré suite à la vérification médicale de la capacité de procréer et préalablement à la cérémonie du mariage, a été supprimée par la loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit[95]. Les deux systèmes civils imposent le seuil de maturité biologique respectivement de 18 ans pour les deux futurs époux en France[96] et de dix-huit ans pour les filles et de vingt et un ans pour les garçons en Pologne (art. 10§1 du code civil). Il semble que cette concordance dans les deux législations traduit plutôt une exigence de maturité psychologique qu'un attachement à la finalité purement procréatrice du mariage. La procréation constitue un obstacle à l'annulation du mariage, ou elle reste totalement neutre à l'égard du mariage *ex officio* infertile. Dans la première hypothèse, l'article 148 du code civil français autorise le mariage des mineurs après l'autorisation parentale dès lors que le Procureur de la République a accordé une dispense[97]. Son équivalent est la disposition de l'article 10§2 du code civil polonais. Dans la deuxième hypothèse, la possibilité ou l'impossibilité de procréer restent indifférentes à la validité du mariage aussi bien en France qu'en Pologne. Il s'agit alors des trois cas de figure suivants : les mariages des transsexuels, ceux entre personnes âgées, enfin ceux contractés *in extremis*[98]. Si la volonté de procréer constitue un indice naturellement présumé de l'intention conjugale, il convient de s'interroger sur les circonstances où l'impossibilité de procréer peut donner lieu à une sanction. L'impossibilité de procréer peut être liée à l'impuissance, diagnostiquée ou non, ou à la stérilité. Naturellement, dans ces situations, la volonté de procréer peut être démontrée par les démarches relatives à une éventuelle stérilité du mari, ou

---

[95] La loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, JORF 21 décembre 2007, p. 20639, texte n° 2

[96] Répertoire civil Dalloz, étude : *Mariage, condition de formation*, n° 32

[97] La loi du 20 novembre 2007 a abrogé en France l'interdiction de contester la validité du mariage à l'étranger d'une mineure enceinte, afin, sans doute, de lutter contre les mariages blancs. De la même façon, la Cour d'appel de Versailles a pris en compte le 22 novembre 2001 la naissance d'un enfant pour caractériser l'intention matrimoniale en rejetant une demande en nullité : Cour d'appel de Versailles, 22 novembre 2001, Juris-Data n°2001-184382

[98] Premièrement, en cas d'un mariage entre les personnes transsexuelles ayant donc les sexes légaux différents, la rupture entre la procréation et le mariage est définitivement consommée (CEDH, affaire Rees c/Royaume-Unis du 10 octobre 1986, n° 9532/81). Deuxièmement, il s'agit des mariages entre les personnes âgées, de plus en plus fréquents vers l'âge de ménopause pour les femmes et après 60 ans pour les hommes. Il semble, que dans ces cas prime avant tout l'engagement personnel affectif des époux (*in* L. Rachel, *L'âge de procréer*, Gazette du Palais, 2008, n° 8, p. 16 ; F. Terre, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz 2005, p. 301). Troisièmement, les lois civils français et polonais reconnaissent à travers de l'article 169 et 75 du code civil français et l'article 9 du code civil polonais.

par la poursuite des examens nécessaires pour une procréation médicalement assistée. L'existence de nouveaux modèles de vie commune a été plus facilement reconnue par la législation française. Le 11 janvier 2007 la Cour d'appel de Caen a admis que l'absence délibérée de volonté de procréer et même de toute relation sexuelle, n'était pas exclusive de l'existence de l'union matrimoniale. Ainsi, le juge français a accepté un modèle de mariage fondé sur l'assistance mutuelle accompagnée d'une plus grande liberté individuelle des époux[99]. Quelle peut être la sanction de l'erreur sur la capacité de procréer du conjoint ? Ni le code civil français ni le code civil polonais n'exigent explicitement le constat de la capacité de procréer comme une condition préalable au mariage. Si elle n'est pas une condition de fond pour se marier[100], mais obligation préconjugale de sincérité est exigée[101]. Par conséquent, les tribunaux ont tendance à prononcer le divorce en raison de la méconnaissance du devoir de loyauté. La déloyauté sera une attitude manifestement fautive lorsqu'elle consiste à cacher les déformations physiques. Dans ce cas, l'erreur porte sur les qualités essentielles de la personne[102].

61. Le mariage et la contraception. Dès la fin de XIXème siècle, les tribunaux français ont eu tendance à condamner le refus de procréer contre le gré du conjoint. Le 26 décembre 1899 la Cour d'appel de Caen a prononcé le divorce aux torts exclusifs du mari parce qu'il avait forcé sa femme à utiliser des préservatifs contre la volonté de cette dernière[103]. Après la deuxième guerre mondiale, en 1948, les juges français ont privilégié la finalité procréative du mariage de manière stricte, en excluant même le recours unilatéral à l'abstinence sexuelle du mari qui privait ainsi sa femme d'une maternité souhaitée et considérée à l'époque comme la vocation prioritaire de l'union matrimoniale[104]. Cette ligne interprétative fut maintenue par la Cour d'appel de Paris le 27 octobre 1959[105]. En effet, elle ne condamna pas la *« contraception »* en tant que telle, mais la *« contraception fautive »* pratiquée à l'insu du conjoint ou imposée contre sa volonté en l'absence même de toute indication médicale. Un tel comportement était considéré comme un déni du mariage, qui vide ce dernier de sa substance principale et manque au respect des volontés mutuelles des époux. Si la procréation n'est toujours pas complétée par le code civil comme le seul but du mariage, son

---

[99] CA de Caen, 11 janvier 2007, Juris-Data 2007-329848, Droit de la famille 2007, commentaire n° 101
[100] La capacité de procréer n'est pas évoquée parmi les causes d'invalidité du mariage énuméré par l'article 10 à 15 du code civil polonais
[101] Y. Guyon, *De l'obligation de sincérité dans le mariage*, RTDC 1964, n° 6, p. 478
[102] TGI d'Avranches, 10 juillet 1973, Dalloz 1973, p. 175
[103] CA de Caen, 26 décembre 1899, Droit pénal, 2, 206
[104] Tribunal civil de Seine, 12 novembre 1948, Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologies, étude « *Contraception* », 14 mai 2010, n° 64 ; Gazette du Palais, 1949, 1, 7
[105] CA de Paris, 27 octobre 1959, Dalloz 1960, p. 144

importance reste considérable tant en cas de refus de procréer qu'en cas de procréation imposée. Tel est encore le raisonnement de la Cour d'appel de Nîmes le 21 mars 2007, lorsqu'elle se prononça sur la culpabilité d'une femme qui avait conçu un enfant contre la volonté de son mari[106].

2. La liberté procréative et l'émergence de la sécurité sexuelle

62. Entre la liberté de procréer individuelle et les impératifs de santé. La liberté procréative, tout comme la liberté sexuelle peuvent être perçues comme les manifestations de la démocratie individuelle[107]. Il s'agit de concilier deux impératifs : protéger la liberté des uns et la sécurité des autres. Dans cette optique, la loi a pour mission, de sécuriser la sexualité tant dans l'aspect individuel que collectif. Par conséquent, la liberté procréative et la liberté sexuelle peuvent être protégées par la sécurité sexuelle. Cette dernière n'existe pas comme une notion autonome, elle s'est développée peu à peu comme *« une composante de la sécurité des personnes, impératif fondamental des sociétés démocratiques »*[108]. Deux horizons fixent les périmètres du droit à la sécurité sexuelle : sur le terrain du droit médical, il s'agit de la prévention des maladies sexuellement transmissibles ; sur le terrain du droit pénal, il existe une répression de la transmission du virus du SIDA par l'article 161 du code pénal polonais[109] et par l'article 222-15 du code pénal français[110].

63. La notion de la sécurité sexuelle en droit médical. La sécurité sexuelle ne devra pas être perçue comme un idéal inaccessible, mais plutôt comme une récente pratique. Les limites de la sécurité sexuelle se trouvant alors dictées par l'impossibilité de garantir une sécurité absolue. Aucune définition légale et autonome de la sécurité sexuelle n'est prévue par la loi, ni en France ni en Pologne. Elle se situe au carrefour entre la vie publique et la vie privée. Le

---

[106] CA de Nîmes, 2ème Chambre civile, 21 mars 2007, n° 05/03638

[107] J. Lupinska, *Liberté sexuelle et droit criminel*, Mémoire de DIU de Droit Médical, Université Nancy II, 2010, p. 16 et s.

[108] F. Caballero, *Droit du sexe*, éd. LGDJ 2010, p. 130

[109] **L'article 161 du code pénal polonais dispose :** *« § 1. Celui qui, sachant qu'il est contaminé par un virus du VHI, expose directement une autre personne à un risque de contamination est puni d'une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 3 ans. § 2. Celui qui, sachant qu'il est contaminé par une maladie vénérienne, une maladie contagieuse, ou une maladie grave et incurable, expose directement une autre personne à un risque de contamination est puni d'une amende, une peine restrictive de liberté ou une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 1 an. § 3. La poursuite des infractions mentionnées par les §1. et §2. intervient à la demande de la victime ».*

[110] **L'article 222-15 du code pénal français dispose :** *« L'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui est puni des peines mentionnées aux articles 222-7 à 222-14-1 suivant les distinctions prévues par ces articles. Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatifs à la période de sûreté sont applicables à cette infraction dans les mêmes cas que ceux prévus par ces articles ».*

droit médical agit ici selon une logique sanitaire aussi bien dans le domaine médical que pénal. D'abord, la loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne a instauré le principe général selon lequel *« la sécurité est un droit fondamental. Elle est une condition d'exercice des libertés et de la réduction des inégalités »*[111]. Le droit médical intervient à titre préventif : pour prévenir la transmission des maladies et pour protéger les victimes potentielles. C'est pourquoi une politique relative à l'information sur la santé sexuelle a été mise en place. Elle chemine entre le respect de la vie privée et les exigences sanitaires globales. S'agissant de ce premier élément, le respect de la vie privée se traduit par le caractère facultatif du dépistage des maladies sexuellement transmissibles. Il n'existe, en France, aucune obligation systématique et globale concernant l'ensemble de la population. Le dépistage à titre gratuit et anonyme est prévu par l'article L.2311-5 du code de la santé publique. Dans le cas de résultat positif, l'article L.3113-1 du même code impose une déclaration de la maladie ou de l'infection aux autorités sanitaires, toujours de façon anonyme[112]. Parmi les maladies figurant sur la liste, se trouvent l'hépatite B et le SIDA depuis l'arrêté du 16 avril 2007 relatif à la notification obligatoire des cas d'infection par le virus de l'immunodéficience humaine. Cependant, cette logique étatique sanitaire connaît plusieurs incohérences. D'une part, le droit médical impose le dépistage obligatoire par l'article L.1221-4 du code de la santé publique. Il s'agit d'hypothèses bien particulières et mettant en péril la santé sanitaire de l'ensemble de la population avant la distribution ou/et l'utilisation thérapeutique des produits du corps humain tels que le sperme, le sang, les différents organes et les tissus humains. D'autre part, la sécurité sexuelle recule depuis la loi du 20 décembre 2007, qui a supprimé le dépistage du virus du SIDA lors de l'examen prénuptial au nom de la *« simplification du droit »*[113]. On peut se demander si dans cette perspective, il ne serait pas raisonnable d'assurer une distribution totalement gratuite de préservatifs ou même de moyens contraceptifs ?

64. La contribution pénale au développement de la sécurité sexuelle. *« La liberté sexuelle ne comporte pas la liberté de contaminer »*[114]. Même si le virus du SIDA est potentiellement

---

[111] La loi n° 2001-10162 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, JORF 16 novembre 2001, p. 18215

[112] AJDA, 2000, 831 ; J.C.P., éd. gén., 2000, IV, 2742 ; A. Cayla, *Veille sanitaire et transmission à l'autorité sanitaire de certaines données individuelles de certains malades*, RDSS 1999, p. 718 ; A. Cayla, *Organisation et fonctionnement des consultations de dépistage des infections par le virus de l'immunodéficience humaine*, RDSS 1988, p. 226

[113] La loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, JORF 21 décembre 2007, p. 20639

[114] T. Prothais, *Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal*, Dalloz, 2006, chronique, p. 1068 ; T. Prothais, *Dialogue de pénalistes sur le sida*, Dalloz 1988, chronique, p. 25 ; Carnet, *La pénalisation de la transmission volontaire du sida*, Mémoire, Paris X, 2005/2006 ; Conseil national du SIDA, *Avis sur la*

mortel, l'application de l'incrimination d'empoisonnement au sens de l'article 221-5 du code pénal français semble être inopportune, sauf évidemment les cas particuliers où cette transmission intervient de manière volontaire et préméditée par l'un des partenaires animés d'une volonté de contaminer en toute connaissance de cause[115]. Le droit pénal offre une palette d'incriminations variées en fonction du caractère volontaire ou non de la transmission de la maladie. Le comportement dangereux de la personne contaminée est aussi décisif que sa connaissance de la maladie et le résultat final. Dans la première hypothèse, l'auteur n'a pas la connaissance de sa séropositivé. Les incriminations retenues dans cette situation sont celles de l'article 221-6 du code pénal (l'homicide involontaire par imprudence ou négligence), l'article 222-15 du code pénal (l'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique), ou l'article 223-6 du même code (l'exposition délibérée à un risque de mort). Dans la deuxième hypothèse, l'auteur agit en connaissance de sa séropositivité. À cette situation, on peut appliquer les articles 223-1 (l'exposition délibérée d'autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures) et 232-19 du code pénal (blessures involontaires en cas de violation délibérée d'une obligation de sécurité prévue par la loi).

65. Plan. La maîtrise de la procréation individuelle et celle au sein d'un couple, quel que soit son type, ne peut être réelle que si les contraceptifs sont accessibles, adaptés et remboursés (§ 2).

§ 2 : Le droit d'accès à la contraception

66. L'accès à la contraception comme la liberté individuelle. Le droit d'accès à la contraception a connu une longue évolution. La protection de la natalité fut initialement considérée comme un vecteur de la puissance d'un État. Au début de XXème siècle, le droit français avait tendance à sanctionner les pratiques abortives et anticonceptionnelles sans aucune considération pour le désir personnel de la femme. La préservation de la grossesse et la soumission des femmes à l'obligation de la maternité constituées des devoirs civils. La loi française évolua vers la reconnaissance des aspirations individuelles des femmes et des hommes. La contraception était légalisée, généralisée et rendue accessible. La liberté de procréer et de ne pas procréer, tout comme le droit à l'intimité, est définitivement reconnus

---

pénalisation de la transmission sexuelle du VHI, 27 avril 2006

[115] F. Caballero, *Droit du sexe*, éd. LJDG 2010, p. 136

par les droits français et polonais. La divergence entre le droit français et polonais consiste en revanche en la pris en compte de la patiente mineure. La différence fondamentale entre les droits français et polonais ne consiste pas, en principe, en leur propre mode de reconnaissance du droit à la contraception, mais dans la politique étatique d'information concernant la planification familiale. En Pologne, la planification familiale est considérée comme un élément de la vie privée élaboré individuellement dans l'intimité du couple, ou du cabinet médical. En revanche, dans l'espace public français existent des institutions officielles étatiques qui coordonnent à titre consultatif la politique de procréation des Français. Si la liberté procréative relève de la décision individuelle, la planification familiale fait l'objet d'une coordination institutionnalisée (A). Les deux droits français et polonais offrent aux mineurs un accès aux contraceptifs, mais cet accès est varié (B).

A. La généralisation du droit d'accès à la contraception

67. Présentation. Le droit médical français est marqué par une très forte implication de l'État dans la politique de la planification familiale et de l'éducation sexuelle de la société (1). Cela se traduit en pratique par la promotion de la maîtrise de la fécondité et par le remboursement des contraceptifs. On observe également un certain rapprochement entre les différents régimes, plus particulièrement entre la contraception régulière et celle d'urgence, mais aussi dans le régime de la délivrance des contraceptifs pour les patients mineurs et majeurs. En revanche, l'accès à la contraception ne peut être réel si les contraceptifs ne sont pas correctement remboursés (2).

1. L'institutionnalisation du droit à l'information sur la planification familiale en France

68. La centralisation de l'information. La loi du 11 juillet 1973 a créé une institution étatique centrale : le Conseil supérieur de l'information sexuelle, qui n'a pas son équivalent polonais[116]. L'information concernant de la planification familiale se concentre essentiellement sur la régulation des naissances et plus largement sur l'éducation familiale. Elle s'adresse aux personnes individuelles et aux associations et aux organismes consacrés à la planification familiale et l'éducation sexuelle. Pour le Conseil d'État, *« l'information de la population sur les problèmes de la vie est une responsabilité nationale »*, ce qui justifie une

[116] La loi n° 73-639 du 11 juillet 1973 portant création d'un conseil supérieur de l'information sexuelle, de la régulation des naissances et de l'éducation familiale, JORF 12 juillet 1973

large campagne d'information destinée aux collégiens et aux lycéens[117]. L'État français ne se contente pas d'organiser des campagnes d'information relatives à la régulation des naissances. Depuis le 15 novembre 2007, une circulaire ministérielle prévoit l'installation de distributeurs automatiques de préservatifs dans les lycées. Cette politique a fait déjà l'objet d'un arrêt du Conseil d'État, qui, le 6 octobre 2000 s'est prononcé favorablement sur ce type de campagnes jugées compatibles avec le principe de neutralité de l'enseignement publics et de la laïcité dans l'école[118]. Il convient de se demander quel peut être l'impact de cette politique centralisée sur des comportements et des habitudes en général ? Contrairement à la situation polonaise, l'accès à la contraception pour les mineurs en France est associé à l'émancipation de ces derniers vis-à-vis de l'autorité parentale. Par conséquent, la promotion de la contraception est suivie par un changement des comportements sexuels, notamment celui des jeunes filles réellement libres de disposer de leurs corps, et par l'amélioration de la prévention des grossesses non désirées. On peut s'interroger sur les conséquences à long terme, notamment sur la natalité française, une procréation individuelle si efficacement maîtrisée ? En France, la planification et l'éducation familiales sont également centralisées et font chaque année l'objet d'une consultation par un nombre non négligeable de Français[119], plus d'un million. Ces consultations sont orientées à la fois vers l'information et la prévention, selon les lignes directrices établies par la politique familiale de l'État. Les centres répartis sur l'ensemble du territoire ont connu une extension progressive de leurs compétences consultatives. Depuis le 6 août 1992, ils sont habilités à délivrer des produits contraceptifs et, depuis le 19 décembre 2007, ils peuvent pratiquer les interruptions volontaires de grossesse par voie médicamenteuse.

2. Le remboursement des contraceptifs

69. De l'instauration du remboursement des produits contraceptif ... La première liste officielle de produits pris en charge par la Sécurité sociale française a été fixée par un arrêté du 30 janvier 1975 suite à la loi du 4 décembre 1974. Les périmètres de la couverture assurée sont décrits par l'article L.321-1 du code de la Sécurité sociale comme *« les médicaments, produits et objets contraceptifs et les frais d'analyses et d'examens de laboratoires ordonnés en vue de prescriptions contraceptives »*. Depuis le 13 décembre 2000, la gratuité concerne

[117] CE, 6 octobre 2000, n° 216901
[118] CE, 6 octobre 2000, n° 216901 ; *Association Choisir la vie et autres*, AJDA 2000 p. 729, conclusion S. Boissard
[119] Dictionnaire Permanente de Bioéthique et Biotechnologies, étude : « *Contraception* », 14 mai 2010, n° 28

également la contraception d'urgence prescrite aux mineures. Il convient de noter que la délivrance gratuite de contraceptifs par les centres de planification ou d'éducation familiale a été élargie. Ils assurent l'accès à la contraception destinée aux femmes en situation de séjour irrégulier en France. Depuis la loi du 19 décembre 2007 de financement de la sécurité sociale pour 2008, suivi par le décret du 6 mai 2009, ces centres sont habilités à effectuer des interruptions volontaires de grossesse par voie médicamenteuse en vertu des articles L.2311-3 et R.2112-14 du code de la santé publique. En Pologne, le financement de la contraception par les pouvoirs publics reste beaucoup plus restreint. En mars 1998, le Ministère de la Santé et de la Protection Sociale a pris la décision de limiter considérablement la liste des produits contraceptifs faisant l'objet de remboursement. Désormais, seulement trois contraceptifs hormonaux sont remboursés à 70 % de leurs prix : Microgynon 21, Rigevidon et Stediril 30. Cette solution est insatisfaisante, d'autant plus qu'elle ne donne pas grand choix aux patientes, qui sont donc très souvent obligées de payer l'intégralité du prix du produit.

70. ... à la réduction progressive du nombre des produits remboursés. Le caractère gratuit des contraceptifs est fondamental pour que l'accès à la procréation planifiée et maîtrisée par les femmes, plus particulièrement celle des mineures, soit une réalité. Son rôle bénéfique peut être étudié aussi bien sur le plan individuel que collectif. Individuellement, le remboursement des produits contraceptifs doit être interprété comme un moyen d'éviter l'auto-médicalisation inadéquate, qui peut s'avérer dangereuse pour la santé de la femme. L'entretien avec un médecin reste la meilleure façon d'analyser le parcours contraceptif, les antécédents médicaux et les projets éventuels de maternité de la patiente et de choisir le produit contraceptif le plus adapté. Collectivement, la distribution des contraceptifs remboursés permet d'éviter les frais d'interruptions de grossesse précoces chez les mineures, les interruptions de grossesse répétées chez les patientes disposant des moyens financiers insuffisants pour se procurer des contraceptifs chers ou non remboursables, et d'éviter aussi les interruptions de grossesse chez les patientes handicapées mentales. Ces arguments unissent un aspect individuel et un intérêt plus général, celui des dépenses de santé publique. La participation au remboursement semble être une solution de bon sens. Mais face à ces arguments, il est possible d'en opposer un certain nombre qui vont à l'encontre de la participation de la Sécurité sociale nationale au financement de la contraception. D'abord, le produit contraceptif, quelle que soit sa nature, comporte une part d'ambiguïté, car par sa destination, il ne peut être assimilé à un médicament et de ce fait il peut être considéré comme un produit de confort[120]. Face au développement pharmaceutique, l'accord préalable

[120] Dictionnaire Permanente de Bioéthique et Biotechnologies, étude : *« Contraception »,* 14 mai 2010, n°

de la Caisse de sécurité sociale pour prendre en charge de nouveaux contraceptifs exige la démonstration d'un certain intérêt thérapeutique[121]. En outre, il est possible d'imaginer que la promotion de la natalité peut constituer un contre-argument au financement de la contraception. Cet argument est souvent évoqué en Pologne. Actuellement, selon le rapport gouvernemental polonais, il existe trente-huit produits contraceptifs mis sur le marché, dont seulement trois partiellement remboursables en application de la circulaire du Ministère de la Santé du 28 mars 2002. Selon les statistiques de l'ONU publiées en 2007, en Pologne environ 65 % des femmes entre 15 et 49 ans ont recours à la contraception[122]. À cette barrière financière s'ajoutent les difficultés pratiques d'accès aux contraceptifs liées au fait que beaucoup de produits facilement accessibles en France, plus particulièrement les contraceptifs hormonaux tels que RU 486, Norlevo ou Depo-Provera. Il convient de souligner que la composition de pilules contraceptives évolue dans le souci de protéger la santé des femmes. En France, un arrêté du Ministre de la Santé en date du 28 décembre 1988 a autorisé la mise sur le marché de la pilule abortive RU 486 qui était un comprimé de Mifégyne. En 1999, ce produit a été remplacé par le Norlevo moins dangereux que la Mifégyne et destiné à être absorbé dans les trois jours qui suivent le rapport sexuel pour l'empêcher la nidation de l'œuf dans l'utérus. Le régime juridique français est donc plus libéral car en Pologne RU 486, la Mifégyne et le Norlevo ne sont enregistrés et ne peuvent être prescrits légalement.

67

[121] Cass. Soc., 10 juin 1987, n° 85-12.781

[122] Office Nationale des Statistiques, Rapport sur l'état de santé en Pologne, Varsovie 2006 ; Rapport de ONU relatif à la santé des femmes entre 15 et 49 ans, Varsovie 2007 ; Z. Izdebski, *La sexualité risquée à l'époque du VIH/SIDA, l'étude comparative 1997-2001-2005*, Annales de l'Université de Zielona Góra 2006

B. La reconnaissance de la liberté procréative des mineurs

71. Présentation. La reconnaissance du droit d'accès aux contraceptifs pour les mineurs constitue l'une des manifestations d'un phénomène plus vaste, celui de l'émancipation médicale des mineurs par rapport à l'autorité parentale (1). Elle a largement touché la sphère procréative, de l'interruption volontaire de grossesse à la contraception d'urgence. Les mineurs disposent désormais du droit à l'information sur la contraception, au même titre que l'accès à cette contraception (2).

1. L'émancipation de la liberté sexuelle des mineurs

72. La reconnaissance de la liberté sexuelle des mineurs en droit pénal. La sexualité des mineurs varie selon le degré de maturité physique et psychique. En revanche, la maturité juridique des mineurs permettant de présumer un consentement valable à l'acte sexuel est fixée selon l'article 227-22 du code pénal à quinze ans. *« Le législateur présume qu'ils sont aptes à conduire les entreprises amoureuses auxquelles ils consentent sans qu'il soit nécessaire de menacer leurs soupirants des foudres de la répression »*[123]. Les périmètres de cette émancipation sexuelle encadrant la liberté de choisir son partenaire et les pratiques sexuelles, sont fixés par l'article 227-25 du code pénal français. Ce texte donne implicitement à un mineur de plus de quinze ans le droit d'avoir des relations sexuelles consenties avec un autre mineur de plus de quinze ans et avec un majeur. L'article 227-27 du même code limite cette liberté en interdisant les rapports tels que ceux avec les parents (l'inceste) et les éducateurs (l'abus d'autorité sur une personne vulnérable). Ces restrictions sont justifiées par le fait que le mineur se trouve dans un état de contrainte morale associée à une présomption de non-consentement[124].

73. Les conséquences de l'émancipation de la liberté sexuelle des mineurs. En premier lieu, l'accès à la contraception reconnu aux mineurs sert à prévenir les grossesses non désirée. Il est complété par le droit à l'éducation sexuelle instaurée en France par la circulaire Fontanet du 23 juillet 1973, et réaffirmé par la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception[125]. Ce droit à l'éducation sexuelle est d'autant plus important aujourd'hui que le SIDA a fait irruption dans la société, ainsi que le risque de

---

[123] J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas 2010, p. 523
[124] F. Caballero, *Droit du sexe*, éd. LJDG 2010, p. 93
[125] Au niveau européenne, il convient de citer la Résolution 1607 du Conseil de l'Europe du 16 avril 2008 sur l'accès à un avortement sans risque et légal en Europe

pédophilie développé sur l'internet. Cet enseignement a une grande utilité préventive et il permet aux mineurs d'accéder à l'apprentissage encadré de la sexualité humaine. Le décret du 6 août 1992 relatif aux centres de planification ou d'éducation familiale a élargi la liberté et la sécurité sexuelle des patients mineurs, car ils ont obtenu le droit d'accès au dépistage des maladies sexuellement transmissibles, y compris le virus du SIDA[126]. En vertu de la loi du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence, la délivrance d'une *« pilule du lendemain »* n'est plus soumise à une prescription médicale et est disponible à titre gratuit dans une pharmacie. Initialement, la jurisprudence du Conseil d'État était hostile à une telle solution, jugée trop libérale[127]. Finalement, l'article L.2311-4 du code de la santé publique permet, en cas d'urgence et de détresse caractérisée, la délivrance gratuite d'une contraception par les infirmières dans les établissements d'enseignement du second degré. Quant à l'accès à l'interruption volontaire de grossesse, il est encadré par le décret du 3 mai 2002 relatif à la prise en charge anonyme et gratuite des interruptions volontaires de grossesse pratiquées sur des mineurs sans le consentement parental. Dans ce dernier cas il assure le choix à une mineure enceinte. Les chiffres annoncés du nombre des interruptions volontaires de grossesse effectuées chez les filles mineures sont toutefois préoccupants. On compte 12 140 interruptions volontaires de grossesse en 2005 pour les filles de 15 à 17 ans et de 850 pour les filles de moins de 15 ans[128].

2. L'information contraceptive adressée aux mineurs

74. Le mineur considéré comme un patient adulte. L'accès effectif et individualisé des mineurs à la contraception est l'une des manifestations directes de l'émancipation de ces derniers vis-à-vis de l'autorité parentale. La prescription du produit contraceptif pour un patient mineur est un acte médical. La loi du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances a supprimé pour les mineurs l'obligation d'obtenir le consentement écrit d'un des parents ou de représentant légal[129]. Depuis le 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence[130], le droit médical accorde aux mineurs la capacité

[126] Décret n° 92-784 du 6 août 1992 relatif aux centres de planification ou d'éducation familiale, JORF 12 août 1992, p. 10969

[127] CE, 30 juin 2000, *Association Choisir la Vie*, Dalloz 2005, 545 ; Dalloz 2001, 2224 ; AJDA 2000, p. 729

[128] Rapport IGAS, *Évaluation des politiques de prévention des grossesses non désirées et de prise en charge des interruptions volontaires de grossesse suite à la loi du juillet 2001*, octobre 2009

[129] La loi n° 74-1026 du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, JORF 5 décembre 1974, p. 12123

[130] La loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence, JORF n° 289, 14

personnelle d'accéder à la contraception d'urgence. Simultanément, il témoigne d'un assouplissement en ce qui concerne la preuve de minorité qui pourra désormais s'effectuer par une simple déclaration orale. Depuis la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, l'article L.5134-1 du code de la santé publique dispose que la prescription des contraceptifs n'est plus soumise à l'autorisation préalable des dépositaires de l'autorité parentale. Ainsi, le législateur français a consacré un nouveau statut aux patients mineurs, considérés désormais comme des patients à part entière. Leur traitement est donc couvert par le secret médical, sur le fondement de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades. L'information médicale adressée à cette nouvelle catégorie de patients est particulièrement importante, vu l'impact qu'elle peut avoir sur l'avenir d'une jeune personne.

75. L'information obligatoire en France. Premièrement, l'information devient obligatoire lorsqu'une mineure se voit délivrer une contraception d'urgence par un pharmacien. En vertu de l'article D.5143-1 du code de la santé publique, ce dernier est tenu de délivrer une telle information à une mineure lorsqu'elle a recours à la contraception d'urgence. Deuxièmement, l'article L.2212-9 du même code impose l'obligation d'informer sur les méthodes de régulation des naissances chaque patiente, lors d'une interruption volontaire de grossesse quel que soit son âge. L'éducation sexuelle des mineurs en France est réglée par les deux circulaires : la circulaire du 1er décembre 2003 relative à l'éducation, à la sexualité dans les écoles, les collèges et les lycées et la circulaire du 30 novembre 2006 relative à la protection du milieu scolaire.

76. L'éducation sexuelle en Pologne. L'article 4 al. 2 de la loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale impose au Ministère de l'Éducation Nationale l'obligation d'introduire dans le programme scolaire un enseignement sur les questions relatives à la sexualité. Depuis la circulaire du 23 août 2007 le contenu du cours appelé *« L'éducation à la vie familiale »* est laissé à l'appréciation individuelle des professeurs. Le programme obligatoire impose 14 heures d'éducation sexuelle par an en collège et au lycée. En revanche, aucune institution telle que les centres de planification familiale français n'existe en Pologne.

77. Plan. Après d'avoir étudié l'installation progressive du droit à la planification familiale, il convient de présenter les différences dans le mode de délivrance de contraceptifs en France et en Pologne (Section 2).

---

décembre 2000, p. 19830, texte n° 3

SECTION 2
La contraception et la responsabilité médicale

78. La délivrance de la contraception comme un acte médical. La prescription de produits contraceptifs est considérée comme un acte médical ordinaire et la responsabilité du médecin est entièrement engagée par la prescription de contraceptifs comme elle l'est pour tout autre acte médical. Aussi bien en France qu'en Pologne, la liberté de prescription est incompatible avec une obligation de prescrire un produit contraceptif. La liberté de conscience des praticiens est protégée dans les deux systèmes juridiques. Le code de la santé publique comporte une série de dispositions relatives aux contraceptifs et aux produits aptes à provoquer une interruption volontaire de grossesse. Elles concernent l'ensemble des activités liées à la distribution, la publicité, la vente et la délivrance des contraceptifs. On peut retrouver dans la loi pharmaceutique du 6 septembre 2001, les dispositifs partiellement équivalents. Les règles de la responsabilité médicale du médecin prescripteur sont assez similaires en France et en Pologne. Elles rapprochent la délivrance des contraceptifs des actes médicaux classiques. Même si le spectre de personnes qui peuvent délivrer le produit est plus large en France, les pharmaciens ont gardé leur monopole de distribution. Dans les deux pays, ils ne peuvent pas invoquer la clause de conscience pour justifier le refus de délivrance. Le médecin prescripteur doit, comme pour tout acte médical, rechercher le consentement de la femme, informer cette dernière de toutes les conséquences pour sa santé, adapter la prescription, et dresser un bilan médical individuel. Les deux systèmes se différencient par l'accès aux contraceptifs, beaucoup plus développée en France par rapport à la situation en Pologne (§1). La délivrance des produits contraceptifs est soumise à la réglementation de droit commun des médicaments. La responsabilité peut être recherchée à l'égard du fabricant et du prescripteur (§ 2).

§ 2 : La diversification de la délivrance des contraceptifs

79. Présentation. Le monopole des pharmaciens, instauré en France par l'article 3 de la loi du 28 décembre 1967, concernait l'ensemble des produits contraceptifs et abortifs. Il a été maintenu inchangé jusqu'à aujourd'hui. Simultanément, de nouveaux modes de délivrance ont été mis en place, plus particulièrement la distribution de la contraception d'urgence dans le milieu scolaire et par les sages-femmes. En Pologne, la délivrance des produits contraceptifs relève de la compétence exclusive des pharmaciens et des médecins à l'occasion

d'examens gynécologiques classiques tels que les examens postnataux, après les interruptions de grossesse et le plus souvent lors des suites de couches. Les pharmaciens disposent d'un monopole dans la délivrance des produits contraceptifs (A), mais cette délivrance a été progressivement élargie (B).

A. La délivrance par un pharmacien

80. Un monopole quasi absolu. L'évolution du droit médical en France et en Pologne est marquée par le maintien du monopole des pharmaciens en ce qui concerne la délivrance des contraceptifs. Pour la délivrance de la contraception régulière, elle est soumise depuis la loi du 4 juillet 2001 au régime de droit commun du médicament[131]. Ce monopole a été largement maintenu à l'exception de la contraception des mineurs, plus particulièrement de la contraception d'urgence (1). Si le droit de vente des produits contraceptifs est l'une des conséquences du monopole, le refus de vente par un pharmacien ne pourra pas se justifier par la clause de conscience (2).

1. Le maintien du monopole des pharmaciens

80. La délivrance de la contraception régulière. Malgré la reconnaissance du droit d'accès aux contraceptifs accordés aux mineurs et les nouvelles compétences des infirmières, les pharmaciens ont gardé leur monopole dans la délivrance de la contraception. En Pologne, le monopole des pharmaciens dans la délivrance des contraceptifs est imposé par la loi pharmaceutique du 6 septembre 2001. En France ce monopole connaît deux exceptions : les produits contraceptifs peuvent être délivrés par les infirmières scolaires et par les centres de planification et d'éducation familiale en vertu de l'article R.2311-13 du code de la santé publique. Les pharmaciens français sont habilités à délivrer en une seule fois des contraceptifs oraux pour trois mois en application du décret du 5 mai 1975. L'article L.5125-23-1 du code de la santé publique prévoit que les pharmaciens sont habilités à renouveler une ordonnance périmée délivrée moins d'un an auparavant et de dispenser des produits contraceptifs oraux pour une durée supplémentaire de six mois non renouvelable. L'article L.5125-24 du même code précise la liste des produits pharmaceutiques destinés à la vente[132].

---

[131] Dictionnaire Permanente de Bioéthique et Biotechnologies, étude : *« Contraception »*, 14 mai 2010, n° 53

[132] La liste des « produits et articles d'hygiène médicale y compris ceux utilisés pour la contraception et

Le monopole concerne la vente et la distribution, mais exclut toute prescription médicale. Le manquement à ce monopole est sanctionné par l'article L.5434-2 du code de la santé publique qui punit le fait de délivrer illégalement les produits contraceptifs d'une peine d'emprisonnement de six mois et de 7 500 euros d'amende. L'article L.5435-1 du même code sanctionne d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le vente des produits aptes à provoquer une interruption volontaire de grossesse parmi lesquels se trouvent les dispositifs médicaux utilisables pour l'interruption de grossesse. Si la délivrance des contraceptifs pour les adultes est soumise au régime général des médicaments, la particularité du droit français consiste dans la délivrance de ces produits pharmaceutiques aux mineurs.

82. La délivrance de la contraception d'urgence et intra-utérine en France. Il faut souligner que le monopole concerne aussi bien de la contraception régulière que de la contraception d'urgence. Il est prévu que lorsque les établissements scolaires sont fermés, le pharmacien est habilité à délivrer le produit après un entretien avec la mineure dans des conditions prévues par les articles D.5134-1 à D.5134-3 du code de la santé publique. Dans cette hypothèse, il s'agit des médicaments indiqués dans la contraception d'urgence et non soumis à prescription médicale obligatoire. La minorité du client exige un entretien préalable à la délivrance, car le pharmacien doit s'assurer qu'il s'agit d'une urgence et d'une personne mineure. La délivrance gratuite en vertu de l'article D.5134-2 du code de la santé publique se fait par une déclaration orale au pharmacien par l'intéressée. Cette procédure est donc marquée par une relative souplesse visant à faciliter l'accès des mineurs à la contraception d'urgence. L'article L.5134-1 du code de la santé publique englobe aussi la délivrance des diaphragmes et des capes, mais l'article L.5125-24 du même code interdit la délivrance des remèdes secrets. La délivrance de contraceptifs intra-utérins exige une prescription médicale. Ils peuvent être distribués dans les pharmacies ou dans les centres d'éducation et de planification familiale. Les sages-femmes ont également la possibilité de prescrire une contraception intra-utérine depuis la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires[133]. Cette contraception intra-urérine doit être insérée par un médecin ou une sage-femme dans son lieu d'exercice, dans un établissement de santé ou dans un centre de soins agréé.

---

pour la prévention » est fixée par l'Arrêté du 24 avril 2001, JORF 3 mai 2001

[133] La loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JORF 22 juillet 2009, p. 12184

2. Le refus de vente par un pharmacien et la clause de conscience

83. L'obligation légale du résultat. En France, le refus de vente est une infraction crée par l'ordonnance du 30 juin 1945, reprise par l'article L.122-1 du code de la consommation et la loi du 28 décembre 1967. Actuel article L.122-1 du code de la consommation dispose : « *Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit...* ». Comme les pharmaciens sont juridiquement des commençants et que, pour des raisons de conscience, certains pharmaciens ont refusé de vendre des contraceptifs, la question s'est posée dès les années 1970, de savoir l'on pouvait punir ces pharmaciens pour refus de vendre. Le pharmacien peut refuser de vendre en cas de défauts formels dans la rédaction de l'ordonnance[134]. Le refus de vente est également légitime lorsqu'il est fondé sur l'impossibilité réelle d'approvisionnement et l'arrêt de fabrication[135], et en cas des demandes provocatrices des pseudo-clientes[136]. Mais en dehors de ces cas, le pharmacien ne peut pas refuser. Il y a une obligation de résultat qui signifie qu'il s'agit d'une obligation de vendre les médicaments contraceptifs, les produits abortifs, d'une obligation de stockage et non d'une simple faculté de vendre[137]. C'est de ce monopole que découle logiquement l'obligation d'assurer le service public, en bénéficiant selon certains, *« d'une activité protégée »*[138].

84. L'inapplication de la clause de conscience en France et en Pologne[139]**.** Les convictions personnelles du pharmacien liées à la liberté de conscience et de religion ne peuvent justifier

---

[134] Cass. Crim., 10 juillet 1978, JCP, éd. gén., 1979, II, 19125

[135] Cass. Crim., 3 novembre 1983, Bull. Crim., 1983, n° 278

[136] CA de Lyon, 19 février 1982, Dalloz 1982, p. 455

[137] RDSS 1991, p. 218, observation J.-M. Aubry ; V. Renault-Brahinsky, *Droit de la contraception et de l'interruption de grossesse*, éd. Gualino, 1998, p. 89 et s., ; F. Freud, *Les convictions religieuses de deux pharmaciens ne peuvent constituer un motif légitime de refus de vente de contraceptifs*, JCP, éd. gén., II, 10163 ; Cass. Crim., 21 octobre 1998, n° 6012 ; JCP, éd. gén., 1979, II, 19125, observation Y. Chaput ; JCP, éd. gén., 1979, II, 19126, observation M. Vivant ; JCP, éd. gén., 1982, II, 19707, observation Y. Chaput ; Dalloz 1982, jurisprudence, p. 190 et s., observation M. Sfez

[138] E. Fouassier, *Vers une clause de conscience du pharmacien d'officine*, RDSS 2003, p. 49

[139] Sur l'application de la clause de conscience en droit français: G. Mémeteau, *Avortement et clause de conscience du pharmacien*, JCP, éd. gén., 1990, I, 3443 ; E. Fouassier, *Vers une clause de conscience du pharmacien d'officine*, RDSS 2003, p. 43 et s. ; Sur l'application de la clause de conscience en droit polonais : A. Wojciechowska-Nowak, *Les aspects éthiques et moraux d'application de la clause de conscience par un médecin*, État et Droit 2002, n° 7, p. 97 ; R. Krajewski, *Les obligations et les droits dans la pratique médicale*, Gazette médicale 1999, n° 4, p. 38 et s. ; L. Kubicki, *La clause de conscience comme une catégorie juridique*, Droit et Médecine 1999, n° 4, p. 5 ; E. Zieliń ska, *La clause de conscience*, Droit et Médecine 2003, n° 5

son refus de vente de contraceptifs. Telle était l'interprétation des juridictions françaises[140] et de la Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[141]. Selon la Cour de cassation, ces convictions ne peuvent être assimilées à un *« motif légitime au sens de l'article L.122-1 du code de la consommation »*[142] en raison de la nature même de la profession de pharmacien et des exigences générales de santé publique. Les compétences concernant la dispense de produits contraceptifs ont été élargies avec la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé, et aux territoires. Le pharmacien n'a pas la capacité d'invoquer la clause de conscience à la différence des médecins et des autres professionnels de soins, car il reste un acteur extérieur. Il peut certes renouveler une ordonnance périmée, dispenser une contraception d'urgence à une mineure, mais il ne peut pas faire de prescription médicale. En droit polonais, les articles 95 et 96 de la loi pharmaceutique du 6 septembre 2001 imposent l'obligation légale de délivrer des contraceptifs par un pharmacien. Si son stock fait défaut, il doit orienter le patient vers une autre pharmacie, sans aucune possibilité de se référer à la clause de conscience pour justifier son refus. L'Association Polonaise des Pharmaciens Catholiques s'oppose à cette règle qui oblige à délivrer des contraceptifs de façon régulière en se référant à la position du Parlement européen qui, le 7 octobre 2010, a invité les pays membres à garantir l'application de la clause de conscience lorsque l'intervention ou service médical concerne l'euthanasie, l'interruption de grossesse, ou les traitements susceptibles d'entraîner la mort de l'embryon humain. À l'heure actuelle, le fait d'invoquer les convictions religieuses ne peut, comme en France, justifier l'opposition à délivrer un contraceptif.

B. Les nouveaux modes de délivrance

85. Présentation. Le droit médical français a mis en place un système de distribution des produits contraceptifs beaucoup plus diversifié qu'en droit polonais où la prescription médicale reste l'apanage exclusif du médecin et où la délivrance de ce type de produits reste le monopole exclusif des pharmaciens. En France, la situation d'urgence fait l'objet d'une réglementation spéciale, plus particulièrement lorsque la patiente est mineure (1). Par rapport au droit pharmaceutique polonais, cette réglementation est à la fois plus souple et plus réactive face à la situation vécue par la femme. En Pologne, aucune réglementation

[140] Cass. Crim., 21 octobre 1998, n° 97-80.981, JCP, éd. gén., 1999, II, 10163
[141] CEDH, 2 octobre 2001, affaire Pichon et A. c/France, n° 49853/99
[142] Cass. Crim., 21 octobre 1998, n° 97-80.981, JCP, éd. gén., 1999, II, 10163

particulière n'est prévue pour délivrer une contraception d'urgence, considérée simplement comme un des moyens de contraception hormonale. Une particularité du droit français est également la délivrance des contraceptifs en milieu scolaire (2). Selon l'article L.5134-1 du code de la santé publique, cette délivrance est élargie aux contraceptifs intra-utérins, les diaphragmes, les capes et les contraceptifs locaux.

1. La délivrance de la contraception d'urgence

86. La régularisation de la contraception d'urgence par la loi du 13 décembre 2000. Cette loi a légalisé pour la première fois en France la distribution de la contraception d'urgence. Cette contraception d'urgence avait inutilement un caractère exceptionnel. Progressivement, elle est devenue de plus en plus accessible en se rapprochant de la contraception régulière en ce qui concerne l'accès aux mineurs et la délivrance par les centres de planification familiale ou d'éducation familiale. L'article L.5134-1 du code de la santé publique dispose que *« les médicaments ayant pour but la contraception d'urgence et non susceptibles de présenter un danger pour la santé dans des conditions normales d'utilisation ne sont pas soumis à prescription obligatoire »*. Aucun amalgame ne peut être fait entre la contraception d'urgence et la délivrance de substances abortives. À titre d'exemple, on peut citer la décision du Conseil d'État du 25 avril 2001. Il a pris une position favorable à l'autorisation de mise sur le marché des *« pilules du lendemain »* considérant que *« le Tétragynon et le NorLevo sont bien des contraceptifs hormonaux au sens de la loi Neuwirth »*[143].

87. L'absence d'une réglementation spécifique en Pologne. Le droit pharmaceutique polonais du 6 septembre 2001[144] précise que seuls les contraceptifs enregistrés en Pologne sont autorisés sur le marché et peuvent faire l'objet d'une prescription médicale. Cette autorisation ne stipule pas s'il s'agit d'un contraceptif d'urgence, ou un contraceptif hormonal classique. En pratique, la contraception d'urgence est réellement accessible dans des cabinets gynécologiques privés[145] et sur internet. Ce type de distribution reste interdit et susceptible d'entraîner une responsabilité fondée sur la violation de l'article 152§2 du code pénal qui consiste à l'assistance effective à l'interruption médicamenteuse de la grossesse en violation de la loi. L'auteur qui agit à la demande de la femme ou avec son accord encourt une peine

---

[143] J. Peugné, *Légalité de l'autorisation de mise sur le marché de produits constituant des « pilules du lendemain » »*, JCP, éd. gén., 2002, II, 10017

[144] La Loi pharmaceutique du 6 septembre 2001, Journal des Lois 2001, n° 12, position 1381

[145] Voir Annexe n° 1 : Modèle de plainte pour la violation de l'article 152 du code pénal polonais

allant jusqu'à trois ans d'emprisonnement. L'aide apportée devra être substantielle, par la prise de contact avec la femme et par l'administration des produits abortifs comme la pilule du lendemain. Il est donc possible qu'un gynécologue soit condamné pour la délivrance et l'administration de la Mifégyne interdite en Pologne et autorisée en France pour les interruptions médicamenteuse de grossesse.

2. La délivrance dans le milieu scolaire en France

88. De l'hostilité à la légalisation. L'entrée de la délivrance des contraceptifs en milieu scolaire a été discutée. En effet, d'abord le 30 juin 2000 par le Conseil d'État d'une circulaire ministérielle autorisant pour la première fois ce type de délivrance[146]. Ensuite, la contraception d'urgence en milieu scolaire fut autorisée par la loi du 13 décembre 2000, complétée par les deux décrets d'application du 27 mars 2001 et du 9 janvier 2002. Ces textes ont fixé les conditions d'accès à la contraception pour les élèves mineures et majeures inscrites dans les établissements scolaires du second degré en cas d'urgence et de détresse caractérisée.

89. De la légalisation à titre exceptionnel à la pérennisation pratique. Ce type de distribution gratuite extra-pharmaceutique est une particularité française inconnue en Pologne. La délivrance se fait selon les règles établies par les articles L.5134-1 et s. du code de la santé publique. La mineure dispose d'une capacité personnelle permettant d'agir sans l'accord des dépositaires de l'autorité parentale et même sans les avoir préalablement informés. La présence de la famille est proposée, mais facultative selon les dispositions de l'article D.5134-8 du code de la santé publique. Le rôle de l'infirmière scolaire consiste à assurer le suivi médical et le conseil de l'élève en vérifiant que le caractère d'urgence est bien réel et en assurant un suivi psychologique. Dans un local confidentiel spécialement aménagé, elle étudie la situation de la mineure ; elle est habilitée à administrer à cette dernière une contraception d'urgence[147]. Si cette délivrance est autorisée à titre exceptionnel en cas d'indisponibilité d'un médecin du centre de planification ou d'éducation familiale, il convient de remarquer que cette réglementation est très propice à la pérennisation. Car, en

---

[146] Sur de décision du CE du 30 juin 2000 : Dalloz, 2000, p. 545, chronique O. Dubois, C. Radé ; AJDA, 2000, p. 736, conclusion S. Boissard ; LPA, 16 janvier 2001, p. 17, n° 11 ; J. Peigné, *Légalité de l'autorisation de mise sur le marché des produits constituant des « pilules du lendemain »*, JCP, éd. gén., 23 janvier 2002, II, 10017, p. 195 et s.

[147] F. Taquet, *Les nouvelles dispositions relatives à la contraception d'urgence*, Gazette du Palais du 11 mars 2001, doctrine, p. 2

pratique, la mineure en détresse dispose du même statut qu'une patiente majeure. La confidentialité et la gratuité ont été définitivement reconnues aux mineures par la loi du 4 mars 2002 relatives aux droits des malades.

90. Plan. La délivrance des contraceptifs est diversifiée plus largement en France qu'en Pologne. Il convient d'étudier les règles de la responsabilité médicale (§ 2).

§ 2 : La délivrance de la contraception et la responsabilité médicale

91. Présentation. La délivrance des produits contraceptifs est partiellement soumise au régime de droit commun des médicaments, plus particulièrement en ce qui concerne l'exigence préalable d'une autorisation de mise sur le marché et du contrôle médical des produits (A). En revanche en matière de prescription médicale, le droit français est plus souple en matière de prescription médicale, que le droit polonais où le groupe des personnes habilitées à prescrire des contraceptifs est réduit et concerne exclusivement les médecins (B).

A. La responsabilité du fabricant

92. Présentation. Le fabricant de médicaments contraceptifs doit, comme dans tous les autres cas de production de médicaments, répondre aux exigences formelles. En France tout comme en Pologne, une autorisation préalable de mise sur le marché est exigée (1). Dans les deux pays, les conditions d'obtention de cette autorisation sont assez semblables aux exigences imposées aux médicaments à usage humain. En France, la mise en place de la fabrication intervient après avoir obtenu l'agrément de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé ; en Pologne elle est soumise à la décision de l'inspection pharmaceutique. Un fois autorisées, les contraceptifs font l'objet d'analyse de qualité (2).

1. L'exigence préalable d'une autorisation de mise sur le marché

93. La mise sur le marché des contraceptifs en France et en Pologne. L'exigence préalable d'une autorisation de mise sur le marché est imposée par l'article 45§2 de la loi sur la

profession du médecin du 5 décembre 1996. Actuellement, environ soixante-dix produits contraceptifs sont autorisés sur le marché polonais, mais seulement un très petit nombre fait l'objet de remboursement. Le médecin se voit obligé de délivrer les médicaments enregistrés et mis en vente sur le territoire de la République. En revanche, on relève un certain nombre de difficultés pratiques dans l'accès à la contraception en Pologne. De nombreux produits présents sur le marché de l'Union Européenne sont réellement présents sur le marché polonais. Mais comme ils ne sont pas enregistrés, ils ne peuvent être officiellement prescrits par un médecin. Il est bien sûr regrettable que le législateur polonais ne réagisse pas à cette pénurie et expose les Polonaises à des frais supplémentaires. En France, la fabrication d'un produit contraceptif est réglée par l'article L.5124-1 du code de la santé publique, sa commercialisation fait l'objet d'une déclaration selon la disposition de l'article L.5124-5 du même code. À défaut, les établissements pharmaceutiques sont exposés à une amende de 3 750 euros.

94. La publicité des contraceptifs diverge en droit français et polonais. Le droit français est marqué par une évolution radicale. Dans un premier temps, la loi 31 juillet 1920 interdisait toute publicité. Ensuite, la loi du 18 janvier 1991 a supprimé l'interdiction de la propagande antinataliste. Enfin, l'article L.5434-1 du code de la santé publique a réglementé la publicité des produits contraceptifs. On observe que cette logique du passé, selon laquelle la publicité commerciale des contraceptifs était associée directement à la propagande antinataliste a été définitivement abandonnée, tant sur le plan idéologique que sur le plan juridique. Le droit pharmaceutique polonais est sur ce point beaucoup plus restrictif. La publicité commerciale est interdite pour tout produit contraceptif faisant l'objet d'une prescription médicale.

2. Le contrôle de la qualité des contraceptifs

95. Les critères médicaux. Ils sont fixés par deux articles du code de la santé publique : l'article L. 5211-1 et l'article R.5211-1 relatifs au régime juridique des dispositifs médicaux. Du point de vue médical, quatre critères d'évaluation font l'objet d'analyse avant que le produit soit commercialisé. Le premier critère à retenir est celui de l'efficacité du produit, mesurée à la fois dans des conditions théoriques et dans la pratique. Une fois confirmée en fonction des taux d'échecs, l'efficacité d'un contraceptif doit répondre à l'exigence de l'acceptabilité d'usage. L'évaluation médicale prend en compte les risques et les effets secondaires indésirables et potentiellement nuisibles. Le dernier critère analysé est celui de la réversibilité du contraceptif. Par conséquent, il n'est pas raisonnable d'assimiler les produits

contraceptifs aux médicaments de confort, notamment dans le cas de la contraception hormonale. Les contraceptifs répondent avant tout aux impératifs de la prescription individualisée et de la prévention générale, ce qui permet d'éviter les complications liées aux éventuels effets indésirables et aux grossesses non désirée.

96. Le contrôle judiciaire. Depuis 1967, la contraception a été introduite dans le droit français de façon effective. C'est pourquoi le juge ne peut pas remettre en cause le principe qui fait du recours à la contraception un droit. Ainsi, le juge administratif se concentrera sur des éléments tels qu' *« une appréciation inexacte des faits, une erreur de droit, un détournement de pouvoir, ou une erreur manifeste d'appréciation »*[148] susceptibles d'être commis par l'auteur de l'autorisation de mise sur le marché en application de l'article 3 de la loi du 28 décembre 1967. Son contrôle reste donc relativement limité, ce qui confirme la jurisprudence du Conseil d'État[149].

B. La responsabilité du prescripteur

97. Présentation. Le groupe des personnes habilitées à délivrer un contraceptif a été considérablement élargi. Simultanément, les règles de prescription médicale ont été assouplies, ce qui a conduit à faciliter l'accès des filles mineures à la contraception et a incité toutes les femmes à l'auto-médicalisation. En revanche, le professionnel des soins, prescripteur d'un contraceptif, sera responsable des préjudices subis : il doit respecter les fondements des principes généraux de droit médical, comme l'obligation de donner une information adaptée ou comme l'obligation procéder à un examen et à un bilan médical avant la prescription pour s'assurer de la sécurité de la possibilité de cette contraception (1). Une responsabilité du prescripteur peut être recherchée en présence d'un préjudice lié à la mauvaise application du produit contraceptif et à l'apparition des effets secondaires (2).

1. La prescription médicale et l'importance du bilan médical

98. L'assouplissement des règles de la prescription médicale. Avec la loi du 4 juillet 2001, la prescription médicale des contraceptifs a été considérablement simplifiée en la soumettant

[148] Dictionnaire Permanente de Bioéthique et Biotechnologies, étude : *« Contraception »,* 14 mai 2010, n° 47 ; CE, 30 mars 1979, n° 04139 ; RDSS 1980, p. 79 ; AJDA 1980, p. 104, n° 14

[149] CE, 25 avril 2002, n° 216521, n° 211638 ; J. Peigné, *Légalité de l'autorisation de mise sur le marché de produits constituant des pilules du lendemain,* JCP, éd. gén., 14 février 2002, II, 10017

au régime du droit commun des médicaments. Simultanément, le principe de liberté de prescription ont été maintenus. Par conséquent, la responsabilité du praticien n'est pas engagée lorsque ce dernier refuse de prescrire un contraceptif après avoir constaté l'existence de contre-indications et avoir informé la patiente. Le rôle du médecin prescripteur, de la sage-femme et de l'infirmière scolaire consiste à trouver un produit qui, à un moment donné, est le plus adapté à la situation de la patiente.

99. Le maintien du monopole de prescription des médecins en droit polonais. L'article 2§2 de la loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale impose aux services publics l'obligation d'assurer l'accès aux moyens permettant la maîtrise de la procréation. Il dispose : *« Les organes de l'administration publique local et territoriale ont, dans le cadre de leurs compétences, l'obligation d'offrir aux citoyens un accès à des méthodes et des moyens de procréation consentie »*. Selon Madame E. Zielińska[150], il s'agit d'une obligation du résultat. L'article 45§1 de la loi du 5 décembre 1996 relative à la profession du médecin dispose qu'un médecin exerçant dans un hôpital public doit prescrire un contraceptif le plus adapté à l'état de santé de sa patiente, dès que ce produit contraceptif est enregistré et autorisé sur le marché sur le territoire de la République de Pologne. Théoriquement, les patients polonais ont donc un accès à la contraception, mais pratiquement la liste des contraceptifs remboursés est tout à fait insatisfaisante car elle comporte seulement quelques produits. La circulaire du Ministère de la Santé du 17 mai 2007 relative aux ordonnances médicales a permis de prolonger cette prescription pour une période allant jusqu'à six mois avec un renouvellement de trois à quatre fois par an. L'article 200 du code pénal polonais, sanctionnant les relations sexuelles avec une personne mineure, fixe la *« majorité sexuelle »* à 15 ans[151]. Mais les articles 31 et 32 de la loi du 5 décembre 1996 relative à la profession de médecin disposent que la patiente de plus de seize ans est disposée de donner son consentement à chaque intervention médicale sous réserve de l'accord du représentant de l'autorité parentale. La solution privilégie par le législateur polonais constitue un point de divergence avec la réglementation française qui offre aux mineurs un accès beaucoup plus facile aux contraceptifs aussi bien en ce qui concerne du type de produit que de lieu d'accès. Les mineurs français disposent d'un statut qui est marqué par une plus large émancipation à l'égard des parents.

---

[150] Z. Zielińka, *La légalisation de la stérilisation*, État et Droit 1985, n° 9

[151] **L'article 200 du code pénal polonais dispose :** *« § 1. Celui qui a des relations sexuelles avec un mineur de moins de 15 ans, entame avec cette personne une activité sexuelle ou l'amène cette personne à se soumettre à des telles opérations ou de les exécuter est puni d'une peine d'emprisonnement allant de 2 à 12 ans.... »*

100. L'individualisation de l'information contraceptive et l'importance du bilan médical. L'information médicale n'a pas d'impact réel si elle n'est pas adaptée à chaque patient. Cette règle, réservée en Pologne aux patientes majeures utilisatrices de produits contraceptifs prescrits, conserve en France son importance pour chaque type de patiente, mais plus particulièrement pour les femmes mineures et les handicapées mentales. La prise d'une contraception d'urgence par cette première catégorie de patientes reste attribuée à titre exceptionnel et fait l'objet d'un compte rendu écrit de l'infirmière gui administre ce type de médicament, conformément à la disposition de l'article D.5134-9 du code de la santé publique[152]. L'article L.6121-6 du même code disposait, depuis la loi du 4 juillet 2001, que *« une information et une éducation à la sexualité et à la contraception »* doivent être dispensées dans toutes les structures accueillant des personnes handicapées. Mais cet article a été abrogé par la loi du 21 juillet 2009. Plus aucune disposition spéciale n'est réservée aux handicapés et leurs soins médicaux impliquant la contraception rendrent dans le régime juridique général de la délivrance des produits contraceptifs. L'article L.5134-1 du code de la santé publique dispose qu'en cas de prescription d'une contraception locale ou d'une contraception hormonale, la surveillance de l'état de santé et suivi biologique de la patiente sont assurés par le médecin traitant.

2. Le préjudice subi

101. Les sources du préjudice subi. La nature du préjudice subi par la femme peut rester assez limitée. Elle peut trouver ses sources aussi bien dans l'application inadéquate du contraceptif prescrit, que dans la manifestation d'effets secondaires liés au mauvais choix du médecin. À l'exception de certaines hypothèses, la prescription d'un contraceptif n'est pas un acte de soin *stricto sensu*. En revanche, l'administration de moyens contraceptifs s'inscrit dans la logique générale de la prise de médicaments. Le préjudice subi par la patiente peut donc se fonder sur deux éléments. D'abord, la responsabilité du prescripteur *« est subordonnée à la preuve d'un lien entre la prise de contraceptifs et les troubles ressentis par la patiente et celle de la prévisibilité du risque »*[153]. Ce lien de causalité doit donc être certain

---

[152] **L'article D.5134-9 du code de la santé publique dispose :** *« L'administration de ce médicament fait l'objet de la part de l'infirmier ou de l'infirmière d'un compte rendu écrit, daté et signé sur le « cahier de l'infirmière » ou un autre document prévu à cet effet dans l'établissement ...»*

[153] Dictionnaire Permanente de Bioéthique et Biotechnologies, étude : *« Contraception »,* 14 mai 2010, n° 77

et direct. Le rôle du contraceptif dans l'apparition du préjudice subi doit être déterminant[154]. Ensuite, les effets indésirables peuvent apparaître suite aux omissions commises par le médecin. C'est en fonction de l'état de santé de sa patiente qu'il doit solliciter des examens ou des conseils de la part d'autres spécialistes pour détecter les éventuelles contre-indications et adapter sa prescription. À défaut, il peut devenir responsable d'une abstention dommageable. Cette dernière est retenue également dans l'hypothèse où un médecin, *« par son omission de s'informer complètement de la pathologie particulière de sa cliente, avait exposé celle-ci au risque qui s'est réalisé, inhérent à son état »*[155]. Bien sûr, le choix d'une méthode contraceptive doit être adapté à l'état de santé et au profil de la patiente qui l'applique. Le préjudice dommageable peut également résulter du comportement fautif de cette dernière. Le non-respect des consignes du médecin exonère donc la responsabilité du praticien, et se trouve susceptible d'avoir deux conséquences : d'une part, l'efficacité du produit contraceptif peut être soit diminuée, soit totalement compromise ; d'autre part, l'administration inadéquate du produit risque toujours de provoquer des effets secondaires.

[154] L'existence d'un tel lien de causalité n'est sera pas retenue lorsque la prescription d'un contraceptif est jugée comme l'un des facteurs potentiels et possibles des troubles circulatoires diagnostiqués chez une patiente ; CA d'Aix-en-Provence, 16 avril 1981, *in* Dictionnaire Permanente de Bioéthique et Biotechnologies, étude : *« Contraception »*, 14 mai 2010, n° 78

[155] Cass. Civ., 1 chambre, 13 février 1985, n° 83-10.253

Conclusion du Chapitre 1

102. La maîtrise de la fécondité : de la condamnation à la légalisation. La maîtrise des capacités procréatrices en dehors de l'intervention chirurgicale a évolué de la condamnation initiale à la valorisation finale. Mais dans les deux pays, la politique nataliste évoluait de façon différente. Cette évolution a été motivée par des éléments : collectivement par la volonté de lutter contre les avortements clandestins et de maîtriser la politique procréative familiale et individuellement par la volonté de contrôler la fécondité. Progressivement, la vocation procréative initiale du mariage a été abandonnée et le droit à la maîtrise de la procréation a été élargi à tous les types de couples. En France, la politique pénale pronataliste réprimant la propagande anticonceptionnelle et la publicité a été progressivement tempérée. Cette politique française n'avait pas son équivalent polonais. Le point de rapprochement entre les deux systèmes est la reconnaissance procréative et l'émergence de la sécurité sexuelle sous l'inspiration des changements sociaux et sous l'influence des impératifs de la santé publique. La délivrance des produits contraceptifs est devenue un acte soumis au régime de droit commun des médicaments. En France, cette délivrance est plus développée qu'en Pologne car elle concerne aussi bien de la contraception régulière que de la contraception d'urgence. Le droit français légalisait l'interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse pour les patients mineurs et les patients majeurs. Le droit polonais a gardé le monopole de prescription pour les médecins, le droit français a élargi le spectre des personnes habilitées à délivrer les contraceptifs.

103. Plan. Après l'analyse de la maîtrise des capacités procréatrices en dehors de l'intervention chirurgicale par la planification des naissances et la réglementation de la contraception, il convient de présenter la régulation des capacités procréatrices par l'intervention chirurgicale.

CHAPITRE 2
Les limites de la régulation des capacités procréatrices par l'intervention chirurgicale

104. La vocation traditionnellement thérapeutique de l'acte médical a été progressivement abandonnée. À côté de la maîtrise pharmaceutique de la conception, les capacités de procréation peuvent être contrôlées suite à une intervention chirurgicale de stérilisation ou par la reconversion sexuelle définitive. L'analyse comparée des droits français et polonais montre que les lois n'évoluent pas dans la même direction pour les stérilisations. Le droit français a privilégié une position beaucoup plus favorable et ouverte à la demande des patients, contrairement aux dispositions polonaises, qui restent traditionnellement restrictives. La loi française offre un accès aux actes de stérilisation contraceptive aux patientes majeures capables et parfois même incapables. Elle impose des limites uniquement pour des raisons liées à l'âge du patient et à l'altération des facultés mentales. La loi polonaise reste toujours restrictive sous réserve d'une éventuelle légalisation de la stérilisation volontaire des patients capables. En revanche, pour les opérations de transsexualisme, les deux systèmes se rapprochent, sans doute sous l'inspiration de la jurisprudence de la Cour européenne qui reconnaît le droit à changer de sexe. Cette reconnaissance dans les deux pays n'était pas évidente, car elle bouleverse la vocation classique de l'acte médical lié étroitement à la thérapie. La relation de soins est transformée, le malade devient un patient. La question d'une éventuelle récupération des capacités de procréer se pose, soit après une intervention qui a échoué, soit après un changement de décision de la part du patient. Le progrès de la médecine offre également une perspective nouvelle, celle des actes médicaux réversibles[156].

106. L'intervention médicale réqualifiée : les cas de la stérilisation et du transsexualisme. Le regard pénal sur la stérilisation et le transsexualisme a connu une grande évolution. Les deux notions relèvent de la sphère de l'intimité personnelle. La stérilisation vise à maîtriser les capacités procréatrices de la personne, alors que le transsexualisme est l'affirmation de l'identité sexuelle individuelle. Ces deux interventions médicales se distinguent de la castration qui n'est pas une attitude procréatrice, mais un acte irréversible pour la faculté de se reproduire et vise non « *l'efficacité reproductrice des organes, mais leur existence*

[156] Il s'agit plus particulièrement des recherches effectuées à l'Université de Louvain sur la stérilisation réversible. Le patient est opéré sous une anesthésie locale pendant une séance qui dure environs 15 min. L'opération consiste à poser deux anneaux en silicone de 4 millimètres sur la partie isthmique des trompes utérines. Cette intervention est prise en compte par la Sécurité sociale en Belgique.

même »[157]. Le Comité Consultatif National d'Éthique, dans son rapport du 3 avril 1996 sur la stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive indiquait qu'environ 17 % des femmes en couple et en âge de procréer avaient recours à la stérilisation chirurgicale. En l'absence d'une loi reconnaissant explicitement la stérilisation contraceptive, les médecins ont pu être condamnés malgré le consentement du patient et jusqu'en 2001, seule une opération légale était prévue par l'article 41 du code de déontologie médicale pour un *« motif médical très sérieux »* et avec le consentement de la patiente, sauf en cas d'urgence. La loi du 4 juillet 2001 a créé dans le code de la santé publique les articles L.2123-1 et s. Elle a légalisé la vocation extra-thérapeutique de la stérilisation des adultes capables et la stérilisation à visée contraceptive des majeures incapables. Cette disposition n'a pas son homologue polonais, car en Pologne, seule la stérilisation thérapeutique est légale. En cas de la stérilisation des personnes handicapées mentale, toute référence eugénique doit être écartée car la procédure judiciaire est individualisée, privée de toute dimension sélective et massive. Le législateur français a veillé à éviter les abus éventuels en imposant un avis préalable d'un comité d'experts qui par une *« décision collective »* éclaire le juge des tutelles. Toute stérilisation forcée, en Pologne et en France, est interdite. S'agissant du transsexualisme, l'indisponibilité du corps humain, le principe fondateur des deux droits pénaux et le caractère subjectif de la modification du sexe ont motivé longtemps le refus de la reconnaissance juridique du transsexualisme. Cette notion de transsexualisme a connu deux approches différentes. Dans un premier temps, le transsexualisme a été perçu comme une pathologie mentale. Ensuite, il est devenu un trouble de l'identité sexuelle. Actuellement, il est être défini comme *« le sentiment de la personne d'une non-coïncidence entre les sexes précédemment évoqués et, plus encore, par la certitude d'appartenir au sexe opposé. Il s'ensuit pour cette personne une volonté quasi obsessionnelle de changer de sexe afin que, sexes, anatomique et psychique, voire psychosocial, coïncident »*[158]. La vocation traditionnellement thérapeutique de l'acte médical a donc été progressivement abandonnée (Section 1). Le droit français, contrairement au droit polonais, a reconnu le droit à l'épanouissement sexuel pour les personnes handicapées mentales. Ces patients incapables ont la possibilité de recourir à la stérilisation contraceptive par la voie d'une procédure judiciaire (Section 2).

---

[157] A. Vitu, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas 1982, n° 1757, p. 1416
[158] F. Vialla, (sous la dir.) *Les grandes décisions de droit médical*, éd. LGDJ 2009, p. 120-121

SECTION 1
La suppression des capacités procréatrices et une nouvelle caractérisation de l'acte médical

107. La fonction de reproduction constitue un critère objectif d'appartenance à un sexe. Bien que cette fonction ne soit pas définie par la loi, c'est grâce au sexe que s'effectue un partage primordial entre les personnes[159]. Il est l'une des composantes essentielles de la nature d'une personne[160]. En 1869, la littérature médicale s'est prononcée, pour la première fois, sur le transsexualisme. Parmi les pathologies sexuelles, il a été classé comme le refus de sexe[161]. Pour Monsieur K. Imieliński, le transsexualisme constitue une discordance entre le sentiment d'appartenir à un sexe psychologique, la construction biologique et le sexe sociologique[162]. En France, le transsexualisme est défini comme *« un trouble de l'identité sexuelle »*[163]. Une série de symptômes apparaît ici, entre autres une ambiguïté en rapport direct avec le sexe chromosomique, un besoin de changer de sexe, puis d'état civil qui s'inscrit dans la durée. Cependant, la qualification de maladie n'est pas automatique.

108. Le transsexualisme et la religion. Le transsexualisme fait l'objet d'un rejet quasi unanime par les religions. Pour le judaïsme et le catholicisme le transsexualisme n'est pas qu'une atteinte grave à la volonté de Dieu, créateur de la personne humaine, c'est une *« pure pathologie psychique »*. Le judaïsme définit l'homme et la femme exclusivement par l'apparence des organes génitaux externes tout en ignorant les organes internes. De la même façon, l'Église catholique refuse toute intervention chirurgicale. Pour le pape Pie XII, le patient *« n'est pas le maître absolu de lui-même, de son corps et de son âme »*, car son destin est déterminé à l'avance par la nature[164]. Dans ce contexte, même la décision du tribunal civil permettant le changement d'état civil ne justifie pas la modification de l'acte de naissance[165]. Cette approche assez restrictive connaît une exception en cas de mariage. Le code canonique prévoit que le mariage puisse être célébré à l'Église sous la condition d'une décision favorable du tribunal d'évêques. Les deux conditions cumulativement requises sont : l'opération réussie et la capacité d'accomplir l'acte sexuel. Même privée des capacités de procréer, la personne doit être capable et prête à entretenir une intimité sexuelle après le

---

159 J. Carbonnier, *Les personnes*, éd. PUF 2000, n° 76

160 J.-P. Blanchard, *Le sexe et l'état des personnes, Aspects historiques, sociologiques et juridiques*, éd. LGDJ 1993, n° 193 ; B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, thèse, Montpellier I, 2002, éd. Les études hospitalières, p. 76

161 K. Imieliński, *La sexologie*, Varsovie 1982, p. 25

162 K. Imieliński, *La sexologie*, Varsovie 1982, p. 25 et s.

163 Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologie, étude *« Transsexualisme »*, 1 octobre 2008, n° 1

164 Pius XII, *Discordi et messagi radiodifusi*, Rome 1952-1953, vol. XIV, p. 322

165 J. Kowalczyk, *Communiqué de presse* n° 11.170/4, Varsovie le 4 octobre 2004

mariage. Pour les juristes, les incertitudes médicales jouent un rôle important dans l'élaboration de la question du transsexualisme, car elles servent de base pour qualifier les circonstances de la légalité du changement du sexe. Les aspects civils reposent sur le principe du respect de la vie privée, tant en France qu'en Pologne. Dans les deux systèmes, l'apport de la Cour européenne des droits de l'homme est considérable.

109. Plan. Le regard porté sur l'identité et le rôle sexuel a considérablement évolué sous l'influence du progrès médical et l'appréciation portée par la société sur le profil de la personne demandeuse d'un acte médical susceptible de transformer ses capacités procréatrices par une stérilisation ou par une réassignation sexuelle chirurgicale. Le droit médical classique exigeait la vocation thérapeutique pour chaque acte médical (§1), cette exigence été progressivement abandonnée (§2).

§ 1 : L'illicéité initiale des actes médicaux non thérapeutiques

110. Présentation. La première vocation du médecin consiste à soigner, à guérir. La prestation médicale est donc avant tout curative, elle *« permet la dévolution d'un monopole légal des atteintes licites au corps humain »*[166]. Ce régime a instauré une prohibition générale des mutilations sexuelles volontaires. Dans cette optique, la nécessité du motif thérapeutique est expressément imposée par la norme déontologique et réaffirmée par la loi du 4 mars 2002 qui a élargi les droits des malades. L'article 192 du code pénal polonais dispose : *« § 1. Celui qui effectue un traitement sans le consentement du patient est puni d'une amende, d'une peine restrictive ou privative de liberté allant jusqu'à 2 ans. § 2. L'accusation est précédée par une demande de la victime »*. Cette disposition, actuellement en vigueur en Pologne, pose explicitement un principe du consentement à l'acte médical. Ni la stérilisation, ni la réassignation sexuelle en cas de transsexualisme, ne peuvent être effectuées, en Pologne, en l'absence de la vocation curative de l'intervention. La comparaison entre les droits français et polonais témoigne une convergence dans l'exigence d'une finalité thérapeutique jusqu'au le 4 juillet 2001 (A). La violation de cette exigence pouvait exposer le praticien à une sanction pénale au titre de l'atteinte à l'intégrité du corps humain (B).

[166] B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, thèse, Montpellier, 2002, p. 67

A. L'exigence classique d'une finalité thérapeutique en cas de transsexualisme et de stérilisation

111. Le diagnostic doit être posé pour justifier un intérêt médical. En droit français comme en droit polonais, la reconnaissance d'une pathologie reste, en principe, une condition préalable et obligatoire à toute intervention médicale. Elle conditionne la légalité de l'intervention chirurgicale ; elle exprime la vocation thérapeutique de l'action médicale et du contrat de soins. La nécessité de ce motif est imposée par des dispositions déontologiques définissant, parmi les obligations du médecin, l'obligation de soigner et de soulager les souffrances d'un malade. L'absence de cette finalité entraîne la pénalisation de l'acte médical qui *de facto* sera illicite. L'appréciation du motif thérapeutique est marquée par la divergence significative entre la jurisprudence de la Cour Suprême de Pologne, généralement favorable à la légalisation de l'intervention chirurgicale, et la doctrine fortement partagée sur ce sujet. Après d'avoir identifié le caractère thérapeutique de l'intervention médicale (1), il convient d'étudier le sort des transformations sexuelles de convenance en France et en Pologne (2).

1. L'identification du caractère thérapeutique

112. L'objectif thérapeutique dans le contrat de soins en France. La motivation thérapeutique s'inscrit directement dans le contrat de soins. Elle découle du caractère contractuel de la responsabilité médicale affirmée en France depuis l'arrêt Mercier du 20 mai 1936. Sous le fondement de l'article 1108 du code civil français, on peut déduire que la cause objective du contrat de soins est la vocation thérapeutique. *« L'objet contractuel demeure, effectivement, lié à la fourniture de soins diligents, mais il ne correspond pas à la motivation individuelle du fournisseur de soins dans l'engagement contractuel »*[167]. Le syndrome du transsexualisme est reconnu quand les souffrances psychiques ne peuvent pas être soulagées par des traitements psychologiques qui auraient pu conduire à un changement des sentiments du sujet, et qu'une opération chirurgicale devient donc indispensable. L'absence de pathologie prive l'intervention de toute licéité. En France, le rejet initial du transsexualisme a été fondé sur le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain, sur le caractère purement volontariste de la demande du patient[168], et sur des considérations psychologiques,

---

[167] B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, thèse de Montpellier 2002, p. 75 ; Rapport de P. Puig, *La qualification du contrat de l'entreprise*, éd. Panthéon Assas 2002, n° 87

[168] Les décisions portant sur le refus de la reconnaissance du transsexualisme : Cass. Criv., I, 3 mars 1987, n° 84-15691, Bull. Civ., I, n° 79, p. 59 ; Cass. Civ., I, 16 décembre 1975, n° 73-10615, Bull. Civ., I, n° 374, p. 31 ; Dalloz, 1976, p. 397; J.C.P., 1976, II, 18503 avec note de J. Penneau ; Cass. Civ., I, 1983, n° 82-13808 ; JCP, éd. gén., 1984, II, 20222, note de J. Penneau ; Cass. Civ., 31 mars 1987, n° 85-14176,

personnelles ou sociales. C'est sur cette base que la Cour d'appel de Limoges a condamné le 4 juin 1975 les interventions chirurgicales qui *« ont été chez un sujet né et resté de sexe masculin, artificiellement créatrices et non révélatrices de féminité »*[169]. Cette position sera longtemps maintenue par la Cour de cassation, motivée par le rejet de la volonté subjective et délibérée du transsexuel[170].

113. Qualificatif thérapeutique dans l'article 192 du code pénal polonais. L'exigence directe de la vocation thérapeutique exclusive est mentionnée par l'article 192 du code pénal polonais[171]. Cet article sanctionne le fait d'accomplir un acte médical sans le consentement du patient, d'une peine privative de liberté ou privative de liberté allant jusqu'à deux ans (article 192§1 du code pénal). L'infraction n'est poursuivie que sur le fondement d'une plainte privée du patient (article 192§2 du code pénal). Malgré l'objectif curatif de l'intervention médicale explicitement exigé, la doctrine polonaise est divisée en ce qui concerne la primauté du caractère thérapeutique de l'acte. Elle va du refus inconditionnel à la reconnaissance totale de la volonté du patient. Pour Monsieur L. Leszczyński, la correction des organes sexuels permet d'apporter un soulagement physique et psychique, d'éviter des discriminations et plus généralement de prendre en compte les intérêts personnels[172]. Pour Monsieur C. Gromadzki, l'intérêt thérapeutique devra être également démontré car, dans le cas contraire, l'opération fondée sur un seul désir du transsexuel sera non seulement illicite, mais également dangereuse pour les règles du droit de la famille[173].

Bull. Civ., I, n ° 116, p. 87 ; Dalloz, 1987, p. 445 ; JCP, éd. gen., 1988, II, 2000 ; Cass. Civ,. 7 juin 1988, n° 86-13698, Bull. Civ., I, n° 176, p. 122 ; Gazette du Palais, 1989, 1, p. 417

[169] CA Limoges, 4 juin 1975, Dalloz 1975, sommaire, p. 121 ; CA Paris, 18 janvier 1974, Dalloz 1974, p. 196 et s.

[170] Cass. Civ., 21 mai 1990, JCP, éd. gén., 1990, II, 21588 ; Gazette du Palais, 1991, 1, p. 34 ; RTDC 1991, p. 289 note J. Hausser ; Dans cette décision la Cour a précisé : « *le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origines, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé* »

[171] Sur le consentement en droit médical polonais : S. Rutkowski, *Le consentement du patient à la lumière de l'article 192 du code pénal*, Parquet et Droit, 2000, n° 2, p. 15 ; A. Liszewska, *Le consentement du patient comme un problème axiologique*, Droit et Médecin, 1999, n° 11, p. 86 ; L. Kubicki, *Une nouvelle responsabilité pénale du médecin, infraction dans l'article 192 du code pénal*, Droit et Médecin, 2000, n° 8, p. 43 ; D. Dziubina, *Le caractère juridique du consentement à l'acte médical et l'article 192 du code pénal*, CDPSC 2000, n° 2, p. 36 ; J. Kulesza, *Consentement du patient à l'acte médical*, Revue des tribunaux, 2007, n° 5, p. 60 ; M. Kanadys-Marko, *L'acte médical sans le consentement du patient, infraction dans l'article 192 du code pénal*, Parquet et Droit 2004, n° 3, p. 46 ; T. Dykiet-Nagórska, *L'autonomie du patient et le droit pénal polonais*, Varsovie 2008, p. 145-169

[172] J. Leszczyński, *Le commentaire de la décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 juin 1989*, Palestra 1992, n° 3

[173] C. Gromadzki, *Le sentiment d'appartenance à un autre sexe comme un critère de la modification de l'état civil dans l'acte de naissance d'un transsexuel*, Revue des tribunaux 1997, n° 10, p. 84

2. Le sort des transformations sexuelles de convenance

114. Peut-on choisir son sexe ? Il convient de se demander si un individu peut légitimement réclamer un changement de sexe qui est l'un des éléments de l'individualisation de la personne. La liberté sexuelle absolue semble être une utopie. L'État n'intervient pas si profondément dans la sphère privée. Il ne garantit, ni en France ni en Pologne, un *« minimum sexuel »*, voire un droit de chaque citoyen à l'orgasme, même dans le cadre du mariage. Mais, en France, la Sécurité sociale ne prend pas en charge les thérapies sexuelles liées à une défaillance ou à un trouble de l'identité sexuelle que si ces thérapies sont consécutives aux actes médicaux ayant une vocation thérapeutique, y compris le changement de sexe par voie chirurgicale suite à une thérapie hormonale. Les deux systèmes soutiennent logiquement la thèse selon laquelle l'État ne peut avoir pour mission de satisfaire les besoins sexuels de ces citoyens. Pour la Cour de cassation, l'amour et le désir tout en restant des critères abstraits, appartiennent à la sphère privée. En s'appuyant sur ce raisonnement, elle a posé le principe du refus de l'indemnisation de la rupture sexuelle en 1838[174] et l'a confirmé en 2006[175]. Le 3 mai 2011, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a opéré un revirement de jurisprudence car la cour a reconnu que le profil civil du couple détermine le champ des obligations conjugales. Elle a prononcé, en vertu de l'article 1382 du code civil, un divorce aux les torts exclusifs du mari qui pendant plusieurs années refusait des relations sexuelles avec son épouse. Ces relations intimes sont, selon les juges, *« l'expression de l'affection »* faisant la partie intégrale des devoirs et des obligations du mariage imposés par la loi[176].

115. En Pologne. Le 25 février 1978, la Cour Suprême de Pologne a reconnu la légalité du changement définitif de sexe lorsqu'il est justifié par des symptômes avancés. Selon le juge polonais, *« la modification de l'état civil peut être réalisée exceptionnellement avant l'intervention médicale destinée à corriger les organes génitaux externes lorsque les caractéristiques du sexe « nouveau » sont déjà assez dominantes, irrévocables, définitifs »*[177]. Le 22 juin 1989, elle a estimé que la modification de l'acte civil avant l'opération chirurgicale des organes génitaux n'est pas légitime dans le cas de

[174] Cass. Civ., 30 mai 1838, Sirey, 1938, I, 494
[175] Cass. Civ., 3 janvier 2006, Defrénois, 2006, 1056 ; Sur le même principe : Cass. Civ., 30 juin 1992, Bull. Civ. n° 204, p. 137 ; Cass. Civ., 6 octobre 1959, JCP, éd. gén., 1959, II, 11305 ; Dalloz, 1960, 515 ; Dalloz, 1986, chronique, p. 328 ; Droit de la famille, 1998, commentaire, 81 ; Defrénois, 1998, 1395
[176] CA d'Aix-en-Provence, 3 mai 2011, n° 2011/292
[177] CS de Pologne du 25 février 1978, affaire n° III CZP 100/77, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP) 1983, n° 10, position 217, commentaire de M. Sośniak, S. Dulko et K. Imieliński

transsexualisme[178]. Cette décision a provoqué une vive polémique doctrinale. G. Rejman déclara que de toute transformation du sexe était illégale en raison de l'absence de l'objectivité médicale du traitement. Selon lui, ces opérations ne permettent pas de rétablir la capacité de procréer, elles créent uniquement une *« situation artificielle du corps humain »*[179]. Selon Monsieur M. Filar, le transsexualisme devra faire l'objet d'une réglementation en tant que pathologie définie comme l'altération de l'état de santé[180].

116. Le syndrome de transsexualisme : un caprice ou une maladie ? Ces opinions témoignent de la difficulté essentielle visant à préciser le syndrome de transsexualisme et à valoriser l'intérêt personnel du patient. Cependant, l'adjectif *« thérapeutique »* signifie simplement que l'action est menée en vue de traiter des maladies. Une responsabilité peut être recherchée en cas d'erreur médicale par exemple. C'est donc précisément l'état d'esprit du patient qui est soigné ici, on peut ainsi déduire que l'existence d'un motif thérapeutique est effectivement associée à l'action médicale dans ce type d'opération chirurgicale et la rend légale. Cette tendance restrictive a été réformée plusieurs fois par la Cour Suprême de Pologne, notamment le 22 mars 1991[181] et 22 septembre 1995[182]. En conséquence, le transsexualisme est considéré, sous le régime de l'article 23 du code civil polonais, comme un bien personnel de la même façon que la santé, et comme tel peut être civilement protégé. De plus, le transsexuel peut agir selon la disposition de l'article 189 du code de procédure

---

[178] CS de Pologne du 22 juin 1989, affaire n° III CZP 37/1989, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP) 1989, n° 12, position 188

[179] G. Rejman, *Les problèmes juridiques du transsexualisme*, Éducation juridique, 1994, n° 2, p. 30

[180] M. Filar, *Le commentaire de la décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 juin 1989*, État et Droit, 1990, n° 10, p. 116 ; J. Leszczyński, *Le commentaire de la décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 juin 1989*, Palestra, 1992, n° 3-4, p. 97 ; J. Pilusiński, *Le commentaire de la décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 juin 1989*, État et Droit, 1991, n° 6, p. 112 ; Z. Radwański, *Le commentaire de la décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 juin 1989*, La jurisprudence des tribunaux polonais (OSP) 1991, n° 2, p. 35 ; G. Rejman, *Le commentaire de la décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 juin 1989*, La jurisprudence des tribunaux polonais (OSP), 1991, n° 2, p. 35 ; Revue des tribunaux 1991, n° 5-6, p. 118-121

[181] CS de Pologne du 22 mars 1991, affaire n° III CRN 28/91, Revue des tribunaux 1993, n° 2, p. 78 ; M. Safjan, *La commentaire de la décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 mars 1991*, Revue des tribunaux 1993, n° 2, p. 78

[182] CS de Pologne du 22 septembre 1995, affaire n° III CZP 118/95; Sur la question de transsexualisme en droit pénal et civil polonais : Il existe un nombre considérable de commentaires. Cependant la doctrine polonaise, même dévissée, se prononce globalement contre la stérilisation thérapeutique mais pour la reconnaissance du transsexualisme : K. Imieliński, S. Dulko, *La malédiction d'Antygone, Transsexualisme : les limites et la réalité*, Varsovie, 1988, p. 13-19 ; K. Imieliński, *La sexologie*, Varsovie, 1982, p. 253; B. Popielski, *Médecine et droit*, Varsovie, 1968, p. 257 ; T. Marcinkowski, *Médecine légale pour les juristes*, Varsovie 1993, p. 454 ; M. Filar, *Les aspects juridiques du transsexualisme*, État et Droit, 1987, n° 7, p. 67 ; A. Jeglińska, *Dans le corps d'un autre*, Connaissance et Vie, 1997, n° 7 ; M. Filar, *Transsexualisme comme un problème juridique*, Revue des tribunaux 1996, n° 1, p. 76 ; A. Zielonacki, *Changement du sexe par la voie judiciaire*, État Nouveau, 1982, n° 9-10, p. 71 ; A. Zoll, *Code pénal, Les infractions contre la vie et la santé, Partie spéciale*, Cracovie, 1999, p. 276 ; J. Wasylewski, *La sanction des pratiques sadomasochistes et le droit à la vie privée*, Les études juridiques de Gdansk, 1999, vol. IV, p. 53 ; G. Genir, *Note concernant de la décision de la Cour Suprême du 22 septembre 1995*, OSP, 1996, n° 4, p. 78

civile polonaise et se constituer partie civile[183]. Le 22 septembre 1995, la Cour est allée encore plus loin car elle a répondu par affirmative à l'interrogation du Procureur de Wrocław, c'est au tribunal lui-même qu'il appartient de déterminer le sexe. Sur ce point, le droit polonais rejoint le droit français. Le transsexuel obtiendra en Pologne un nouveau statut juridique après la décision du tribunal de première instance[184]. Les deux systèmes exigent le recours préalable au traitement hormonal entraînant la disparition totale ou partielle du sexe d'origine. En Pologne, ce traitement doit durer deux ans après avoir été accepté par la Clinique de Sexologie et Pathologie des Relations Interpersonnelles à Varsovie. Ensuite, le patient adopte une nouvelle apparence physique accompagnée d'une attitude sociale qui correspondra à ce nouvel aspect. L'exigence du caractère thérapeutique est associée au consentement préalable du patient et au rejet de la subjectivité du jugement de la part du médecin.

117. La permission exceptionnelle des auto-mutilations comme une manifestation de la liberté individuelle de disposer de son corps. Tant la stérilisation que la reconversion sexuelle, voire l'auto-castration indépendamment de leur motivation individuelle, simplement volontariste, idéologique ou religieuse, sont des actes mutilants, donc portant atteinte au corps. Les droits français et polonais s'accordent sur le statut pénal des automutilations génitales en les qualifiant de manifestations de la liberté individuelle sur son corps et sur sa vie. Naturellement, le degré de l'auto-violence est différent pour les femmes dont les organes sexuels sont plus difficilement accessibles et que les hommes dont les organes sexuels sont extérieurs. *« L'être humain face à lui-même peut choisir l'autodestruction partielle ou totale.*

---

[183] L'article 189 du code de procédure civil polonaise dispose *« La partie plaignante peut adresser au juge du tribunal de première instance en vue de déterminer l'existence ou non d'état de droit de la personne lorsqu'elle prétendre d'avoir un intérêt juridique »* ; J. Gudowski, *La chronique jurisprudentielle*, Revue des tribunaux 2000, n° 4, p. 108 ; G. Gerin, *Médecin face aux droits de l'homme, La bioéthique*, Toruń, 1996, p. 243 et s. ; J. Wasylewski, *Le consentement de la victime en droit pénal polonais*, thèse, Université de Gdańsk 1997; M. Przybylska, *Les aspects civils du consentement du patient à l'intervention médicale*, Moniteur Juridique 2003, n° 16, p. 743

[184] K. Rozental, *Le changement de sexe d'origines de lege ferenda*, État et Droit, 1991, n° 10, p. 64 ; C. Gromadzki, *Le sentiment d'appartenance à un autre sexe comme un critère du changement de sexe dans l'acte de naissance*, Revue des tribunaux ,1997, n° 10, p. 84-85 ; P. Daniluk, *Les actions médicales non thérapeutiques*, État et Droit, 2006, n° 1, p. 71-76 ; Sur l'approche médical du transsexualisme en Pologne: S. Dulko, *Le changement de l'état civil*, Droit Nouveau, 1982, n° 9-10, p. 71 ; M. Medras, J. Trnka, D. Kiełkiewicz, *Les problèmes médicaux et juridiques du transsexualisme*, Revue de chirurgie, 2005, n° 2, p. 236 ; P. Daniluk, *Le but thérapeutique de l'acte dans l'appréciation doctrinale*, Droit et Médecin, 2005, n° 2, p. 46-47 ; A. Bilikiewicz, *Transsexualisme comme un phénomène interdisciplinaire*, Psychiatrie Polonaise 2005, n° 2, p. 236 ; K. Imieliński, S. Dulko, M. Filar, *Les transpositions du sexe, transsexualisme et l'identification sexuelle*, Varsovie, 1997, p. 116-118 ; M. Fijałkowska-Stanik, *Transsexualisme, définitions, classifications, symptômes du phénomène*, Psychiatrie Polonaise 1999, n° 5, p. 771 ; Z. Falicki, S. Dulko, W. Dymkowski, T. Tolwiński, *Transsexualisme féminin dans le diagnostic psychiatrique*, Psychiatrie Polonaise 1975, n° 6 , p. 647 ; J. Wasylewski, *L'âme emprisonnée dans le corps d'un autre, l'accès au changement du sexe à la lumière de droit pénal*, Gazette des tribunaux, 2000, n° 7-8, p. 221 et s. ; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Les droits du patient*, Varsovie, 2001, p. 78-79 ;

L'impunissabilité des violences que l'on s'inflige à soi-même indique, si c'était nécessaire, que le principe de l'inviolabilité de la personne joue essentiellement dans les relations avec autrui »[185]. La condition requise est de commettre l'acte sur soi-même, aucune complicité ne peut être punie, tant en France qu'en Pologne, si le fait principal ne tombe sous aucune qualification. Si la motivation idéologique reste généralement indifférente, le 19 novembre 1993, la Cour d'appel de Metz a jugé une personne qui a tenté, par une auto-mutilation volontaire, de se soustraire à ses obligations militaires[186].

B. L'approche pénale de l'intervention médicale privée de toute vocation thérapeutique

118. Présentation. Malgré une technique médicale impressionnante, la défaillance d'un acte médical reste toujours possible. L'échec d'une intervention telle que la stérilisation a pour conséquence directe l'engagement de la responsabilité du médecin au regard du préjudice subi. Le demandeur d'une réparation doit apporter la preuve d'une faute et d'un préjudice. La sanction pénale a pu être retenue au titre de la violation de l'intégrité corporelle du patient et cas de violation de l'art médical (1). Avant la loi du 4 juillet 2001, toute stérilisation dépourvue de vocation thérapeutique était punie (2).

1. La sanction pénale de l'atteinte à l'intégrité du corps humain

119. Le principe de vocation thérapeutique de l'acte médical. Le code pénal de 1810 disposait dans l'article 316 : *« Toute personne coupable du crime de castration subira la peine des travaux forcés à perpétuité. Si la mort en est résultée avant l'expiration des quarante jours qui auront suivi le crime, le coupable subira la peine de mort ».* Cette sanction de la castration d'autrui était très sévère, mais l'auto-castration restait impunie comme une manifestation de la liberté de disposer de son corps[187]. Le principe de la nécessité thérapeutique d'un acte médical, longtemps dominant en droit pénal français, a été formulé dans l'affaire dite *« Stérilisés de Bordeaux »* le 1er juillet 1937. La Cour de cassation y déclarait que les auteurs *« ne pouvaient invoquer le consentement des opérés comme exclusif de toute responsabilité pénale, ceux-ci n'ayant pas pu donner le droit de violer, sur leurs personnes, les règles régissant l'ordre public ».* En l'espèce, les victimes ont consenti à une vasectomie par la résection des canaux déférents sous l'influence d'une propagande

---

[185] Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de Biotechnologie, étude « *Stérilisation* », n° 5, p. 2407
[186] CA de Metz, 19 novembre 1993, n° 939/93, *in* Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de Biotechnologies, étude « *Stérilisation* », n° 7, p. 2407
[187] E. Garçon, *Code pénal annoté*, éd. Sirey 1956, p. 96

anticonceptionnelle. Les auteurs, poursuivis pour blessures volontaires sur autrui, ont invoqué pour leur défense une sorte d'excuse absolue tirée du consentement des victimes, l'argument à finalement été rejeté par la cour[188]. Un principe a été posé, celui de la répression au service de l'intérêt général, indépendant de la volonté individuelle et des intérêts particuliers. Le 9 novembre 1961, la Cour de cassation a réaffirmé la licéité de la seule stérilisation thérapeutique[189]. Des arrêts ultérieurs ont confirmé la licéité de la seule stérilisation thérapeutique. Le 29 janvier 1988, le Conseil d'État a déclaré la responsabilité d'un établissement public dans l'affaire dite *« Madame Labidi »*. En l'espèce, pendant un accouchement par césarienne, un chirurgien *« sans avoir recueilli le consentement de la patiente et sans nécessité thérapeutique, a procédé à une ligature des trompes et provoqué ainsi la stérilisation de l'intéressée »*[190]. La stérilisation et le transsexualisme peuvent relever de l'article 222-9 du code pénal français comme les formes d'atteinte à l'intégrité physique de la personne par mutilation et être punis de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. L'article 156§1 du code pénal polonais punit la même atteinte d'une peine allant jusqu'à dix ans d'emprisonnement. En France, la castration d'autrui est punie par l'article 222-9 du code pénal qui dispose que *« Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende »*. En Pologne, la castration d'autrui est punie par l'article 156§1 du code pénal qui dispose *: « Celui qui provoque une grave infirmité (...) sous la forme d'une atteinte à la capacité de procréer est puni d'une peine privative de liberté d'un an à 10 ans d'emprisonnement… »*.

120. Le respect de l'art médical. Les droits français et polonais avaient, jusqu'au 4 juillet 2001, la même position vis-à-vis des opérations dépourvues de motif thérapeutique. Telle reste la position de la loi polonaise actuellement. En l'absence d'un dispositif interdisant la stérilisation contraceptive ou le transsexualisme, la répression se fait au titre de l'atteinte à l'intégrité physique du patient. Avant le 4 juillet 2001, le but principal des poursuites pénales consistait à s'assurer de l'intérêt général et pas de l'intérêt personnel du patient[191]. L'échec

---

[188] J. Mowena, *La victime des infractions contre les personnes*, thèse de l'Université Paris V, 2002, p. 67 ; Cass. Crim, 1 juillet 1937, DH 1937, jurisprudence, p. 537 ; RSC 1937, p. 680

[189] Cass. Crim., 9 novembre 1961, JCP, éd. gén., 1962, II, n° 12777, observation R. Savatier

[190] CE, 29 janvier 1988, n° 65135 ; RDSS 1988, p. 509 avec observation F. Vareille ; JCP, éd. gén., 1989, II, n° 2122 avec observation G. Mémeteau

[191] J.-R. Binet, *Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine*, éd. PUF 2002 ; S. Regourd, *Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort, Problèmes actuels en droit public français*, RDP 1981, p. 403

d'une stérilisation[192] suppose l'existence d'une faute de la part du médecin. La dissemblance entre les deux systèmes consiste en la référence aux données de l'art médical, à l'obligation de suivre les acquis de la science[193]. Sur le terrain du droit français, la stérilisation pose le problème de la qualification de l'obligation exigée dans le contrat d'hospitalisation. L'article L.2212-8 du code de la santé publique dispose que l'acte médical doit être accompli par *« tous les moyens permettant la pratique correcte »*. Dans cette perspective, une simple défaillance de la stérilisation est insuffisante pour engager la responsabilité du médecin, et il convient de démontrer que ce dernier n'a pas accompli des soins particulièrement attentifs. Lors de l'intervention médicale, il *« n'est tenu qu'une obligation contractuelle de moyens et non de résultat »*[194]. La notion d'une obligation de moyens a été encadrée par la Chambre civile de la Cour de cassation, elle oblige le médecin à *« donner des soins non pas quelconques, mais consciencieux, attentif et réserves faites de circonstances exceptionnelles conformes aux données acquise de la science »*[195]. La terminologie appliquée dans cette décision paraît favorable aux médecins. En premier lieu, une simple défaillance de l'acte est insuffisante pour engager la responsabilité, il faut pouvoir démontrer que ce dernier n'a pas effectué des soins particulièrement attentifs. En deuxième lieu, la référence aux *« données acquise de la science »* est sans doute plus favorable pour le professionnel que le terme *« données actuelles de la science »* qui oblige le médecin à suivre les nouveautés scientifiques avec une prudence particulière. Les juridictions administratives françaises se sont penchées sur la question de la demande d'indemnisation basée sur la naissance d'un enfant postérieure à une opération de stérilisation tubaire. Une longue série d'arrêts unanimes a exclu que l'existence d'un enfant constitue, pour la mère, un préjudice directement réparable[196]. Le choix d'une telle solution témoigne d'un rapprochement avec le régime de l'interruption de grossesse.

121. Le rejet de subjectivité injustifiée du médecin. Le 23 avril 1990, la Cour d'appel d'Aix-

---

[192] Les taux d'échecs pour la stérilisation féminine est de 0,5 à 2% et pour la stérilisation masculine inférieure à 1% selon les données apportés par F.-H. Soutoul et F. Pierre, *Grossesses et enfants préjudices après échec de stérilisation et d'interruption volontaire de grossesse*, I partie, p. 274

[193] Sur la jurisprudence médicale polonaise : B. Popielski, *La jurisprudence médicale*, Varsovie 1981 ; M. Nesterowicz, *Droit médical*, Torun, 2000 ; Z. Marek, *L'erreur médicale*, Cracovie, 1999 ; A. Liszewska, *La responsabilité pénale en cas des erreurs médicales*, Cracovie, 1998 ; T. Tołłoczko, *L'erreur médicale. Le regard d'un praticien*, Droit et Médecine, 2000, n° 5

[194] TGI d'Euvreux, 21 décembre 1979, Dalloz, 1981, jurisprudence, p. 185 avec note de J. Penneau

[195] Cass. Civ., 6 juin 2000, Juris-Data n° 00237

[196] TGI de Strasbourg, 21 avril 1994, n° 912471, LPA, 21 octobre 1994, n° 126, p. 22 ; RDP, 1994, n° 6, p. 1837 ; CA de Nancy, 30 avril 1997, n° 94NC00922 ; Cass. Civ., 25 juin 1991, n° 98-18.617; Dalloz, 1991, 566, note de P. Le Tourneau ; JCP, éd. gén., II, n° 21784 note de J.-F. Barbiéri ; RTDC, 1991, 753, observation P. Jourdain ; Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de Biotechnologie, étude « *Stérilisation* », n° 15 et s. , 15 décembre 2008

en-Provence a reconnu la responsabilité des chirurgiens en recherche de notoriété, qui ont procédé à un changement de sexe en l'absence d'une pathologie étayée[197]. Leur subjectivité a été motivée par le désir *« de faire progresser la science »* et *« de se faire connaître »*. Finalement ils ont fait l'objet d'une sanction pénale. Dans un autre cas, celui de l'affaire dite *« Stérilisés de Bordeaux »*, la motivation prédominante était d'ordre idéologique[198]. Le consentement du patient doit être recherché dans la phase d'identification de la maladie. On peut par exemple imaginer un patient demandeur qui simule le transsexualisme et motive sa demande par le désir de satisfaire ses perversions sexuelles, de stimuler ou enfin d'enrichir la variété de ses fantasmes érotiques. Dans ce cas, la demande doit être rejetée. Néanmoins, il reste la question des traitements dans les établissements privés qui effectuent ces opérations au titre de la chirurgie sexuelle esthétique. Les hypothèses peuvent être nombreuses : il peut s'agir d'un état d'intersexualité apparente, de psychose ou même de schizophrénie. Ces cas de figure ne peuvent justifier l'opération chirurgicale, ni permettre la modification de l'état civil. L'illustration jurisprudentielle est l'affaire dite *« Botella »*. En l'espèce, une personne de sexe masculin née en 1935 a entamé une hormonothératie suivie par une intervention chirurgicale réalisée, en 1972, au Maroc. En 1978, cet homme transsexuel devenu femme à décider d'épouser un homme et à déposé une demande en rectification de son acte de naissance. Mais cette demande a été refusée par le tribunal de grande instance de Libourne. La Cour de cassation a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux refusant de changer l'état civil du patient car *« son état (...) n'est par le résultat d'éléments préexistants à l'opération (...) mais relève une volonté délibérée du sujet »*[199].

2. La sanction de la stérilisation sans motif thérapeutique avant la loi du 4 juillet 2001

122. Le principe civil de l'inviolabilité du corps. L'interdiction générale d'atteinte au corps humain a été définie en termes de principe d'inviolabilité du corps humain, dans l'article 16-3 du code civil, qui depuis le 29 juillet 1994 disposait qu' *« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne »*[200]. Par conséquent, des raisons médico-sociales telles que les difficultés économiques ou un nombre élevé d'enfants, ne pouvaient justifier une intervention volontariste de stérilisation. Progressivement, le Comité Consultatif National d'Éthique s'est interrogé sur une éventuelle

---

[197] Cass. Crim., 30 mai 1990, Dalloz 1991, p. 197
[198] Cass. Crim., 1 juillet 1937, Sirey 1937, 1, 193
[199] M. Gobert, *Le transsexualisme, fin ou commencement ?*, JCP, éd. gen., 1988, n° 47, p. 3361
[200] Cass. Crim., 6 juillet 1998, n° 09-80-006, Bull. Crim. n° 10 ; JCP, éd. gen., 1998, IV, n° 3005 ; Defrénois 1999, p. 314 ; Droit de Famille 1998, n° 162, note de Th. Fossier

légitimité du *« droit de limiter, voire de supprimer ses capacités procréatrices »*[201]. Avec la loi du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, la disposition de l'article 16-3 du code civil a été modifiée. Selon les nouveaux termes *« Il ne peut porter atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne »*. Une distinction plus claire a été apportée entre la stérilisation médicale permise et la stérilisation de convenance, toujours interdite[202]. Préalablement à la loi du 4 juillet 2001, la stérilisation médicale a été considérée comme un acte médical classique et légal lorsque deux conditions sont conjointement remplies : nécessité thérapeutique et consentement de la personne. Les permissions thérapeutiques de stérilisation ont été appréciées semblablement en France et en Pologne ; elles relevaient soit d'une maladie grave, soit d'une urgence médicale comme le péril. Les indications thérapeutiques de stérilisation tiennent, le plus souvent, au cancer et en contre-indications à toute contraception hormonale ou mécanique incompatible avec l'état de santé du patient. Il peut s'agir aussi des risques graves liés à la grossesse, comme une hémorragie utérine cataclysmique pendant une césarienne[203].

123. Plan. La vocation curative de l'intervention médicale susceptible de supprimer ou de transformer les capacités procréatrices a été successivement abandonnée au profit de la prise en compte de la volonté subjective du patient (§2).

§ 2 : L'abandon successif du caractère exclusivement thérapeutique des actes médicaux

124. Présentation. Pourquoi la médecine moderne renonce-t-elle progressivement à sa vocation thérapeutique traditionnelle de l'acte médical ? On observe une modification du statut du patient et de la relation médecin-patient. *« Le sujet soumis à la réalisation d'un acte*

---

[201] Sur cette question, le Comité consultatif national d'éthique se prononçait à deux reprises : Avis n° 49 Sur la contraception chez les personnes handicapées ; Cass. Crim., 6 juillet 1998, n° 09-80-006, Bull. Crim. n° 10 ; JCP, éd. gen., 1998, IV, n° 3005 ; Defrénois 1999, p. 314 ; Droit de Famille, 1998, n° 162, note de Th. Fossier. Sur cette question, le Comité consultatif national d'éthique se prononçait à deux reprises : Avis n° 49 « *Sur la contraception chez personnes handicapées mentale* », et Avis n° 50 du 3 avril 1996 « *Sur la stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive* », www.ccne-ethique.fr

[202] D. Thouvenin, *Les avatars de l'article 16-3 du code civil*, Dalloz, 2000, chronique, p. 485 ; *Le Communiqué commun sur la stérilisation chirurgicale du Conseil national de l'ordre des médecins et de l'Académie nationale de médecine du 29 mai 2000* publié sur le site www.conseil-national.médecins.fr

[203] Code de la santé publique avec commentaire, éd. Litec 2005, p. 347 et 348

médical licite ne bénéficie plus de la qualité de malade mais de patient »[204]. Est-elle la manifestation de l'abandon du paternalisme qui prédominait dans cette relation médicale en France ? C'est surtout lié à un changement d'attitude du malade mieux informé et à un changement de la demande : il s'agit de la substitution du malade par un patient et du changement du contrat de soin. Il y a un renoncement au motif thérapeutique, dans certains cas, notamment pour le transsexualisme et pour la stérilisation, et il y a aussi une meilleure prise en compte de l'individualité du patient et de ses attentes. La question du transsexualisme est particulière car elle concerne avant tout la plus stricte intimité, tant physique que psychique, de la personne. Cela rend difficile la décision de procéder à une action médicale qui va changer, à jamais, la vie sociale et le regard des autres. Il est donc difficilement envisageable, que cet acte médical peut être le fruit d'un simple caprice. La question du financement de l'opération de reconversion sexuelle divise les législations européennes. Contrairement à la Pologne, en France, elle est financée par l'État. De même, la cour d'appel de Londres a rendu, le 29 juillet 1999, un verdict dans lequel il a défini le transsexualisme comme une maladie grave qui ne rentre pas dans la catégorie des soins simplement cosmétiques[205]. Elle a obligé le National Health Service à financer l'opération de trois personnes qui avaient fait l'objet du refus de traitement dans le comté de Lancashire. Les législations nationales ont évolué sous l'inspiration des solutions élaborées par le Cour européenne des droits de l'homme (A). L'abandon de la vocation purement thérapeutique de l'acte médical caractérise plus le droit médical français, que le droit médical polonais (B).

A. L'apport de la jurisprudence européenne sur le transsexualisme

125. Présentation. Le cas du transsexualisme reste un exemple classique de l'influence très positive de la jurisprudence européenne sur le droit interne. La Cour européenne des droits de l'homme a décidé, dans une série d'affaires contre le Royaume-Uni, que le refus de modification de l'état civil d'un cas de transsexualisme n'est pas en contradiction avec l'article 8 de la Convention[206]. Dans le même temps, la Cour a condamné de l'État français par un arrêt du 25 mars 1992[207], qui a conduit la Cour la de cassation français à admettre le

---

[204] B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, thèse Montpellier 1, 2002, p. 85 ; D. Thouvenin, *La personne et son corps : sujet humain, pas un individu biologique*, LPA 14 décembre 1994, édition spéciale « *Bioéthique* », p. 9

[205] Journal Rzeczpospolita, 30 juillet 1999, n° 176 (5341)

[206] CEDH, 17 octobre 1986, Rees c/ Royaume-Unis, Série A, n° 106 ; CEDH, 30 juillet 1998, Sheffield, Horsham c/Royaume-Unis, RTDH, 1998, p. 253 ; CEDH, 27 septembre 1990, Cossey c/Royaume-Unis, Série 1, n° 184 ; Droit de la Famille, 1999, n° 22, note B. de Lamy ; Dalloz, 1998, sommaire, p. 370, observation J.-F. Renucci ; RTDC, 1999, p. 59

[207] CEDH, 25 mars 1992, Assemblée Plénière, B contre France, Requête n° 13343/87

11 décembre 1992 le changement de sexe à l'état civil d'un transsexuel[208]. Dans l'arrêt Goodwin du 11 juillet 2002, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu le droit à la conversion sexuelle et elle a imposé aux États une obligation positive de modifier l'acte de naissance[209]. Le phénomène du transsexualisme a poussé le juge européen à trouver un équilibre entre l'intérêt public de l'État et l'intérêt personnel, voire le désir de se réaliser socialement d'un transsexuel. Ce dernier bénéficie d'un droit à l'épanouissement sexuel (1) et affectif (2).

1. Le droit à la protection de l'intégrité sexuelle

126. La notion de l'intégrité sexuelle. L'étendue de la notion de l'intégrité sexuelle a fait l'objet d'une précision par la Cour européenne, le 26 mars 1985[210]. Indépendamment de l'état de santé psychique, l'intégrité sexuelle fait partie de l'intégrité physique et morale d'une personne et elle appartient à la vie privée. Du droit à l'intégrité sexuelle, on peut faire résulter le droit à la dignité sexuelle. Après avoir laissé aux États la liberté d'accepter ou de refuser la modification de l'état civil[211], un revirement de la jurisprudence est intervenu le 25 mars 1992 dans une affaire B contre France[212]. En l'espèce, la Cour de cassation avait refusé de modifier l'acte de naissance et le prénom d'un demandeur transsexuel. La Cour européenne se prononça explicitement en reconnaissant juridiquement la mutation de l'identité sexuelle, du fait que Mademoiselle B. *« se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect de sa vie privée »*. La Cour condamne donc la France pour la violation de l'article 8 de la Convention.

---

[208] Cour de cassation, Assemblée Plénière du 11 décembre 1992, 91-11.900

[209] A.-S. Chavent-Leclere, *Des bouleversements du droit européen en matière de transsexualisme*, Dalloz, 2003, n° 30, jurisprudence, p. 2032 ; Le 11 juillet 2002, la CEDH a accordé la pleine reconnaissance du droit à changer le sexe (n° 28957/95, Goodwin c/Royaume-Unis) ; D'une manière générale, le droit à changer le sexe a été fondé sur l'article 8 de la Convention (CEDH, 17 octobre 1986, Rees c/Royaume-Unis, série A n° 102§47) ; En droit polonais c'est l'article 32 et 47 de la Constitution qui protègent la vie privée, la liberté de décider et interdisent toute discrimination) ; Dans l'affaire B c/France, la CEDH a souligné l'importance du développement scientifique en matière de transsexualisme (CEDH, B/France, 25 mars 1992, série A n° 232-C, p. 17-25)

[210] CEDH, 26 mars 1985, X et Y contre Pays-Bas, série A, n° 91, § 22 et 77

[211] Il convient de citer une série de décisions de la CEDH dite les affaires britanniques où la Cour a pris la position assez clémente vis-à-vis de Royaume-Uni : CEDH, 17 octobre 1986, Rees c/ Royaume-Uni, série A, n° 106 ; CEDH, 27 septembre 1990, Cossey c/ Royaume-Uni, série 1, n° 184 ; CEDH, 30 juillet 1998, Sheffield Horsham c/ Royaume-Uni ; Dalloz, 1998, sommaire, p. 370, observation J.-F. Renucci, Droit de Famille, 1999, n° 22, note B.de Lamy, RTDC,1999, p. 59 ; RTDH, 1999, p. 637, observation M. Levinet ; Postérieurement à cette série des décisions, la CEDH va, au contraire, condamner le Royaume-Uni : CEDH, 11 juillet 2002, I c/ Royaume-Uni, req. n° 25680/94, Goodwin c/ Royaume-Uni req. n° 28957/95 ; R.T.D.C., 2002, p. 782 ; Dalloz, 2002, IR, jurisprudence, p. 2305 ; JCP, éd. gén., 2003, I, n° 1

[212] CEDH, 25 mars 1992, B c/France, série A, n° 231 C, affaire 57/1990.248/319 ; RTDC 1992, p. 504 observation J. Hauser ; Dalloz 1993, jurisprudence, p. 101, note J.-P. Margenaud ; JCP, éd. gén., II, 21955, note Th. Garé

127. Vers la déclassification du transsexualisme. Selon le communiqué du Ministère de la Santé du 18 mai 2009, l'état de transsexualisme devait faire l'objet d'une déclassification pour que la mutation juridique du sexe devienne réellement simplifiée[213]. Le transsexualisme n'est plus une affection psychique car le Décret du 8 février 2010 a supprimé dans l'article l'article D.322-1 du code de la sécurité sociale l'expression *« troubles précises de l'identité de genre »* de la définition de l'affection psychiatrique de longue durée[214]. C'est dans cette logique que le 14 mai 2010 le Ministère français de la Justice a diffusé une circulaire relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil[215]. Désormais, le changement d'état civil n'exige pas de recours préalable et systématique à l'opération de *« réassignation sexuelle »*, une notion qui signifie le changement chirurgical du sexe. Mais, il faut que la procédure médicale soit effectivement déclenchée. La jurisprudence récente de la Cour d'appel de Paris du 23 septembre 2010 maintient cette exigence[216].

2. Le droit à une vie affective épanouie

128. Le droit à l'épanouissement familial. Le mariage est une forme d'engagement personnel, de *« représentation sociale »*. La question est de savoir si un transsexuel peut avoir une vie de couple légalement reconnue au même titre qu'un hétérosexuel. On peut constater une fluidité du droit et de la jurisprudence européens[217]. Le Parlement Européen a reconnu finalement *« que la dignité de l'homme et la protection de la personnalité humaine impliquent nécessairement le droit de mener une vie conforme à son identité sexuelle »*[218]. La violation du droit au mariage peut se fonder sur l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le droit de se marier et de fonder une famille. La jurisprudence européenne a déjà été confrontée à cette question dans les deux affaires : C. contre Royaume-Uni et Goodwin contre Royaume-Uni le 11 juillet 2002[219]. La Cour a déduit en vertu de la reconnaissance juridique de changement de sexe que l'incapacité de concevoir,

---

[213] F.Vialla, (sous la dir.), *Les grandes décisions de droit médical*, éd. LGDJ 2009, p. 126 : Décret du 8 février 2010

[214] Décret du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D.322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affection psychiques de longue durée », JORF, 10 février 2010, texte 32

[215] DACS, n° CIV/07/10 du 14 mai 2010

[216] CA de Paris, Pôle de santé, 1 Chambre, 23 septembre 2010, n°09/2866, Juris-Data, n°2010-026965

[217] Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de Biotechnologie, étude *« Transsexualisme »*, n° 6 et s., 1 octobre 2008, p. 2503 et s.

[218] Résolution du Parlement Européen du 12 septembre 1989, A 3-16/89, 9 octobre 1989, JOCE n° C 256

[219] CEDH, 11 juillet 2002, n° 25680/94, I, C c/Royaume-Uni ; CEDH, 11 juillet 2002, n° 28957/95, Goodwin c/ Royaume-Uni ; J. Raynaud, J.-P. Marguénaud, *Transsexualisme : la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDC 2002, p. 862 ; J. Hauser, *Le droit au mariage des transsexuels, réponse européenne*, RTDC 2002, p. 782 ; Dalloz, 2002, p. 2035

propre à la situation médicale de transsexuel, ne peut faire obstacle au remariage. Cette jurisprudence a contribué au renforcement d'une tendance à reconnaître des transsexuels socialement en même temps que leur nouvelle identité sexuelle et juridique.

B. La reconnaissance progressive des actes extra thérapeutiques et ses frontières

129. Présentation. La motivation personnelle du médecin n'a aucun impact sur l'accessibilité de l'acte tel que la stérilisation et la réassignation sexuelle[220]. Contrairement à la situation polonaise où la stérilisation contraceptive est interdite, le législateur français a reconnu formellement la légalité des actes non thérapeutiques (1). Dans le cas de la stérilisation, la différence est plus fondamentale et est liée à la place réservée au malade lui-même dans le système de soins. Si le droit à l'épanouissement sexuel n'est pas substantiellement contestable, il connaît un certain nombre des restrictions fondées sur les principes généraux du droit destinés à protéger les patients vulnérables. En revanche, le statut juridique du transsexuel est parfaitement reconnu aussi bien en France qu'en Pologne (2).

1. La reconnaissance formelle des actes non thérapeutiques en France

130. La stérilisation à visée contraceptive dans la loi du 4 juillet 2001. La reconnaissance de la stérilisation non thérapeutique est intervenue en France avec la loi du 4 juillet 2001. Elle n'a pas son équivalent polonais. Cette reconnaissance a modifié un équilibre traditionnel

---

[220] Sur le transsexualisme ne droit civil polonais : S. Dulko, *Les premiers cas concernant de la modification juridique de l'état civil chez les transsexuels*, État Nouveau 1983, n° 6 ; S. Dulko, *La modification de l'état civil en cas de changement de sexe*, État et Droit, p. 71 et s. ; C. Gromadzki, *Le sentiment d'appartenance à un sexe comme un critère de la modification de l'acte de naissance*, Revue des tribunaux 1996, p. 61 et s. ; A. Zielonacki, *Changement du sexe à la lumière de droit polonais*, RPEiS 1988, n° 2, p. 44-48 ; J. Ignatowicz, *Code de la famille*, Varsovie 1993, 459 ; A. Fajkowska, *L'image des relations conjugales chez les transsexuels*, Annales de la sociologie de la famille, Poznań 1992, vol. IV, p. 225-235 ; M. Filar, *Transsexualisme comme un problème juridique*, Revue des tribunaux, 1996, n° 1, p. 79-80 ; Sur la jurisprudence polonaise en matière du transsexualisme: *La décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 septembre 1995, Jurisprudence des tribunaux polonais* (OSP) 1996, n° 4, position 78, p. 193, note M. Safjan ; *La décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 mars 1991*, Revue des tribunaux, 1992, n° 2, p. 87 ; *La décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 juin 1989*, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP) 1991, n° 2, position 35, note Z. Radwański ; Sur les aspects juridiques du transsexualisme en droit français : M.-L. Rassat, *Sexe, médecin et droit*, Mélanges P. Raynaud 1985, p. 651 ; D. Salas, *Les transsexuels, nouveaux sujet de droit ?*, éd. PUF 1995, n° 5 ; J. Petit, *L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel*, RTDC 1976, p. 262 ; M. Erlich, *Les mutilations sexuelles*, éd. PUF 1991, n° 2581 ; M. Gobert, *Le transsexualisme ou la difficulté d'exister*, JCP, éd. gén., 1990, I, n° 3475 ; D. Thouvenin, *Le transsexualisme: une question d'état méconnue*, RDSS 1979, p. 291 ; M. Gobert, *Le transsexualisme : fin ou commencement ?*, JCP, éd. gén., 1988, I, n° 3361 ; L.-E. Pettiti, *Les transsexuels*, éd. PUF 1992, n° 2677 ; L. Mager-Vielpeau, *Le transsexualisme et le code civil*, Droit de Famille 2005, chronique, n° 18 ; L. Linossier, *Le transsexualisme: esquisse pour un profil culturel et juridique*, Dalloz 1981, chronique 19, p. 139

de l'acte médical en attribuant au patient plus de place dans le processus de décision. Ce droit concernant la stérilisation évolue dans le même sens que les autres droits procréatifs, l'élargissement du droit, à procréer ou de ne pas procréer et vers une plus grande liberté de disposer de son corps. La volonté du patient devient un élément indispensable de la relation médicale : la stérilisation est un acte volontaire. C'est aussi le rôle du médecin qui est modifié, car il doit agir davantage dans une logique de prévention. La volonté du patient constitue toujours un élément qui justifie l'acte. Chaque fois, lorsque la personne handicapée mentale est apte à exprimer sa volonté personnelle, la stérilisation contraceptive ne peut être imposée au patient simplement à la demande de l'entourage au nom du « *bien-être* » de la personne handicapée. Le 26 septembre 2005, le Conseil d'État se prononcé favorablement sur la compatibilité de l'article L.2123-1 du code de la santé publique avec la Convention européenne des droits de l'homme, car *« la stérilisation d'un handicapé mental n'est admise qu'exceptionnellement, à titre subsidiaire »*[221].

131. Les règlements d'application de la loi. Le dispositif réglementaire principal est le décret du 3 mai 2002 codifié dans le code de la santé publique aux articles R.2123 à R.2123-7. Il fixe les règles de procédure devant le juge des tutelles. Suite à la requête déposée par l'Association collectif contre l'handiphobie, ce décret a fait l'objet d'un examen par le Conseil d'État le 26 septembre 2005. Le reproche formulé consistait à dire que la loi du 4 juillet 2001 a consacré l'existence d'un droit général à la stérilisation contraceptive en violation de divers droits fondamentaux[222]. Cette hypothèse a été écartée par la Haute juridiction française. À juste titre, cette dernière a estimé que les conditions d'application de l'article L.2123-1 et s. du code de la santé publique écartent l'hypothèse selon laquelle les pouvoirs publics favorisaient volontairement ou non des pratiques à caractère eugénique. La stérilisation contraceptive des personnes handicapées mentales, comme un acte médical volontaire et individuel, est donc dépourvue de toute connotation eugénique.

2. La reconnaissance juridique du transsexualisme et la mutation juridique du sexe

132. La mutation juridique du sexe d'un adulte en France. Sous l'influence de cette décision rendue 25 mars 1992, la Cour de cassation reconnut le 11 décembre 1992 que le

[221] S. Brondel, *La stérilisation face à la convention européenne des droits de l'homme*, AJDA 2005, p. 1874 ; D. Cristol, *Personnes handicapées*, RDSS 2005, n° 6, p. 1063

[222] Dictionnaire Permanente de Bioéthique et Biotechnologie, étude « *Stérilisation* », n ° 25, p. 2411 ; D. Cristol, *Personnes handicapées*, RDSS 2005, n° 6, p. 1060 à 1063 ; S. Brondel, *La stérilisation face à la Convention européenne des droits de l'homme*, AJDA, 10 octobre 2005, p. 1874

changement de l'état civil satisfait l'article 8 de la Convention et qu'il se fonde en droit interne français sur les articles 9 et 60 du code civil[223]. Car *« à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant un syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe, le principe du respect, dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence. Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification »*. Il convient de souligner que cette mutation juridique consécutive à un traitement médico-chirurgical n'est autorisée, ni en France ni en Pologne, par un texte particulier, mais qu'elle l'est selon les règles du droit commun en tant que traitement médico-chirurgical[224].

133. La mutation juridique du sexe d'un enfant en France. L'intersexualité infantile, appelée l'hermaphrodisme, se manifeste par une difficulté à déterminer le sexe d'un enfant à la naissance. Elle se distingue du transsexualisme. Selon la décision de la Cour d'appel de Paris *« tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes masculin ou féminine, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance »*[225]. La rectification de l'identité est, dans cette hypothèse, envisageable de manière objective en cas d'appréciation liée à une ambiguïté des organes sexuels[226]. Elle peut donc intervenir *« pour cause d'évolution accidentelle et d'évolution naturelle »*[227]. En revanche, la détermination du sexe de l'enfant né dans l'acte de naissance reste, en France comme en Pologne, une obligation légale. L'article 288 de l'instruction générale à l'état civil interdit de porter dans l'acte de naissance la mention *« sexe indéterminé »*. Elle prévoit dans ce cas la modification par l'action en rectification[228], soit l'action d'état[229]. L'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 22 juin 2000 va dans le même sens[230]. Les juges ont précisé que le changement du prénom de l'enfant doit être interprété comme une conséquence logique de la

---

[223] Cass. Ass. Plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900 et 91-12.373 ; Gazette du Palais, 1993, 1, p. 180 ; JCP, éd. gen., 1993, II, 21991 ; RTDC, 1993, p. 325, observation J. Hauser ;
[224] F.Vialla, (sous la dir.), *Les grandes décisions du droit médical,* éd. LGDJ 2009, p. 126
[225] CA de Paris, 18 janvier 1974, Dalloz 1974, p. 196
[226] CA de Paris, 18 janvier 1974, Dalloz 1974, p. 196 ; CA de Paris, 8 décembre 1967 ; JCP, éd. gén., 1968, II, 15518 ; Dalloz 1968, p. 289; TGI Dijon 2 mai 1977, Gazette du Palais 1977, 2, p. 577 ; CA Toulouse, 11 octobre 1978, Dalloz 1978, IR, p. 324 ; CA Versailles 22 juin 2000, JCP, éd. gén., 2001, II, 10595 note P. Guez ; RTDC 2001, p. 849
[227] F.Vialla, (sous la dir.), *Les grandes décisions du droit médical,* éd. LGDJ 2009, p. 121
[228] L'action en rectification signifie la situation dans laquelle une erreur a été commise par l'auteur de la déclaration de naissance, elle doit être introduite par voie de requête devant le président du tribunal
[229] L'action d'état est une procédure contentieuse introduite par voie d'assignation devant le tribunal de grande instance
[230] Cet arrêt est la première manifestation de la jurisprudence française qui a reconnu la notion de l'intérêt de l'enfant, JCP, éd. gén., 2001, jurisprudence, II, 10595

démarche médicale et psychologique suivie par enfant depuis plusieurs années[231].

134**. **Le changement chirurgical du sexe en Pologne. En droit polonais, le changement chirurgical du sexe est une opération légale à condition d'en démontrer la nécessité thérapeutique. Ce changement est précédé d'une longue thérapie hormonale, et de ce fait il ne peut pas entrer dans la catégorie des actes de chirurgie cosmétique ou plastique[232]. En Pologne, il n'est réalisé que dans deux hôpitaux publics : C.H.U. de Łódź et C.H.U. de Gdańsk[233]. Selon Monsieur J. Wasylewski, le nombre approximatif d'opérations annuelles réalisées en Pologne est de deux mille ; elles ne sont pas prises en charge par la Caisse des Malades[234].

135. La détermination du sexe en Pologne. Deux hypothèses sont à envisager : la première concerne d'une demande d'un transsexuel adulte, la deuxième concerne d'un enfant nouveau-né. Dans la première hypothèse, pour demander la modification de son l'acte de naissance un transsexuel doit saisir une Chambre civile d'un tribunal régional. Avec la copie de la décision favorable, il doit s'adresser au chef de service de l'état civil qui va modifier son acte. Puis le candidat doit saisir un officier territorial (starosta) en vue de changer le nom et le prénom en vertu de la loi du 15 novembre 1956[235]. Dans la deuxième hypothèse, l'article 40 de la loi du 29 septembre 1986, la loi polonaise impose formellement une déclaration sur les actes d'état civil de naissance. Malgré les doutes concernant de la détermination du sexe d'un nouveau-né, le médecin a une obligation légale de faire une déclaration de sexe après l'accouchement, même lorsqu'il constate la présence des graves malformations des organes génitaux[236].

136. Plan. Le droit médical régit la transformation et la suppression des capacités procréatrices, il évolue vers la prise en compte de plus en plus significative de la subjectivité de la volonté du patient (Section 2).

---

[231] Ph. Guez, *Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite*, JCP. éd. gén., 2001, II, 10595, p. 1781 et s.

[232] J. Wasylewski, *Transsexualisme et droit pénal*, article publié sur le site http://www.prawokarne.lex.pl ; L'abréviation C.H.U. signifie le Contre Hospitalier Universitaire

[233] En dehors de la France et de Pologne parmi les autres pays qui ont reconnu le droit au changement chirurgicale du sexe suivi de la modification de l'état civil figurent : Italie, Allemagne, Pays-Bas et Autriche *in* : A. Zielonacki, *La constatation du changement de sexe par la voie judiciaire*, Le Mouvement Juridique, Économique et Sociologique, 1988, cahier n° 2, p. 44-48

[234] J. Wasylewski, *Transsexualisme et droit pénal*, article publié sur le site http://www.prawokarne.lex.pl, l'auteur précise plus particulièrement que la première opération a été réalisée à l'hôpital de Międzylesie en 1963, actuellement on a quelques dizaines opérations chaque année

[235] La loi du 15 novembre 1956 sur le changement des prénoms et des noms, Journal des Lois 1963, n° 59, position 328 avec les modifications postérieures

[236] La loi du 29 septembre 1986 sur les actes d'état civil, Journal des Lois 1986, n° 3, position 180 avec les modifications postérieures

SECTION 2
Entre l'objectivité médicale et la subjectivité de la volonté du patient

137. La prise en compte de la volonté subjective du patient. La notion de volonté, aussi complexe que circonstancielle en soi, reste obligatoirement associée à chaque intervention médicale. La relation médecin-patient semble prendre de nouvelles directions, offrant plus de considération pour le malade lui-même et, d'un point de vue médical, plus de maîtrise et d'efficacité. Il est donc de rigueur de s'interroger sur la relation entre l'objectivité médicale et la subjectivité de la volonté du patient, notamment lorsque ce dernier est incapable. Le législateur français a pris conscience de la nécessité de redéfinir la norme sexuelle face à la volonté subjective du patient handicapé mental.

138. La liberté sexuelle fait partie intégrante des droits naturels de l'homme. Dans la vision moderne, les hommes sont égaux et libres face à la sexualité ; ils ont tous le droit d'aimer, d'aimer sans différences, sans discriminations. Les handicapés mentaux disposent des mêmes droits. Il semble que la doctrine et le législateur français ont pris conscience de l'importance du problème dans une plus grande proportion qu'en Pologne. La réflexion française est marquée par une grande densité, ce qui a permis non une réaction législative en 2001, mais également l'établissement d'un premier bilan de la situation[237].

139. Plan. La sexualité des personnes vulnérables fait l'objet d'une normalisation (§ 1). Elle manifeste l'autonomie grandissante du patient face à l'acte médical indépendamment de son caractère thérapeutique ou non (§ 2).

§1 : La normalisation de la sexualité vulnérable

140. L'introduction de la vulnérabilité sexuelle dans la norme juridique. La sexualité des personnes handicapées mentales a été longtemps un sujet *« marginalisé »* par la norme, stigmatisé socialement et ignoré juridiquement. Carrément oubliée, elle ne sera pas réglée par la loi française avant 2001. En Pologne, elle semble être toujours occultée et de ce fait

[237] Le 7 mars 2008, le Sénat organisait « *Collectif handicaps et sexualité* », la réflexion a été consacrée plus particulièrement à amélioration de l'intimité sexuelle des personnes handicapées. Ce collectif a été inspiré par un colloque préalablement organisé à Strasbourg le 27/28 avril 2007 sur « *Dépendance physique : intimité et sexualité* »

aucune disposition ne protège ces patients. Tant la doctrine polonaise que le législateur lui-même ne manifestent d'intérêt pour la résolution de ce problème. En pratique, les patients handicapés mentaux sont donc exposés, voire condamnés, à une psychopharmacologie renforcée. Seule une situation médicale, voire un motif thérapeutique, peut justifier leur stérilisation. Le législateur français, au contraire, a fait preuve d'une grande sagesse en donnant à chaque personne handicapée la possibilité de s'exprimer. L'identification du patient se fait, en droit français, par référence aux critères médicaux et civils. Même si le consentement de la personne est systématiquement recherché, il n'est pas un élément obligatoire et prédominant. Néanmoins, un certain nombre de garanties instaurées par la loi, empêchent que l'opération de stérilisation contraceptive soit qualifiée d'eugénique. Car la stérilisation contraceptive intervient comme une méthode ultime lorsque les autres solutions ne sont efficaces ou lorsqu'elles ne peuvent pas être mises en place vue de l'état de santé du patient. Ce modèle peut servir de modèle-type pour le législateur polonais toujours réticent même à la légalisation de la stérilisation contraceptive des patients en bon état de santé mentale. La subjectivité du patient est donc, plus spécialement dans domaine délicat de sexualité vulnérable, quasiment écartée de la norme polonaise et soumise au régime général. Avant d'analyser les garanties offertes par la loi aux personnes handicapées mentales (2), il faut définir la notion du patient incapable et ses droits (1).

A. L'interprétation relativement extensive d'un handicap mental

141. Présentation. Par un avis du 6 juin 1998, la Cour de cassation[238] s'est prononcée explicitement sur le statut des majeurs en tutelle faisant l'objet d'opérations de stérilisation en nombre, de 25 000 à 30 000 par année[239]. Elle a confirmé clairement la soumission de ces patients au régime commun de la stricte prohibition pénale. Dans ce contexte, il est nécessaire de préciser les objectifs et les enjeux de la légalisation de ce type d'opérations, qui ont été largement inspirés par des avis du Comité Consultatif National d'Éthique. La protection des personnes handicapées mentales est particulièrement complexe, elle comporte un volet préventif (1). Elle repose sur le respect de la volonté du patient vulnérable (2), la prise en compte de cette vulnérabilité inspire des interrogations sur la légalisation de l'assistance sexuelle pour les personnes handicapées (3).

---

[238] Avis de la Cour de cassation du 6 juin 1998, RTDC 1998, p. 881, avec note de J. Hauser ; Médecine et Droit 1998, n° 31, p. 12 ; Droit de la Famille 2000, n° 2, avec note de N. Raynaud ; Droit de la Famille 1998, n° 161, avec note de P. Fossier ; Gazette du Palais 1998, 1, doctrine, p. 2

[239] Ces chiffres ont été proposés par T. Fossier et T. Verheyde, *in La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs, L. n° 2001-588, 4 juillet 2001,* JCP, éd. gén., 25 juillet 2001, n° 30, p. 1477 à 1479

1. Légiférer pour mieux protéger

142. Protection destinée à la prévention. En vertu de la Déclaration des droits du déficient mental adoptée par l'ONU le 20 décembre 1971, la personne handicapée mentale doit *« dans toute la mesure du possible, jouir des mêmes droits que les autres humains »*, elle « *doit être protégé contre toute exploitation, tout abus ou tout traitement dégradant »*[240]. Les personnes handicapées mentales sont doublement vulnérables, objectivement par leur maladie et subjectivement par le regard que les autres portent sur eux. Leur situation de fragilité psychologique peut être encore aggravée par une éventuelle détresse matérielle et un désintérêt de la part des proches. La doctrine française cite de nombreux exemples d'opérations abusivement réalisées à l'insu du patient à l'occasion d'un autre acte chirurgical et en l'absence d'un véritable consentement. La presse a retenu également des cas de stérilisations forcées effectuées dans les établissements accueillant des malades mentaux. La violence potentielle est donc double : à la fois institutionnelle et individuelle. Madame D. Cristol évoque les tristes épisodes médiatisés concernant les maisons d'accueil spécialisées et les foyers-logements où l'admission a été subordonnée à une stérilisation du *« candidat-usager »*[241]. Les dispositions françaises de la loi du 4 juillet 2001 ont donc créé une protection qui pourra être qualifiée de subsidiaire. Leur impact est plus global dans la mesure où elles peuvent favoriser l'adaptation ou l'intégration sociale des handicapés mentaux. Un autre aspect n'est pas à négliger, il s'agit du volet préventif concernant les violences sexuelles, les viols criminels ou les grossesses risquées.

143. La personne handicapée mentale dans la norme juridique française. Il semble que la notion d'handicap mental dans l'article L.2123-2 du code de la santé publique est très extensive. Cet article précise qu'il s'agit d'une *« personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle »*. L'altération de facultés mentales doit constituer un handicap. Or, à la population des patients handicapés mentaux peuvent appartenir également les personnes avec un handicap mental qui ne sont pas protégées par aucun régime juridique tel que la curatelle ou la tutelle. Dans cette hypothèse, leur protection relève du régime général. Elles ne peuvent pas, en l'absence d'un placement sous tutelle ou sous curatelle, être soumises à une opération de stérilisation contraceptive. *« L'imprécision dans la formulation des critères pouvant servir de fondement à une légalisation sur la stérilisation volontaire, laisse nécessairement*

[240] A. Boumaza, *La stérilisation contraceptive et le handicap mental après la loi du 4 juillet 2001*, RDSS 2002, p. 250
[241] D. Cristol, *Personnes handicapées*, RDSS 2005, p. 1062

transparaître un risque de banalisation des stérilisations abusives en toute impunité pénale »[242].

2. La délicate question du consentement

144. Le droit d'expression définitivement instauré. La différence fondamentale par rapport à la procédure classique, tient au fait que l'intervention est le plus souvent demandée par un tiers : la famille ou l'institution. Naturellement, la décision ne doit pas être considérée comme régulatrice des conflits familiaux et libératrice d'un problème gênant, mais elle doit être adaptée à la nature du handicap mental et aux aspirations de la personne concernée. La loi du 4 juillet 2001 a reconnu aux malades mentaux un véritable droit d'expression comparable au droit d'un mineur hospitalisé, selon la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé. Au-delà de cet aspect, une difficulté apparaît en cas de discordance entre la position du malade, qui exprime vivement un désir d'avoir un enfant, et les éventuelles répercutions psychologiques liées à la stérilisation[243] qui rend la personne infertile. Le juge est placé devant la nécessité de déterminer si la personne est capable, malgré son handicap, d'assumer les risques et les dangers d'une maternité. Il apprécie donc les complications susceptibles d'apparaître du côté de la future mère ou du père, et du côté de l'enfant à venir. Son jugement doit se baser sur une certaine objectivité médicale individualisée selon le cas donné.

145. Le principe du « consentement libre et éclairé ». Peut-on prétendre que les personnes inaptes mentalement sont capables de consentir pleinement, et de comprendre toutes les conséquences médicales de la stérilisation définitive? Si la décision favorable est prise malgré l'opposition de la personne intéressée, cette dernière peut s'estimer en quelque sorte *« victime »*[244]. Sans doute le juge des tutelles qui forge sa conviction doit rester sensible au comportement de la personne handicapée face à la demande de stérilisation. Toute une gamme de situations reste possible, comme : le mutisme total, le désintérêt ou même la

---

[242] A. Boumaza, *La stérilisation contraceptive et le « handicap mental » après la loi du 4 juillet 2001,* RDSS, juin 2002, p. 237-238 ; T. Fossier, *La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeures, la Loi n° 2002-588, 4 juillet 2001,* JCP, éd. gén., 2001, n° 30, p. 1477

[243] G. Mémeteau, *La stérilisation des malades mentaux,* éd. Synapse 1989, n° 50, p. 49 ; A. Marcelli, *Le médecin, juge, l'avocat et l'incapable,* Gazette du Palais 2 janvier 1998, p. 11 ; G. Mémeteau, *Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois bioéthiques,* JCP, éd. gén., 1995, I, 3838 ; A. Boumaza, *La stérilisation contraceptive et le « handicap mental » après la loi du 4 juillet 2001,* RDSS, n° 2, avril-juin 2002, p. 246

[244] A. Boumaza, *La stérilisation contraceptive et le « handicap mental » après la loi du 4 juillet 2001,* RDSS, n° 2, avril-juin 2002, p. 246 ; A. Giami, H. Leridon, *Les enjeux de la stérilisation,* Rapport INSERM/INED, du 30 mars 2000, Questions en santé publique, p. 346

résistance physique, ou le refus de participer à une prise de décision. Dans ces hypothèses, il est évidement difficile d'obtenir un consentement libre et éclairé du patient. L'intervention du juge des tutelles et des experts semble être alors indispensable.

3. L'avenir de l'assistance sexuelle pour les personnes handicapées

146. Un avenir très incertain. La loi reconnaît le caractère particulièrement vulnérable de la sexualité chez les personnes handicapées. Mais, dans l'état actuel du droit, tant français que polonais, *« l'accompagnement érotique »* de cette catégorie de population est considéré paradoxalement comme une sorte de proxénétisme aggravé impliquant des personnes vulnérables. Ce phénomène, qui n'est pas nouveau, demande à être réglementé. Si en Pologne, l'ensemble de la doctrine pénale se prononce contre toute légalisation, une réflexion sensible à la situation des personnes handicapées est déjà menée en France, notamment par les chercheurs de l'Institut de Sciences Criminelles et de Droit Médical à l'Université de Lorraine à Nancy. Ces derniers s'inspirent de l'expérience législative de certains pays européens tels que la Hollande, le Danemark, l'Allemagne et la Suisse. Ces pays ont adopté la possibilité d'apporter un accompagnement affectif et sexuel aux personnes handicapées. Néanmoins, si l'idée de l'assistance sexuelle *stricto sensu* est défendable et acceptable, l'idée d'une assistance affective présente des ambiguïtés. Comment payer pour avoir cette affection et cet amour ? Sur le plan strictement juridique, l'assistance sexuelle pourra être vue comme une manifestation concrète de la pleine jouissance des libertés fondamentales prévues par la Convention relative aux droits des personnes handicapées de l'ONU du 16 décembre 2006. Sur le terrain du droit interne français, la référence directe à la loi du 11 février 2005 sur l'égalité des droits des personnes handicapées permet d'envisager une compensation des handicapés physiques privés de toute activité sexuelle par le financement de visites des malades chez les assistantes sexuelles. Cependant, les pénalistes peuvent rester légitimement hostiles à ce type de services sexuels offerts au nom de la solidarité nationale en référence à l'article 225-5 du code pénal réprimant le proxénétisme de soutien. Car il s'agit avant tout d'exercer des activités ambiguës rémunérées et effectuées par des *« agents spécialisés »* sur les personnes les plus vulnérables de la société. Quel statut donner à cette nouvelle profession, comment la former et comment définir les compétences professionnelles ? Il est difficile d'imaginer, que la société soit prête à accepter le financement de massages érotiques, de caresses, d'expériences sexuelles impliquant la masturbation, l'érection et l'exhibitionnisme, même dans un but purement thérapeutique. L'assistance sexuelle est difficilement définissable. On peut faire appel aux trois notions qui gravitent autour du

phénomène : l'aide humaine, la manifestation de la liberté sexuelle, et la prestation de compensation du handicap. Cependant, aucune d'entre elles ne semble être parfaitement adaptée[245].

B. Les garanties offertes par la loi aux patients handicapés mentaux

147. Le droit au respect de l'intimité. La protection de l'intégrité physique de l'individu déficient passe par la reconnaissance de son droit à une vie amoureuse et sexuelle, non seulement active mais épanouie. Le législateur français a choisi une procédure inhabituelle et formaliste, mais un tel choix semble être justifié face à la personne vulnérable. Elle sera dorénavant libre. Le juge va trancher après avoir demandé une consultation et une expertise préalables. De ce fait, la stérilisation thérapeutique des handicapés mentaux repose sur les principes généraux du droit. Le droit français impose une procédure qui permet d'éviter toute connotation eugénique (1), elle implique la participation du juge des tutelles et l'intervention des experts (2).

1. L'exclusion de toute connotation eugénique

148. L'organisation personnalisée de l'opération. En l'état actuel du droit français, le recours à la stérilisation des personnes handicapées mentales ne peut être perçu comme une manifestation eugénique de sélection sociale. Une série d'arguments vient appuyer ce point de vue. En premier lieu, le contenu de l'article L.2123-2 du code de la santé publique exclut toute dimension collective, tant dans l'organisation de l'opération que dans la description de la catégorie des destinataires. En deuxième lieu, la stérilisation contraceptive est autorisée par voie d'exception. L'acte médical peut être proposé mais pas imposé, sauf par décision du juge des tutelles, donc d'une instance indépendante de l'entourage familial du malade. Cette disposition désigne également le patient potentiel comme une personne singulière. De plus, il ne s'agit pas de l'ensemble de la population des handicapés mentaux, mais de celle définie par les références civiles. Les mineurs sont également exclus. Enfin, l'autorisation de la stérilisation des handicapés mentaux est compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme. Tel était le constat du Conseil d' État après l'examen des dispositions du code de la santé publique le 26 septembre 2005[246].

---

[245] F. Caballero, *Droit du sexe*, éd. gén., LGDJ 2010, p. 142-143

[246] CE, 26 septembre 2005, n° 248357, Gazette du Palais 1 avril 2006, n° 101 : « *Les dispositions du Code de la santé publique relatives à la stérilisation d'une personne handicapée sont compatibles avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »

2. La procédure formalisée

149. Le rôle du juge des tutelles. Il est un pivot de cette procédure judiciaire marquée par le développement considérable du formalisme judiciaire et du volet consultatif. Les deux caractéristiques citées n'ont pas pour autant de connotation péjorative, car elles permettent au juge de rester un garant primordial du respect des droits de la personne handicapée. Sa première démarche consiste à examiner la recevabilité de la demande, ensuite l'opportunité de l'intervention médicale. Son interprétation doit être rigoureuse. D'une part, il apprécie *in concreto* toutes les circonstances, plus particulièrement la réalité de l'incapacité et l'état des relations familiales. Plus particulièrement, il devra s'assurer que la personne malade mentale ne fait pas l'objet de pressions. D'autre part, l'objectivité de la décision exige la prise en compte des fluctuations de la notion même de handicap mental. Contrairement à la situation polonaise, où la décision est prise par le tribunal des affaires familiales, l'intervention du juge des tutelles reste un moment clé de la procédure, et peut être inspiré soit par la personne en question, soit par son entourage familial en vertu de l'article L.2123-2 du code de la santé publique. Le législateur français a mis à la disposition du juge les moyens permettant d'éclairer le processus décisif : l'obligation d'audition de la personne handicapée, des parents, du tuteur et toute autre personne jugée utile. Il recueille l'avis d'un comité d'experts en vertu des articles R.2123-1 et suivants du code de la santé publique. En pratique, tant en France qu'en Pologne, la personne incapable se trouve en dehors du processus décisif. Le juge doit trouver un équilibre entre le désir personnel du patient incapable, mais potentiellement fertile et donc exposé aux grossesses à risques. La mission du juge français est donc *« ... de ne pas protéger les handicapées contre l'arbitrage de l'autorité publique mais contre la décision des parents ou de l'entourage de la personne handicapée, c'est-à-dire contre des simples citoyens »*[247].

150. L'intervention d'experts. La réunion d'un comité d'experts permet une clarification de la situation médicale sans doute très précieuse pour un juge des tutelles naturellement incompétent dans ce domaine. Il transmet son avis purement consultatif au juge et au demandeur. Le comité dispose également du droit à consulter les personnes extérieures qualifiées, puis à évaluer les contre-indications et les risques potentiels pour le patient. Les articles R.2123-1 à R.2123-7 du code de la santé publique précisent, depuis le décret du 3 mai 2002, qu'il s'agit aussi bien des risques psychiques que physiques évalués par les

[247] M. Muke, *La stérilisation des handicapées mentales en France au regard des droits de l'homme,* l'article publié sur le site http://www.feministes.net/stérilisation_handicaps.hmt

spécialistes dans chaque département. Cependant, la décision finale appartient au juge. Il dispose également de la liberté de consulter facultativement les autres personnes de son choix aussi bien dans l'entourage proche qu'en dehors du cercle familial, par exemple le curateur, les assistantes sociales, les éducateurs. Dans cette catégorie peut se trouver un représentant légal. Il est donc possible, même parfois préférable, que la personne soit assistée par un avocat qui pourra apporter un regard à la fois bienveillant et extérieur. Cette assistance dépend de la décision du juge. Selon Monsieur F. Fresnel[248], elle peut se fonder également sur une règle plus générale de droit civil, celle de l'article 1261 du code de procédure civile qui permet la présence d'un avocat pour représenter un majeur sous tutelle.

151. Plan. La vulnérabilité sexuelle a été introduite dans la norme juridique. Par conséquent, le statut de patients handicapés mentaux face à l'acte médical est marqué par une autonomie décisionnelle (§2).

§ 2 : L'autonomie de plus en plus affirmée du patient face à l'acte médical

152. Le regard porté sur le patient. Le fait d'être capable ou incapable est un élément prédominant dans l'encadrement de l'autonomie du patient face à l'intervention chirurgicale. L'accessibilité à l'acte de stérilisation contraceptive fait apparaître une divergence entre les droits français et polonais. Elle est largement préservée pour une personne capable et relativement limitée pour une personne incapable. En revanche, quel que soit le niveau d'incapacité mentale du patient, l'information médicale doit être systématiquement délivrée et le consentement doit être recueilli. Avant de voir la justification des limites imposées aux personnes handicapées mentales (B), il convient d'étudier l'étendue de l'autonomie des personnes capables (A).

A. L'autonomie bien préservée de la personne capable

153. Présentation. Aucune définition juridique du patient n'apparaît ni en droit français, ni en droit polonais. Pourtant, le patient bénéficie d'un certain nombre de prérogatives, de plus en plus nombreuses qui peuvent être invoquées pour faire reconnaître ses droits. L'objectivité de l'action médicale rencontre la subjectivité de la volonté du patient dans le cadre d'une

[248] F. Fresnel, *La stérilisation volontaire contraceptive, Interview*, Dalloz 2001, n° 26, p. 2045-46

relation qui évolue. Elle diffère en droit français et en droit polonais. En France, il s'agit d'une relation de collaboration entre deux sujets bénéficiant des droits ; en Pologne cette relation entre le patient, demandeur des soins et le médecin, réalisateur technique est restée paternaliste. Le patient doit être, préalablement à l'acte médical, informé sur toutes ses conséquences (2). Les droits médicaux français et polonais conditionnent la légalité de l'intervention médicale par le consentement du patient (1).

1. L'étendue de l'autonomie de la personne capable

154. Le principe du consentement à l'acte médical. La divergence entre les deux systèmes pénaux se situe dans l'accessibilité. En droit pénal polonais, l'autonomie de la volonté du patient garde sa place primordiale uniquement en cas d'opérations thérapeutiques modifiant les capacités de procréer mais elle demeure ignorée en matière de stérilisation contraceptive, toujours considérée comme illicite. C'est le droit français qui, dans son évolution, a mis davantage l'accent sur le respect de l'individualité du patient. Bien avant la légalisation de la stérilisation contraceptive, M.-J. Auby écrivait qu'au *« du plan de la liberté individuelle, il est bien net que la femme doit être entièrement libre de son corps et doit pouvoir se faire stériliser, si elle le désire, quel que soit le motif »*[249]. Ni la complexité de l'art médical ni les exigences strictes professionnelles ne servent de freinage. *A contrario,* elles constituent une sorte de garantie de la qualité de l'intervention et de la protection du patient contre les abus des non-professionnels. La reconnaissance de l'autonomie se manifeste par l'exigence absolue du consentement à l'acte médical. Le 31 mars 2006, la Cour d'appel de Varsovie a rappelé l'illégalité d'une intervention médicale accomplie conformément aux règles de l'art, mais sans le consentement du patient[250]. En droit polonais, le consentement *post factum* est également illicite, il ne peut pas servir au médecin pour prouver la légalité de son action. L'exigence commune de la loi française et de la loi polonaise est l'information préalable portant sur la phase préalable et postérieure à l'opération. L'étendue de l'information selon une décision de la Cour d'appel de Poznań en date du 29 septembre 2005, comporte toutes les informations utiles sur la méthode proposée, le risque et les conséquences possibles à prévoir. Elles vont permettre au patient de prendre une décision objective et intelligente par rapport au traitement envisagé[251].

---

[249] M.-J. Auby, *Un droit à la stérilisation ?*, Mélanges à l'hommage de J. Robert, p. 19
[250] CA de Varsovie, 31 mars 2006, affaire n° I ACa 973/05
[251] CA de Poznań, 29 septembre 2005, affaire n° I ACa 236/05 ; Sur l'obligation d'information en droit polonais : CS, 28 septembre 1999, affaire n° II CKN 511/98 ; CS, 1 avril 2004, affaire n° II CK 134/03

2. L'obligation de donner une information adaptée

155. En France. En vertu du principe classique de la loi française exprimé par la Cour de cassation en 1837, le consentement préalable de la future victime à un acte illégal n'a aucune valeur légale[252]. L'indifférence par rapport au consentement est confirmée par la fameuse affaire dite des *« Stérilisés de Bordeaux »* en 1937. L'article L. 2123-1 du code de la santé publique issu de la loi du 4 juillet 2001 apporte des précisions explicites sur la ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive. Le médecin *« doit au cours de la première consultation informer la personne des risques médicaux qu'elle encourt et des conséquences de l'intervention, lui remettre un dossier d'information écrit ... »*. La forme et la transmission de l'information semblent essentielles car elles façonnent la conscience du patient, d'autant plus que la décision finale autorisant l'accès à l'opération chirurgicale dépend de l'état de discernement de la personne. Le patient donne sa réponse dans un délai de réflexion de quatre mois. En vertu de l'article 16-3 du code civil français, le recours à l'opération doit être motivé par une nécessité médicale, le consentement est recueilli préalablement à l'opération. Le but d'une telle résolution reste, sans doute, la volonté de minimiser les risques potentiels. L'obligation d'obtenir le consentement du patient est donc positive. L'article L.2123-2 du code de la santé publique dispose que l'information adressée à la personne handicapée mentale devra être *« adaptée à son degré de compréhension »*. En France, l'information préalable est soumise au régime général de l'article L.1111-2 du code de la santé publique. Un dossier d'information écrit est transmis au patient. Il est permis de constater que le rôle du médecin consiste actuellement à informer et à conseiller, à apporter un degré complémentaire dans la détermination de la volonté, et plus à prendre la décision[253]. Un élément de similitude avec l'interruption de grossesse apparaît ici car il dispose du droit d'évoquer la clause de conscience selon l'article L.2212-8 du code de la santé publique. Selon l'article L.2123-1 du même code, si le médecin refuse de pratiquer l'intervention médicale, il doit informer l'intéressée de son refus dès la première consultation.

156. En Pologne. La loi du 28 octobre 1950 sur la profession de médecin et dentiste imposait, en Pologne, une obligation d'information sans exiger la forme écrite. Ensuite, après la réforme de cette loi le 5 décembre 1996, le consentement écrit est devenu obligatoire, tout comme l'exigence d'une information adaptée sur l'état de santé et, *in fine*, l'accès au dossier

[252] Cass. Crim., 22 juin 1837, Sirey, 1837, 465 ; Cour de cassation, Chambre réunie du 15 décembre 1937, Sirey, 1938, p. 175
[253] Code de la santé publique, éd. Litec 2005, p. 349

médical[254]. L'article 34 dispose que *« Le consentement est écrit est exigé lorsque l'acte médical à une forme de l'opération chirurgicale ou de l'acte de diagnostic est susceptible de mettre en danger la vie du patient »*[255]. Le code pénal polonais du 6 juin 1997 a introduit l'article 192 qui dispose, que l'acte médical accompli sans le consentement du patient est puni d'une amende, soit d'une peine privative allant jusqu'à 2 ans d'emprisonnement. Cette infraction ne peut être poursuivie, que par la voie d'une action de la personne victime. La disposition semble être assez restrictive, car elle pénalise, en principe, chaque acte médical dès que le consentement n'a pas été établi préalablement à l'acte. Néanmoins, l'article 35 de la même loi dépénalise l'absence du consentement lorsque des perturbations imprévues apparaissent lors de l'opération chirurgicale et nécessitent immédiatement le changement de la méthode choisie auparavant. L'accomplissement d'un acte de stérilisation thérapeutique sans le consentement exprimé directement est incriminé par l'article 192 du code pénal polonais et peut être comparé avec l'article 11§2 en provoquant l'accumulation des peines[256]. La reconnaissance de l'autonomie de la personne capable à travers son consentement, en droit pénal français et polonais, est une valorisation de la personne elle-même et de sa volonté de choix. Pour Monsieur R. Kędziora, *« dans une décision dans laquelle il faut nécessairement faire un choix entre la volonté du patient et la protection de la santé et la vie, dans une société démocratique, le droit à une décision libre est de premier ordre »*[257].

B. L'autonomie toujours relative de la personne incapable

157. Présentation. La place attribuée à la personne incapable face à l'intervention chirurgicale est similaire en droit français et polonais quant à l'identification du patient mais diffère quant à l'accessibilité de l'action médicale. Dans les deux systèmes, indépendamment de la vocation thérapeutique ou non de l'action médicale, la stérilisation chirurgicale des mineurs reste interdite. La sémantique du mot *« incapable »* est réservée ici aux altérations

---

[254] Sur le principe de l'information adaptée : comme en Pologne, la jurisprudence française exige que l'information soit adaptée à l'état de compréhension du patient ; La Cour d'appel de Nancy a déclaré la responsabilité d'un établissement public où on a réalisé une opération de stérilisation tubaire. En l'absence d'une information, une jeune fille a été déclarée victime après d'avoir donné naissance à des jumelles peu de temps après une stérilisation chirurgicale, CA de Nancy, 30 septembre 1993, Gazette du Palais, Panorama de droit administratif, Médecine et droit, mai-juin 1994, p. 62 ; Pour la jurisprudence française, le devoir d'information est satisfait par la remise d'une note mentionnant les risques d'échec de la stérilisation avant l'opération, Note sous le Conseil d'État, 2 juillet 1982, Dalloz,1984, jurisprudence, p. 427

[255] La loi sur la profession de médecin et de dentiste du 5 décembre 1996, Journal des Lois 1996, n° 28, position 152

[256] L'article 11§2 du code pénal polonais prévoit une accumulation de qualifications, voir des peines lorsqu'un acte punissable comporte lui-même les éléments de deux ou plusieurs infractions pénales

[257] L. Kędziora, *Les problèmes liés au consentement du patient à la lumière de la législation médicale en Pologne*, Parquet et Droit 2003, n° 7-8, p. 41-46

des facultés mentales chez une personne majeure. L'identification s'effectue en référence aux critères à la fois civilistes et médicaux (1). Il convient d'étudier une éventuelle opportunité de légiférer sur la stérilisation thérapeutique des patients capables en droit polonais (2).

1. L'identification du patient par les références civiles et médicales

158. Les références au statut civil du patient en France. En l'absence d'une définition pénale, tant le droit français que polonais encadrent le handicap mental par référence aux notions civiles, pourtant très larges et loin d'être précises. L'article L.2123-2 du code de la santé publique définit le patient comme se trouvant sous tutelle ou curatelle, une formulation de droit civil appliquée dans le régime de protection en vue d'assurer la gestion patrimoniale et dans le cas des pathologies les plus graves. Cette approche semble être assez restrictive, car elle réserve le recours à la stérilisation contraceptive uniquement aux personnes souffrant d'un handicap mental essentiel. Elle n'est pas confirmée sur le plan pénal où l'état de santé reste encadré de façon très générale, sans aucune exigence directe d'un handicap grave. Elle n'est pas accessible aux mineurs.

159. En Pologne. L'article 21 de la loi du 19 août 1994 sur la protection de la santé psychique dispose que la personne souffrant d'une altération des facultés mentales peut faire l'objet d'un examen médical sans le consentement librement et préalablement exprimé, dans les deux cas suivants : lorsque les troubles psychiques peuvent menacer directement sa vie ou sa santé, ou lorsqu'elle est incapable de satisfaire personnellement les besoins fondamentaux de sa vie privée[258]. Naturellement, cet article ouvre la porte à une éventuelle stérilisation thérapeutique. La loi du 5 décembre 1996 sur la profession de médecin et de dentiste, dans son article 32 dispose que le recours à une opération chirurgicale, donc la stérilisation thérapeutique, doit être décidé par le tribunal des affaires familiales, plus particulièrement lorsqu'il y a une contradiction entre la position prise par la personne intéressée (handicapée mentale) et son représentant légal, c'est-à-dire son tuteur. Toutefois, lorsque l'état de la personne le permet, son consentement doit être recherché[259].

160. L'identification médicale du patient. En droit polonais, la stérilisation est admise pour des raisons strictement thérapeutiques, en France pour des raisons à la fois thérapeutiques et

[258] La loi du 19 août 1994 sur la protection de la santé psychique, Journal des Lois 1994, n° 111, position 535

[259] La loi du 5 décembre 1996 sur la profession de médecin et de dentiste, Journal des Lois 2005, n° 226, position 1943

contraceptives, mais toujours comme un moyen individuel, privé de toute connotation eugénique. La loi française offre aux handicapés mentaux une attention beaucoup plus significative que la loi polonaise, qui semble ignorer la sexualité de ce type de patients[260]. À cet égard, la stérilisation contraceptive instaurée en France par la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, constitue, en quelque sorte, un élargissement de l'autonomie de la personne incapable par rapport aux dispositions polonaises. En conséquence, la considération de l'état de santé est en France beaucoup plus significative. L'article L.2123-2 du code de la santé publique définit le patient. La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive est exclue pour les mineurs et *« elle ne peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap ... »* et *« … lorsqu'il existe une contre-indication médicale aux autres méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement »*. Les deux conditions sont altérnatives. Si un handicap lourd peut convaincre probablement le juge d'autoriser la stérilisation, c'est dans le cas d'un handicap léger que l'appréciation de la demande suscite une profonde interrogation sur la dignité de la personne handicapée, ses limites et la responsabilité de l'homme face à la procréation. L'état de santé dépend du degré d'autonomie de la personne, qui naturellement devra être envisagée comme une notion évolutive. La façon dont le patient handicapé perçoit le monde extérieur, son entourage, ses influences restent déterminées par la nature du handicap. Dans le cas d'une altération de discernement, c'est le niveau de conscience qui est en jeu. Selon le Comité Consultatif National d'Éthique, la capacité de comprendre la nature et les conséquences de l'acte de stérilisation suppose pour la personne handicapée *« qu'elle ait tout au moins une idée du lien entre l'acte sexuel, grossesse et maternité, qu'elle comprenne la différence entre un état de fertilité et de stérilité »*[261]. Cette clarté semble être d'autant plus essentielle, que ces opérations sont *de facto* irréversibles et concernent en majorité des jeunes filles susceptibles de tomber enceintes. Elles peuvent donc poursuivre leur vie sexuelle, mais sans un plein épanouissement de la vie familiale. L'hypothèse de handicap mental met l'accent sur les signes d'instabilité émotionnelle et des troubles de la personnalité qui excluent la

---

[260] Sur la stérilisation des personnes handicapées en France : F. Fresnel, *La stérilisation des handicapés mentaux*, Médecin et Droit 1998, n° 31, p. 12 ; T. Fossier, P. Darrieux, *La contraception et les personnes handicapes mentales, le point de vue des juges*, Gazette du Palais 2-6 janvier 1998, p. 9 ; A. Bernard, D. Siroux, *Réglementation de la stérilisation chez les personnes handicapées mentales à l'étranger*, Cahiers du CCNE, 1996, n° 8 ; J. Massip, *Peut-on procéder à la stérilisation d'un mineure incapable ?*, Petits affiches, 3 juin 1998, p. 20 ; G. Mémeteau, *Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois bioéthiques*, JCP, éd. gén. 1995, I, n° 3838 ; R. Sefton-Green, *Plaidoyer pour la reconnaissance de règles de droits préventives*, LPA 1999, p. 22 ; G. Mémetaux, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, Médecine et Droit, 1998, n° 29, p. 15

[261] Rapport du CCNE sur la contraception chez les personnes handicapées mentales du 3 avril 1996

possibilité d'assurer la fonction maternelle ou paternelle. La loi polonaise protège le patient contre la limitation de la réparation civile lorsqu'elle prend sa source dans le comportement fautif causé par un handicap mental de la victime. En vertu de l'article 362 du code de procédure civile, l'obligation de réparation du dommage subi peut être diminuée lorsque la victime a contribué personnellement à la création du dommage, lorsqu'elle a causé l'aggravation du préjudice subi. La contribution directe du patient à son préjudice consiste, plus particulièrement, à l'ignorance des conseils donnés par le médecin, l'absence lors d'un rendez-vous de contrôle, le manquement à une obligation d'information sur les syndromes nouveaux, soit sur le changement de l'état de santé. Toutefois, lorsque le patient est une personne handicapée mentale, la modification de la mesure de réparation au titre du comportement fautif est exclue par la décision de la Cour Suprême de Pologne rendue le 12 mars 1966[262].

2. L'opportunité de légiférer en droit polonais

161. L'exigence actuelle de la vocation thérapeutique de la stérilisation. Est-il possible de légaliser la stérilisation volontaire en Pologne ? Actuellement, la majorité de la doctrine polonaise valorise le but exclusivement curatif de cet acte chirurgical. Par conséquent, il faut qu'il y ait une maladie relevant d'une catégorie objective médicale, pour qu'une éventuelle responsabilité puisse être retenue sous le régime de l'article 156§1 du code pénal et 192 du même code. La valeur de premier ordre est pour le législateur polonais la santé, envisagée comme capacité de réaliser la fonction reproductive, pour le législateur français c'est le choix du patient qui prime.

162. L'absence d'un consensus doctrinal. Le refus polonais se confronte en pratique à l'autonomie du patient, ce qui invite à la révision de l'obligation restrictive du motif thérapeutique imposée par le droit médical. Pour certains auteurs, parmi lesquels Monsieur L. Kubicki, l'acte thérapeutique doit s'interpréter de façon large, aussi bien comme une action sans finalité curative *sensu stricto*[263]. Monsieur M. Filar justifie la stérilisation thérapeutique par la voie d'une autorisation générale du médecin à accomplir les actes médicaux dans le cadre des compétences professionnelles[264]. Les partisans de la stérilisation contraceptive, comme la Fédération Polonaise pour les Femmes et la

[262] CS, 12 mars 1966, affaire n° III PR 18/66, citée par Nouveau Droit 1966, n ° 10, p. 1264
[263] L. Kubicki, *Une nouvelle responsabilité du médecin, infraction incriminée par l'article 192 du code pénal*, Droit et Médecine 2000, n° 2
[264] M. Filar, *Le droit médical*, Cracovie 2000, p. 5

Planification Familiale, soutenus par une certaine partie de la doctrine[265], évoquent la Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1997, notamment les articles 32[266] et 47[267] (le droit à la vie privée sans aucune discrimination) et 68[268] (le droit à la protection de la santé). Dans ce contexte, la capacité procréatrice devient une valeur individuelle et protégée par le pouvoir étatique. On peut donc noter qu'une éventuelle légalisation pourra se fonder, selon une certaine partie de la doctrine polonaise, sur le droit interne, et non sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme comme c'est le cas en France. Si le droit de chacun à une procréation libre n'est pas discutable, il n'équivaut pas à un droit à la suppression inconditionnelle des capacités procréatrices. Quels peuvent être les arguments *in favorem* de la légalisation de la stérilisation contraceptive en Pologne ? Un tel acte médical constitue une forme de contraception individuelle parmi les autres, déjà parfaitement légales. Sachant, que la contraception pharmaceutique exige un dosage quotidien et qu'elle n'est pas remboursée par la Caisse des Malades, la stérilisation contraceptive est une intervention chirurgicale unique et quasiment irréversible, donc moins chère. L'opération du patient n'est pas particulièrement complexe du point de vue médical, même si elle reste toujours une atteinte à l'intégrité corporelle. Elle exclut, en principe, le risque de complications et d'infections qui sont beaucoup moins grandes que dans l'utilisation des spirales et des stérilets. L'aspect psychologique n'est pas totalement à négliger, et en peut donner au patient un délai de réflexion pour qu'il puisse éventuellement renoncer à sa décision. La légalisation de la stérilisation contraceptive des personnes capables sera une reconnaissance de la personne elle-même, de l'étendue de son autonomie, et de sa différence. Le patient pourra subir, en toute légalité, les opérations non thérapeutiques exprimant sa volonté individuelle.

---

[265] E. Zielińska, *Les conditions de la légalisation de stérilisation*, État et Droit 1985, n° 9 ; A. Warek, *La stérilisation volontaire constitue elle une infraction ?*, État et Droit 1988, n° 8

[266] **L'article 32 de la Constitution polonaise dispose :** *« 1. Tous sont égaux devant la loi. Tous ont droit à un traitement égal. 2. Nul ne peut être discriminé dans la vie politique, sociale, économique pour une raison quelconque ».*

[267] **L'article 47 de la Constitution polonaise dispose :** « *Toute personne a droit à la protection de la vie privée et familiale, de l'honneur et de la réputation et à prendre de décision concernant sa vie personnelle ».*

[268] **L'article 68 de la Constitution polonaise dispose :** *« 1. Tout le monde a le droit à la santé. 2. Les autorités publiques doivent garantir un accès égal aux services publics de soins à tous les citoyens indépendamment de leur situation financière. 3. Les autorités publiques doivent assurer l'accès aux soins à tous les enfants, les femmes enceintes, les personnes handicapées et les personnes âgées..... ».*

Conclusion du Chapitre 2

163. Le patient dans la relation médicale. La volonté subjective du patient français est mieux prise en compte, car il est devenu un *« patient »* même en l'absence de toute pathologie. Son traitement s'effectue même lorsque sa demande vise un acte non thérapeutique Dans cette perspective, on voit que le législateur polonais devra se prononcer sur les soins des personnes incapables, car cette ignorance législative consacre un régime actuel qui prive des patients d'une protection juridique particulière et d'une prévention contre les grossesses compliquées ou non désirable chez les patientes handicapées mentales.

Conclusion du Titre 1

164. La prise en compte de la volonté subjective du patient dans la reconnaissance de la légalité d'un acte médical. La reconnaissance du droit à la contraception régulière est distincte de celle du droit à l'interruption de grossesse ; elle fait l'objet d'un régime particulier régi par le code de la santé publique en France et par la loi pharmaceutique en Pologne. Elle a rendu possible la maîtrise des capacités procréatives des femmes et des hommes en transformant profondément tant la sexualité individuelle que celle du couple. Pour une femme, le recours aux contraceptifs permet à la fois de contrôler sa fécondité et de maîtriser sa maternité, qui désormais devient une question de choix et non une fatalité.

165. Le droit à la liberté procréative reconnu aux mineurs et aux personnes handicapées mentales. Le droit français comporte des dispositions spéciales régissant la contraception destinée aux femmes mineures, aussi bien la contraception régulière que la contraception d'urgence. Elles n'ont pas d'équivalents en droit polonais. De même, le droit français permet la stérilisation contraceptive des personnes handicapées mentales, alors qu'en Pologne, la stérilisation à des fins contraceptives en l'absence de toute indication thérapeutique est interdite. Cette réglementation polonaise est beaucoup trop restrictive et mérite une révision législative allant vers un plus grade prise en compte de la volonté subjective des patients polonais. Sans tout vaut-il mieux prévenir les grossesses indésirables ou précoces dès lors qu'il est médicalement possible d'assurer cette prévention avec l'accord de la femme.

166. Plan. Si la réglementation concernant de la maîtrise de la procréation humaine par le contrôle des capacités procréatrices constitue un point de divergence entre les droits français et polonais (Titre 1), les deux systèmes pénaux se rapprochaient dans la reconnaissance explicite de la liberté de l'interruption de grossesse (Titre 2).

TITRE 2
LA MAÎTRISE DE LA PROCRÉATION HUMAINE PAR LE CONTRÔLE DES NAISSANCES ET L'INTERRUPTION DE GROSSESSE

167. L'interruption volontaire de grossesse comme une liberté fondamentale. Les droits pénaux français et polonais reconnaissent explicitement le droit à l'interruption de grossesse. Les deux systèmes ont une appréciation divergente lorsque la demande d'interruption de grossesse repose sur la situation personnelle de la femme, qui constitue une justification légale de l'acte en France, mais pas en Pologne. Si l'état de détresse figure directement dans la norme française, elle fait l'objet de nombreuses critiques fondées essentiellement sur sa dimension systématique et imprécise. Cette mesure peut être jugée parfois abusive du fait qu'elle est souvent évoquée par les femmes, lorsque le délai légal d'interruption volontaire de grossesse n'est pas dépassé. Sémantiquement, l'avortement est devenu une interruption de grossesse. Globalement, l'incrimination d'une interruption volontaire de grossesse est marquée en France par *« un adoucissement progressif de la répression, puis une dépénalisation de plus en plus caractérisée »*[269]. Les deux systèmes ont adopté une position similaire en ce qui concerne de la reconnaissance du droit à l'interruption médicale de grossesse (Chapitre 1).

168. Les conséquences d'un échec d'une interruption de grossesse. L'action en indemnisation est un élément de convergence entre les deux systèmes pénaux. L'action en responsabilité peut être déclenchée par les parents d'un enfant né handicapé quand le handicap est la conséquence d'une erreur commise dans l'exercice de l'art médical et éventuellement commise lors d'un échec d'interruption de grossesse ou de stérilisation. L'indemnisation est reconnue en France aussi bien par les juridictions de l'ordre judiciaire que de l'ordre administratif. Toute indemnisation demandée exige que soit démontrée l'existence d'un préjudice personnel et certain en lien de causalité direct. La faute du médecin est une condition indispensable à sa condamnation. Depuis la loi du 4 mars 2002, la démonstration en matière de preuve a été adoucie. En pratique, la notion de faute à retenir se rapprochait de la notion de faute pénale d'imprudence. La naissance préjudiciable peut donner lieu à une action en responsabilité déclenchée par l'enfant. Le caractère exact du préjudice subi sera décisif pour le choix de l'action à mener. L'indemnisation peut être attribuée dans le cas d'un handicap congénital non révélé fautivement aux parents avant la

[269] J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial,* éd. Cyjas 2010, n° 31, p. 46

conception ou la naissance. Dans les deux systèmes pénaux, la vie est une valeur protégée, car fondée sur le principe fondamental de la dignité humaine. En revanche, indemniser le préjudice de vie est juridiquement impossible aussi bien en France qu'en Pologne en l'absence d'un droit explicite de ne pas naître (Chapitre 2).

CHAPITRE 1
La liberté explicite d'interrompre la grossesse

169. En France : de la réglementation strictement pénale à la réglementation médicale. En France, l'avortement a longtemps fait l'objet d'une réglementation exclusivement pénale, et puni de la réclusion criminelle dans le code de 1810 pour une femme et un tiers. Le décret-loi du 29 juillet 1939 autorisait, pour la première fois, l'avortement thérapeutique lorsque la vie de la mère était en jeu. Ensuite, la réglementation française va évoluer sous l'influence des mouvements féministes et de libération sexuelle des femmes à partir des années 1960. Selon Messieurs J. Pradel et M. Danti-Juan, cette évolution était inspirée par le *« désir d'émancipation de la femme par l'effet duquel doit exister un choix entre continuation de la grossesse (morale) et interruption de la grossesse (liberté) »* et par l'*« inégalité entre les femmes aisées qui peuvent aller se faire avorter à l'étranger dans des conditions sanitaires souvent correctes et femmes plus pauvres qui doivent recourir en France à des praticiens sans compétences médicales »*[270]. C'est dans un tel climat social que le tribunal correctionnel de Bobigny a relaxé, le 22 novembre 1972, une adolescente qui s'est fait avorter *« en raison de contrainte d'ordre moral, familiale et social auxquelles elle n'a pu résister »*[271]. Dès la loi du 17 janvier 1975, l'interruption de grossesse devient la manifestation d'une liberté personnelle de la femme. Sous le code pénal de 1992, l'interruption illégale de grossesse est placée dans le chapitre *« De la mise en danger de la personne »*, à savoir de la personne de la mère (art. 223-1 et s.). La loi du 4 juillet 2001 a laissé un seul article dans le code pénal, l'article 223-10, alors que les articles L.2212-1 et s. du code de la santé publique ont été retouchés. L'interruption de grossesse devient un acte médical inséré dans la réglementation technique. Ainsi, le droit français a adopté un principe de la licéité de l'avortement. Il est directement consacré par la légalisation de l'auto-avortement, l'avortement pratiqué avant la fin de la 12ème semaine de grossesse (art. L.2212-1 du code de la santé publique) et de l'avortement pour motif médical (art. L.2213-1 du code de la santé publique). Il est indirectement consacré par l'article L.2223-2 du code de la santé publique qui réprime l'entrave à l'interruption de grossesse en réponse aux actions de *« commandos »* organisés par les opposants de l'avortement en vue de perturber le fonctionnement des hôpitaux où les interruptions de grossesse ont été effectuées. Sur le terrain pénal, seul l'article 223-10 du code pénal prévoit cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque l'interruption de grossesse est effectuée sans le consentement de la femme enceinte.

---

[270] J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas 2010, p. 46
[271] T. correctionnel de Bobigny, 22 novembre 1972, Gazette du Palais 1972, II, 890

170. En Pologne : l'interruption de grossesse est encadrée principalement par le droit pénal. La dépénalisation de l'interruption de grossesse est intervenue pour la première fois dans les années 1930. D'abord, le code pénal de 1932 autorisait, dans son article 233§2, l'interruption de grossesse pratiquée par un médecin lorsque la grossesse résulte d'un acte criminel. Ensuite la loi du 27 avril 1956 sur les conditions de l'interruption de grossesse a introduit la notion de détresse dans le code pénal qui a existé jusqu'à 1993. La législation pénale est devenue plus restrictive le 7 janvier 1993, car depuis, la détresse ne peut plus justifier une interruption volontaire de grossesse. Seules les origines criminelles sont susceptibles de motiver la demande de la femme enceinte dans le délai légal de 12 semaines après la conception. Le 27 mai 1997 le Tribunal Constitutionnel de Pologne a considéré que la vie de l'embryon dans la phase *in utero* a la même valeur que la vie de l'enfant après la naissance, il n'a pas remis en cause des règles de l'interruption volontaire de grossesse, mais il a renforcé la protection de la vie anténatele[272]. Le droit polonais, plus particulièrement depuis la loi du 8 juillet 1999 qui a introduit l'article 157a dans le code pénal, s'oriente vers la protection renforcée de la vie du fœtus.

171. Plan. Les deux systèmes juridiques sont marqués par la protection particulière accordée à la femme enceinte (Section 1). Si cette protection constitue un point de rapprochement entre le droit français et le droit polonais, la divergence existe en ce qui concerne de la protection de l'enfant à naître face à la décision de la femme de recourir à une interruption de grossesse (Section 2).

[272] L. Gardocki, *Droit pénal*, éd. CH BECK 2006, p. 225 ; J. Majewski, *La sanction pénale de l'avortement en Pologne et ses dernières modifications législatives*, État et droit 1997, n° 4 ; J. Majewski, W. Wró bel, *La protection pénale de l'enfant conçu*, État et droit 1993, n° 5

SECTION 1
L'appréciation divergente quant à la santé de la femme et de l'enfant : les cas des interruptions « sociales » de grossesse

172. La prise en compte de la situation personnelle de la femme enceinte face à sa demande d'interruption de grossesse. La prise en compte de la situation sociale ou matérielle de la femme face à sa grossesse n'est pas véritablement une situation nouvelle. Elle apparaît pour la première fois dans la théologie chrétienne durant le XVIème siècle, dans le cadre de la défense théologique de l'avortement. Cette théorie prônait la légitimité de la suppression de l'embryon non doté de l'âme durant les premiers 40 jours de grossesse. Le tribunal du pape Grégoire III jugeait l'avortement comme légitime dans deux cas. D'une part, s'il avait été commis par une fille qui était tombée enceinte au cours une liaison illégale, extra conjugale ou non, à condition qu'elle ait été menacée de mort d'une manière bien réelle (viol sous la menace de mort et avec la menace d'une arme). D'autre part, lorsqu'il avait été commis par une fille fiancée, mais se trouvant enceinte d'un autre homme. Elle pouvait alors avorter pour éviter tout déshonneur de son futur époux[273]. Cette situation historique montre que la détresse de la femme pouvait s'inscrire dans la morale de l'époque donnée, parfois sous l'influence des apparences qui protégeaient plus l'homme que la femme elle-même. Ce n'est pas cette jurisprudence ecclésiastique qui influença les législations européennes durant le XXème siècle, mais les mouvements politiques et féministes nouvellement nés. La prise en compte de la détresse fut introduite dans les systèmes pénaux français et polonais sous des inspirations variées et d'une façon différente. En Pologne, l'influence de la législation soviétique conduit au vote de la loi du 27 avril 1956 sur les conditions de l'interruption de grossesse[274]. En France, au contraire, ce sont des revendications des mouvements des féministes français, soutenues par une certaine partie de la gauche française, qui ont inspiré la vote de la loi du 17 janvier 1975, dite loi *« Veil »*[275]. L'incorporation de la notion de détresse dans le système normatif s'est fait en France et en Pologne de façon différente. En

[273] E. Zielińska, *Les appréciations juridiques et pénales de l'interruption de grossesse, Étude comparative,* Annales de l'Université de Varsovie, Varsovie 1986, p. 38-39

[274] A la même époque, on voit l'apparition des dispositions similaires dans la loi du 19 décembre 1957 sur l'interruption de grossesse dans la République Populaire de Tchécoslovaquie. Les indications médicales sont ici accompagnées d'un indice dénommé « *les autres raison méritant une intention particulière* ». Il sera difficile de trouver une expression encore plus généraliste; elle autorise toute sorte de détresse sociale, elle corresponde parfaitement à l'expression utilisée par le législateur polonais au sens de la loi du 27 avril 1956.

[275] Dans le même temps qu'en France, la détresse sera définie en Finlande par la loi du 27 mai 1975 dans l'article 9 qui a autorisé l'interruption de grossesse *« en cas d'indications permettant que la grossesse et l'accouchement seront trop difficiles pour la femme et pour sa famille proche en raison des difficultés sociales vraisemblables »*. En République Fédérale Allemande, la loi du 18 mai 1976 a prévu de la même façon la détresse sociale comme une indication à l'avortement.

droit pénal français, la référence à l'état de détresse s'est faite dans la loi et dans la jurisprudence. En droit polonais, la référence à l'état de détresse est ponctuellement encadrée par la voie législative, ensuite par une circulaire, pour se réduire définitivement à un aspect purement économique, et disparaître depuis la loi du 7 janvier 1993 relative à la planification familiale, à la protection de l'embryon humain et les conditions de l'interruption de grossesse.

173. La réglementation contemporaine conditionnée par des éléments objectifs et subjectifs. L'aspect objectif consiste à la prise en compte de la santé de la femme et de l'enfant, il est commun pour les deux systèmes de droit. Les règles de la protection de la vie utérine de l'embryon se situent dans les réglementations relatives à l'interruption de grossesse. L'aspect subjectif est réservé au droit français, il se manifeste sous la forme de l'état de détresse. La loi intervient pour limiter la liberté de la femme. Cette intervention est indispensable. Car d'une part, l'interruption de grossesse porte une atteinte arbitraire à l'intégrité de l'embryon et d'autre part, l'interruption de grossesse répond aux exigences relatives à la santé tant physique que morale de la mère. L'article L.2212-1 du code de la santé publique applique à l'égard de la femme l'expression *« une situation de détresse »* dans laquelle elle est placée. Avant analyser les qualifications pénales de l'interruption de grossesse susceptibles d'être retenues lorsque la grossesse est indésirable (§2), il convient d'étudier l'évolution de la notion de détresse en droits français et polonais (§1).

§ 1: La référence légale à la « situation sociale » de la femme

174. La femme dispose une liberté de procréer ou de ne pas procréer. Elle se retrouve en conflit avec les intérêts de l'embryon ou du fœtus, un conflit dans lequel elle a son dernier mot, au moins au début de grossesse. En France, tout comme en Pologne, elle peut mettre en avant sa liberté personnelle de devenir ou non mère. En France, en revanche, elle peut évoquer également ses préoccupations d'ordre économique. La *« détresse »*, telle qu'elle est visée dans l'article L.2212-1 du code de la santé publique, a été jugée, en Pologne, contraire à la Constitution. Le Tribunal Constitutionnel a considéré qu'il existe un certain équilibre de valeurs entre la vie de l'enfant *in utero* et celle de l'enfant après la naissance[276]. Le droit

[276] A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, éd. PUF, coll. Thémis 2009, p. 608 ; B. Mathieu, *Le droit à la vie*, Édition du Conseil de l'Europe 2005

accorde à la femme enceinte une autonomie décisionnelle assez vaste. Lorsqu'elle décide d'interrompre sa grossesse, la loi protège cette liberté en incriminant une entrave à l'interruption licite de grossesse. L'autonomie décisionnelle de la femme réaffirmée par la prise en compte de sa situation est plus forte par le droit français que par le droit polonais (A). Contrairement aux dispositifs français, le législateur polonais a écarté la détresse de la norme pénale (B).

A. L'autonomie décisionnelle de la femme et ses justifications

175. Présentation. Comment est définie cette notion de détresse ? Quels sont les éléments constamment présents dans l'état de détresse ? La comparaison des deux systèmes pénaux permet de donner une définition générale selon laquelle la détresse est une sorte de motif légitime de l'interruption de grossesse, une permission de la loi qui offre à la femme l'accès à un choix procréatif. Le droit d'interrompre ou de poursuivre la grossesse est protégé par la condamnation pénale de l'entrave à l'interruption volontaire de grossesse (1). Tant en droit français que polonais, la détresse est une sorte de la permission de la loi. Il convient analyser sur quoi est fondée sa légitimité (2).

1. Le droit d'interrompre ou de poursuive la grossesse

176. La liberté d'interrompre la grossesse est protégée par la condamnation pénale de l'entrave à l'interruption volontaire de grossesse en France. Le délit d'entrave a été créé par la loi du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social et placé dans l'article L.162-15 du code de la santé publique *« pour faire échec à l'action perturbatrice de manifestations hostiles à l'interruption volontaire de grossesse »*[277]. L'article L.162-15 disposait : *« Sera puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amande de 2000 F à 30 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher une interruption volontaire de grossesse (...) soit en perturbant l'accès aux établissements (...) ou la libre circulation des personnes à l'intérieure de ces établissements ; soit en exerçant des mesures tout acte d'intimidation à l'encontre des personnels médicaux et non médicaux travaillant dans ces établissements ou des femmes venues y subir une interruption volontaire de grossesse »*. La loi autorisait alors une présomption d'état de nécessité. En outre, selon la Chambre criminelle de la Cour de cassation, *« les établissements hospitaliers régulièrement autorisés à pratiquer les interruptions volontaires de grossesse n'ont pas à prouver qu'ils*

[277] M. Veron, *Droit pénal spécial*, éd. Sirey 2008, p. 128

respectent les exigences de la loi Veil »[278]. Ce texte a été modifié par la loi du 4 juillet 2001 et incrimine à l'article L.2223-2 du code de la santé publique le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher une interruption de grossesse en perturbant l'accès aux établissements, la libre circulation des personnes à l'intérieur. Selon la cour d'appel de Bordeaux, la peine prévue, à savoir un emprisonnement de deux ans et une amende de 30 000 euros, s'applique lorsque l'entrave est dirigée à l'encontre des femmes identifiables et visées personnellement d'un côté, et des professionnels médicaux, techniques et administratifs de l'autre côté[279]. L'entrave désigne l'empêchement effectif soit à l'acte médical soit aux actes préalables à l'intervention médicale. Elle peut également prendre la forme d'incidents organisés et ayant un caractère idéologique, comme l'intrusion organisée dans les locaux d'une maternité en vue d'empêcher la circulation du personnel, même en l'absence de tout acte médical d'interruption de grossesse en cours[280]. *« L'entrave à l'interruption volontaire de grossesse n'est pas une manifestation de la liberté d'expression »*[281]. Les juges français ont donné une interprétation extensive, ils sanctionnent une très vaste palette des actions et des tentatives telles que les dégradations purement matérielles, les démonstrations illégales, les violences verbales, les pressions morales et psychologiques[282]. La tentative a été retenue du seul fait de l'intrusion dans les locaux d'une maternité en vue d'empêcher la libre circulation du personnel, alors qu'aucune interruption de grossesse n'est pratiquée à ce moment-là[283]. En vertu de l'article L.2223-1 du code de la santé publique, les associations de défense des droits des femmes à accéder à la contraception et à l'interruption volontaire de grossesse peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile.

177. L'entrave à l'interruption volontaire de grossesse dans la jurisprudence polonaise. En

---

[278] RSC, janvier-mars 1998, Chronique par J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, p. 118

[279] CA de Bordeaux, 6 avril 2007, Gazette du palais 9-10 novembre, p. 11, note G. Mémeteau

[280] La jurisprudence française sur l'entrave à l'interruption volontaire de grossesse : Cass. Crim., 5 mai 1997, Bull. Crim., 1997, n° 168 ; Cass. Crim., 27 novembre 1996, Bull. Crim., 1996, n° 431 ; RSC janvier-mars 1998, chronique par J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, p. 117 ; RSC, 1996, p. 670 ; Droit pénal 1996, commentaire n° 87, note J.-H. Robert ; JCP, éd. gén., 1996, II, 227133 ; Droit pénal 1997, commentaire n° 156, observation J.-H. Robert ; Cass. Crim., 7 avril 1997, Bull. Crim., 1997, n° 70 ; Gazette du palais 1999, Chronique de droit criminel, observation J.-P. Doucet, p. 104 ; Droit pénal, 1999, commentaire n° 102, observation J.-P. Robert ; RDSS 1997, p. 25, observation J.-S. Cayla ; Dalloz 1999, IR, 138 ; Dalloz, 2000, IR, 249 ; O. Dhavernas, *Entrave à l'interruption volontaire de grossesse, Esquisse d'un bilan*, RSC 1997, p. 821 ; J. Rubellin-Devichi, *Le droit et l'interruption de grossesse*, LPA 7 juin 1996

[281] O. Dhavernas, *Entrave à l'interruption volontaire de grossesse, Esquisse d'un bilan*, RSC 1997, p. 825 ; JCP, éd. gén., 1997, commentaire n° 39, p. 16

[282] Parmi les manifestations pratiques de l'entrave à l'interruption volontaire de grossesse on peut noter : la destruction matérielle, tout empêchement à l'acte médical, les perturbations provoquées dans le fonctionnement de l'établissement, dans la circulation des personnes au sein de l'établissement, la violence verbale sous la forme de menaces, des insultes, des intimidations adressées aux femmes enceintes et aux professionnels de santé.

[283] Cass. Crim. 5 mai 1997, Bull. Crim., 1997, n° 168

Pologne, il n'existe aucune incrimination autonome de l'entrave à l'interruption de grossesse. Les juges polonais ont appliqué la violation de l'article 4a§1 de la loi du 7 janvier 1993 relative à l'interruption de grossesse. Le 21 novembre 2003, la Chambre civile de la Cour Suprême a décidé qu'une femme, victime d'un viol commis par un auteur inconnu et privée de manière illégale de son droit à l'interruption de grossesse, dispose un droit de demander une indemnisation sous le fondement des articles 420-1§1 et 361 du code civil[284]. Le 13 octobre 2005, la Cour Suprême se prononçait sur la demande d'indemnisation déposée par une femme qui a été privée d'accès à l'interruption volontaire de grossesse. En l'espèce, le médecin avait refusé de diriger cette femme vers les examens prénataux suite à sa demande d'interruption de grossesse. Privée d'accès à l'avortement, elle a accouché d'un enfant handicapé. La Cour Suprême a reconnu la responsabilité de l'établissement de santé et a décidé d'accorder une indemnisation à la femme en vertu de l'article 444§2 du code civil[285]. Le même raisonnement a été retenu le 22 février 2006[286]. Actuellement, la Cour européenne des droits de l'homme est saisie d'une affaire dans laquelle une mère polonaise se plaind de ne pas obtenir l'accès à l'interruption volontaire de grossesse pour sa fille mineure, alors que toutes les conditions légales étaient satisfaites[287].

2. La détresse comme permission de la loi

178. L'absence de la notion d'état de détresse en droit polonais avant la deuxième guerre mondiale. Les origines législatives de cette prise en compte de la détresse remontent aux travaux préparatoires du code pénal du 11 juillet 1932. Un certain nombre de députés polonais a proposé de faire référence à la détresse pour protéger les femmes pauvres. En effet, certains évoquaient le danger de créer des centres privés et quasiment commerciaux destinés à faciliter les interruptions de grossesse à l'époque où la mortalité infantile constituait encore une réalité largement présente. Mais la proposition fut finalement abandonnée[288].

179. La prise en compte de l'état de détresse en droit polonais après la deuxième guerre mondiale. Avec l'apparition du nouveau régime communiste en Pologne en 1945, la

[284] CS de Pologne du 21 novembre 2003, 2004/6/91, affaire V CK 16/03
[285] CS de Pologne du 13 octobre 2005, affaire IV CK 161/05, Jurisprudence des tribunaux polonais, (OSP), 2006, n° 6, position 71
[286] CS de Pologne du 22 février 2006, affaire III CZP 8/06
[287] CEDH, 18 novembre 2008, P et S c/Pologne, n° 57375/08
[288] Code pénal du 11 juillet 1932, Journal des Lois 1932, n° 60, position 571 ; K. Daszkiewicz, *Les infractions contre la vie et la santé, Chapitre XIX du code pénal, Commentaire*, Varsovie 2000, p. 260

législation pénale connaît un changement radical allant vers une libéralisation significative de l'avortement par rapport à la réglementation précédente. Dans la loi du 27 avril 1956, une expression générale visa les *« conditions difficiles de la vie de la femme enceinte »*. Cette formulation a mis l'accent sur l'aspect économique de l'existence. Dans un premier temps, une Circulaire de Ministère de la Santé en date du 11 mai 1956 attribua aux médecins une compétence pour vérifier la déclaration de la femme par la voie d'une enquête. Le 19 décembre 1956, une nouvelle circulaire abrogea cette vérification jugée inefficace, car après une déclaration de la femme, sa réelle justification ne pouvait pas être objectivement vérifiée[289]. Si cette solution rappelle la loi française actuellement en vigueur, pour le juge pénal de l'époque communiste, la détresse est devenue un synonyme de la précarité sociale et économique, ce qui conduit à une interprétation beaucoup plus limitée que dans l'appréciation française[290]. Depuis la loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale, la protection de l'embryon humain et les conditions de l'interruption de grossesse, la liste des permissions légales d'avortement est réduite aux motifs médicaux, les avortements de convenance étant exclus. Cette réglementation, jugée très restrictive, fut modifiée par la loi du 30 août 1996 après une longue et vive polémique quasi nationale sur l'avortement et la protection juridique de l'embryon[291]. Contrairement aux conditions très générales de la loi du 27 avril 1956, cette fois le législateur polonais non seulement reconnaît de nouveau l'état de détresse, mais il clarifie un certain nombre de précisions procédurales inexistantes auparavant. Cette loi imposa la forme écrite de la déclaration accompagnée d'une attestation de consultation médicale réalisée par la femme enceinte et ayant pour le but d'éclairer cette dernière sur toutes les conséquences de l'intervention médicale et l'avortement peut être légalement pratiquée au plus tôt les 3 jours après la consultation médicale si la femme confirme sa décision[292]. En décembre 1996, un groupe de 37 sénateurs polonais a déposé devant le Tribunal Constitutionnel une demande de vérification constitutionnelle de cette loi du 30 août 1996 : il s'agissait de vérifier la légitimité de la *« détresse sociale »* qui

---

[289] *Code pénal, La partie spéciale, Commentaire des articles 117 à 227*, éd. C.H. BECK 2006

[290] R. Krajewski, *Les réflexions sur les raisons de l'interruption de grossesse pour des raisons sociales*, Article publié : http://www.prawo.lex.pl/czasopisma/posp/rad_kraj.html

[291] La loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale, la protection de l'embryon et les conditions de l'interruption de grossesse , Journal des Lois, 1993, n° 17, positions 78 avec des modifications ; La loi du 30 août sur la modification de la loi du 7 janvier 1993 sur la planification, la protection de l'embryon et les conditions de l'interruption de grossesse, Journal des Lois 1996, n° 139, position 646 ; J. Majewski, W. Wr□bel, *La protection pénale de l'enfant conçu*, État et droit 1993, n° 5, p.35

[292] U. Konarska, K. Wrzosek, *La protection de l'enfant dans le droit pénal polonais*, Toruń 1999, p. 15 ; K. Wiak, *La loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale, la protection de l'embryon et les conditions de l'interruption de grossesse*, Journal des Lois, 1993, n° 17, positions 78 avec des modifications ; La loi du 30 août sur la modification de la loi du 7 janvier 1993 sur la planification, la protection de l'embryon et les conditions de l'interruption de grossesse, Journal des Lois 1996, n° 139, position 646 ; J. Majewski, W. Wróbel, *La protection pénale de l'enfant conçu*, État et Droit 1993, n° 5, p. 35

auparavant n'avait jamais été remise en question. Le 28 mai 1997, la censure du juge constitutionnel a exclu la *« détresse sociale »*, et depuis cette décision les *« avortements de convenance »* ne sont plus légaux en Pologne.

180. La prise en compte de l'état de détresse en droit français. En France, c'est avec la loi du 17 janvier 1975, que la détresse a fait son entrée dans les justifications de l'interruption de grossesse. C'est une notion normative assez subjective. Cette loi dite *« Veil »* a créé l'article L.162-1 au sein du code de la santé publique. Il a ouvert une possibilité d'interrompre une grossesse à *« la femme que son état place dans une situation de détresse »*. L'article L.2212-1 issu de la loi du 4 juillet 2001 a repris la même formule. Seule condition imposée concerne du délai dans lequel l'interruption de grossesse justifie par une détresse de la femme peut être effectuée, à savoir les 12 premières semaines de grossesse.

181. La détresse comme cause d'exonération de responsabilité. Les lois française et polonaise se rapprochent tant par l'absence de la définition juridique de l'état de détresse, que par l'absence d'un mécanisme de contrôle judiciaire destiné à vérifier la réalité du phénomène. Dans les deux systèmes pénaux, pendant la durée de son application différente en France[293] et en Pologne, cet état de détresse est une condition de fond de la légalité de l'avortement qui n'était jamais assimilée à une cause objective d'irresponsabilité au sens strict du terme, tel que l'état de nécessité ou de contrainte[294]. Quelle est la nature de cette distinction ? Premièrement, la notion de détresse ne s'assimile pas, selon Messieurs R. Merle et A. Vitu[295], à un état de nécessité au sens de l'article 122-7 du code pénal français et 26 du code pénal polonais. Car la femme enceinte en détresse n'est pas évidement exposée à un péril actuel, imminent et exigeant une intervention médicale immédiate dont la gravité soit proportionnelle au mal évité. En droit pénal français, la notion de péril couvre une menace grave pour la vie ou l'intégrité physique corporelle. L'état de détresse au contraire, est une condition de fond ouvrant droit à la procédure d'interruption de grossesse[296]. C'est une permission de la loi. Deux éléments sont à envisager : le péril pour la mère et l'intérêt en jeu. D'une part, la fait d'atteindre un enfant ne saurait évidement constituer un péril en soi pour la

---

[293] Sur la notion de l'état de détresse en droit pénal français : Dalloz 1981, jurisprudence, p. 36 ; RDP 1981, p. 216 ; Dalloz 1981, p. 167 ; RDSS 1981, p. 81 et 247 ; RDSS 1980, p. 308 ; JCP, éd. gén., 1982, II, 19732

[294] Répertoire pénal Dalloz 1986, *Interruption volontaire de grossesse* par F. Dekeuwer-Defossez

[295] R. Merle, A.Vitu, *Traité de droit criminel*, éd. Cujas 1982, vol. I, n° 402, p. 482 ; K. Daszkiewicz, *Les infractions contre la vie et la santé, Chapitre XIX du code pénal, Commentaire*, Varsovie, 2000

[296] Tribunal correctionnel de Rouen avait refusé le 9 juillet 1975 d'assimiler l'état de péril à la situation de détresse, Gazette du palais 1975, jurisprudence, 798 ; Dalloz 1976, jurisprudence, 531, note G. Roujou de Boube ; JCP, éd. gén., 1976, II, 1825, note R. Savatier

mère et la mort ne saurait davantage être considérée comme proportionnelle aux difficultés qu'aurait pu engendrer la naissance[297]. D'autre part, l'intérêt sacrifié tel que la vie de l'embryon humain n'est pas considéré comme inférieur à l'intérêt préservé de la femme qui est, pour la mère en difficulté sociale, ou économique[298]. La détresse diffère de la contrainte telle qu'elle est définie par l'article 122-2 du code pénal français. Car cette dernière suppose une action qui enlève toute liberté à la volonté. Or le consentement de la femme est ici une *conditio sine qua non* de la légalité de l'interruption de grossesse sous deux angles en vertu de l'article 223-10 du code pénal et selon l'article L.2212-1 du code de la santé publique. De plus, c'est la femme qui déclare l'existence de l'état de détresse.

182. Les éléments constamment présents dans l'état de détresse. Indépendamment de l'existence réelle ou seulement déclarée par la femme enceinte, la détresse n'est prise en compte que sur une durée de 12 semaines pour pouvoir interrompre grossesse de manière licite. La grossesse et la détresse doivent exister simultanément. Il est évident qu'un lien doit unir les deux. Mais aucune nature de ce lien de causalité ou/et de dépendance n'est définie par l'article L.2212-1 du code de la santé publique. Ni les causes, ni le contenu de la détresse ne sont précisés de façon énumérative. Sachant que l'appréciation est laissée à l'entière disposition et responsabilité de la femme, toutes les explications sont envisageables. L'absence de toute précision sur la nature de la détresse permet également de s'interroger si la détresse ne peut être envisagée à la fois comme un état bien réel et une éventualité, une probabilité. Les textes ne définissent pas l'état de détresse, elle n'est pas contrôlée par le juge. Par conséquent, la femme peut évoquer toute sorte des situations subjectives : l'abandonne par compagnon, la perte de travail, le peur des changements physiques provoqués par la grossesse, la mise en parenthèses de la carrière professionnelle.

B. La détresse, une notion critiquée

183. Présentation. Contrairement à l'état de droit positif polonais, où la détresse ne figure plus parmi les causes légales d'interruption volontaire de grossesse, en France elle reste au centre du dispositif normatif de l'interruption volontaire de grossesse des 12 premières semaines. En Pologne, comme expliqué, elle a fait l'objet de débats nationaux successifs, de

[297] Dictionnaire Permanent de la Bioéthique et Bioéthique, étude : « *Interruption de grossesse* », décembre 2006, p. 1156

[298] Tribunal correctionnel de Bobigny du 23 novembre 1972, Gazette du palais 1972, II, 890 ; C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, éd. LGDJ 1984 ; RDSS 1981, p. 247 (sur la décision du Conseil constitutionnel du 31 octobre 1980, observation L. Dobouis, J.-M. De Forges ; JCP, éd. gén., 1982, II, 19732 ; Dalloz 1981, IR, p. 167

nombreuses critiques de la part de mouvements associatifs, largement inspirés par les courants intellectuels catholiques polonais, et elle a été finalement jugée inconstitutionnelle en 1997. La détresse ne peut donc plus être invoquée en Pologne. En revanche, en droit positif français, même si la détresse est critiquée par une certaine partie de la doctrine, elle reste la raison justifiant l'interruption volontaire de grossesse. Il faut donc étudier le point de vue des juristes français (1), puis polonais (2).

1. La prise en compte de l'état de détresse dans l'interruption volontaire de grossesse en France

184. Le caractère initialement résiduel de la détresse en droit français. Lors de son élaboration, la loi du 17 janvier 1975 a fait l'objet de critiques, dont une partie significative se focalisait sur la référence à l'état de détresse[299]. Selon Monsieur J. Foyer, cette référence ne subsistait *« que pour la beauté du texte, pour sa moindre laideur »*[300]. Pour de nombreux juristes français c'est la porte ouverte à tous les abus, spécialement, en raison de sa subjectivité quasiment infinie. Aucun dispositif pénal n'éclaire son contenu juridique ; aucun dispositif pénal n'impose des limites d'interprétation. Comme l'ont écrit Messieurs R. Merle et A. Vitu, la détresse est devenue une sorte de paravent permettant aux femmes de dissimuler *« le souci de ne pas s'encombrer d'un enfant qui gâcherait leurs vacances »*, et ces maîtres du droit pénal français prétendent que *« la détresse peut couvrir toutes les formes d'égoïsme »*[301]. Monsieur J.-B. Onorio a décrit, à son tour, la notion en question comme l'une des principales manifestations de l'esprit de la loi du 17 janvier 1975. Il en donne une description casuistique à forte connotation péjorative, car pour lui la détresse reste *« un alibi facile pour tout égoïsme de convenance personnelle en raison de sa contrariété dans les projets de profession, de consommation, ou de loisirs »*[302].

185. La détresse sous l'angle pénal. Même si la notion de détresse n'est plus acceptée par l'ensemble de la doctrine française elle est pleinement intégrée à la loi française, tant sur le

---

[299] Cette loi a été déférée au Conseil Constitutionnel, car les opposants ont jugé la violation d'un des principes énoncés dans le Préambule de la Constitution de 1946 (Conseil Constitutionnel, décision n° 74-54 du 15 janvier 1975), il s'agissait plus particulièrement de la formule appliquée *« La nation garantit à tous et notamment à l'enfant et à sa mère ....la protection de sa santé »*, le Conseil a répondu le 15 janvier 1975 que « *aucune des dérogations prévues par la loi ne méconnaissait le principe énoncé . Parce que, la santé visée dans le texte du Préambule s'applique à un être ayant déjà une santé distincte de celle de sa mère. L'embryon qui dépend de la santé de sa mère n'est pas encore un enfant* », P.-L. Favoreul, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz 1999, n° 23, p. 331-332

[300] J. Foyer, *Le droit de l'enfant à la vie*, in *Les droits naturels de l'enfant*, in *Actes du 1er. Colloque des juristes catholiques à Versailles en 1979*, éd. Téqui, Paris 1980, p. 32

[301] R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 1982, vol. II, p. 1708

[302] J.-B. Onorio, *La loi Veil : réflexion sur un premier bilan*, JCP, éd. gen., 1986, I, 3246

plan pénal que médical. L'interruption volontaire de grossesse est un choix individuel qui n'entraîne pour la femme aucune responsabilité. Cette dernière s'auto-considère en situation de détresse[303]. Aucun critère objectif n'est retenu par le législateur. Naturellement, il est légitime de s'interroger sur la justification rationnelle à appliquer à une notion si imprécise au sein d'un dispositif normatif. La direction dans laquelle ont évolué les droits pénal et médical français donne une réponse, voire une approche au moins partielle mettant en avant la liberté de décision de la femme. L'évolution de ces législations témoigne d'une interaction mutuelle des domaines pénal et médical et d'une transposition symbolique. Les dispositifs concernant l'interruption de grossesse, traditionnellement réservés au droit pénal, font actuellement l'objet d'une réglementation principalement médicale, à l'exception de l'article 223-10 du code pénal. Sous l'angle pénal, les normes régissant la procréation humaine naturelle ont connu une évolution radicale. Le monopole de l'État, assez fort au départ, a été finalement brisé en faveur de la femme, de son libre arbitre. La société a choisi, par les lois successives (la loi Veil de 1975, la loi de 1979, le nouveau code pénal de 1992 et la loi de 2001) de remettre la décision entre les mains de la femme. La femme a un choix dont l'appréciation morale ne dépend plus de la société mais d'elle-même. Son choix personnel peut être différent de l'intérêt général et de la considération de la protection de l'être humain en gestation qu'elle porte. Cette liberté de choix l'emporte sur l'existence de l'enfant à naître. En exerçant sa liberté d'interruption de grossesse, la femme devient seule titulaire d'un pouvoir qui lui permet de décider la mort de son enfant parce qu'il porte atteinte à sa liberté individuelle[304]. Cette décision, subjectivement prise, démontre la préférence donnée objectivement à la liberté de la femme sur la vie de l'embryon, donc sur la vie d'un autre être humain. Dans l'hypothèse de l'interruption licite de grossesse pour cause de détresse, les droits de l'individu sur son corps, sur son l'intégrité corporelle, sont une illustration de la liberté totale. C'est la femme et exclusivement la femme qui fixe les critères de la légalité de l'intervention médicale.

186. La détresse sous l'angle médical. Sous l'angle médical, il est important de souligner que les dispositions concernant des permissions légales d'interruption de grossesse, parmi lesquelles figure l'interruption volontaire de grossesse justifiée par la détresse, se trouvent dans le code de la santé publique dans l'article 162-1 introduit par la loi du 17 janvier 1975 et devenu les articles L.2212-1 et suivants depuis la loi du 4 juillet 2001[305]. L'interruption

[303] J.-P. Gridel, *Notions fondamentales de droit français*, Dalloz 1992, p. 623
[304] M.-L. Rassat, *L'avortement dans le droit français et canadien*, in Mélanges D. Holleaux, éd. Litec 1991, p. 380-381
[305] J. Robert, *La décision du Conseil Constitutionnel du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de*

volontaire de grosse s'analyse donc non plus comme une exception limitée à l'avortement interdit, mais comme un acte médical sans vocation thérapeutique *stricto sensu*, décidé par la femme. Si l'intervention d'un médecin est explicitement imposée par l'article L.2212-1 du code de la santé publique, *« le médecin abandonne sa liberté de prescription, il est responsable de l'acte sans être maître de l'indication »*[306]. D'une part, il ne peut pas empêcher à la femme de formuler sa demande. D'autre part, il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation extérieure sur l'utilité médicale de l'intervention. Il n'a aucun droit d'exercer une pression sur sa patiente. Il peut néanmoins refuser de procéder lui-même à l'avortement en raison de la clause de conscience, mais sans faire obstacle à cette interruption volontaire de grossesse et en informant immédiatement la femme pour qu'elle puisse s'adresser à d'autres intervenants. Ce qui témoigne que cette démarche médicale est loin d'être ordinaire.

187. Un contrôle difficile ou exclu ? Sachant que la formulation de détresse acceptée par le législateur français, n'est accompagnée d'aucune précision dans la disposition de l'article L.2212-1 du code de la santé publique, il faut s'interroger sur la nature et l'efficacité d'un contrôle éventuel de la réalité de cette détresse. Concernant d'abord le père du futur enfant, on sait qu'il est laissé en dehors de processus décisif. Il ne dispose des moyens ni de contrôler l'authenticité de la détresse, ni de s'opposer à l'interruption de grossesse. Avant la naissance de l'enfant, le *« père potentiel »* n'exerce pas encore l'autorité parentale ; il ne peut pas protéger sa propre descendance contre la volonté abortive de sa femme qui dispose ainsi du droit de vie et de mort sur sa progéniture[307]. Toutefois, l'assistance du père est prévue par l'article L.2212-4 du code de la santé publique qui dispose : *« Chaque fois que cela est possible, le couple participe à la consultation et la décision à prendre ».* Cette expression *« chaque fois que cela possible »* renvoie à une simple possibilité, une alternative, mais n'impose aucune obligation. Logiquement, un défaut de présence n'entraîne aucune nullité de la démarche suivie. La décision finale appartient toujours à la femme

188. Vers un contrôle médical indirect. En vertu de l'article L.2212-8 du code de la santé publique *« Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse mais il doit informer, sans délai, l'intéressée de son refus et de lui communiquer immédiatement le nom de praticien susceptible de réaliser cette intervention selon les*

---

grossesse, RIDP 1975, p. 873 ; J.-S. Cayla, *La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire : aspects médicaux et biologiques*, RDSS 1980, p. 308

[306] C. Collette, *Des textes à la réalité, in Conséquences d'un avortement an II*, in *La Table Ronde*, 1977, p. 166

[307] J.-B. Onorio, *La loi Veil : réflexion sur un premier bilan*, JCP, éd. gén., 1986, I, 3246

modalités de l'article L.2212-2 ... ». On peut se demander si cette disposition ne permet pas une sorte de contrôle médical indirect de l'état de détresse. En effet, le médecin sollicité peut évoquer la clause de conscience s'il estime qu'un prétendu *« état de détresse »* est, en réalité, faux et inacceptable moralement. Mais ce type de contrôle médical est contraire à l'esprit de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse du 17 janvier 1975. Cette loi laisse aux tiers, médecins, sages-femmes, auxiliaires médicaux et établissements de santé. Aucun refus collectif du personnel médical aboutissant à rendre impossible l'accès à l'interruption volontaire de grossesse par défaut d'organisation de substitution n'est plus possible depuis la loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse. Si l'ensemble du personnel d'un établissement invoque la clause de conscience, il faut alors orienter la patiente vers un autre établissement[308]. A l'heure actuelle, une réglementation particulière est prévue à l'égard des interruptions de grossesse réalisées dans des établissements de santé privés proposant l'exécution du service public hospitalier ou faisant partie d'un contrat de concession. En vertu de l'article L.2212-8 du code de la santé publique, ils peuvent refuser de pratiquer un tel acte médical dans leurs locaux à condition qu'une organisation de substitution soit mise en place et assurée dans un autre établissement.

189. La détresse et la clause de conscience. Le refus individuel du médecin se justifie par la reconnaissance de cette clause de conscience[309]. Cette clause constitue une dérogation à l'obligation de soins. En la matière, comme pour tous les actes médicaux, elle traduit la conscience individuelle. Le médecin n'est jamais tenu de pratiquer l'acte d'interruption de grossesse, *« nul praticien ne peut être contraint de se livrer à un acte que sa morale réprouve »*[310]. Mais, il doit informer la patiente sans délais de sa décision, puis lui communiquer immédiatement le nom d'un praticien susceptible de réaliser cette intervention. Cette obligation légale d'informer la femme enceinte n'est assortie d'aucune sanction pénale. Le médecin n'est pas également tenu d'exposer les motifs de son refus. Au même titre que la reconnaissance des droits de la femme, c'est l'autonomie du praticien et le respect de ses convictions qui sont préservés par l'intermédiaire de cette clause. Sachant que les

---

[308] B. Py, *Les recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse Nancy II, 1993, p. 307

[309] Sur la notion de clause de conscience en droit médical français : E. Clavel, *La clause de conscience du médecin dans la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse*, JCP, éd. gen., 1978, II, 2915 ; E. Clavel, *Le décret n° 82-826 du 27 septembre 1982 est-il compatible avec l'exercice de la clause de conscience du médecin en matière d'avortement*, JCP, éd. gen., 1983, I, 3129 ; E. Clavel, *Face à l'avortement, la généralisation de la clause de conscience*, in *Actes du Colloque national des juristes catholiques*, Paris 1980, p. 19 ; J.-B. Grenouvilleau, *Déontologie médicale et la loi du 17 janvier 1975*, Gazette du palais 1976, 2

[310] G. Mémeteau, *Le droit médical, jurisprudence française*, éd. Litec 1985, p. 33 1 ; T correctionnel de Rouen, 9 juillet 1975, Dalloz 1976, 531, note G. Roujou de Boubee

interruptions de grossesse même légales font toujours l'objet d'interrogations d'ordre philosophique et moral, cette clause de conscience doit respecter le libre arbitre des médecins, mais ne doit en aucun cas servir à réduire la liberté de la femme. La femme reste le juge souverain de sa détresse. Le recours à l'interruption de grossesse n'est juridiquement qu'une composante de la liberté de procréer ou de ne pas procréer[311]. Il faut donc noter que l'intervention du mari, du compagnon, des parents, des travailleurs sociaux ou même d'un médecin ne doit imposer aucune contrainte sur le choix de la femme. Leur concours se réduit à une intervention de type consultatif, susceptible en pratique de retarder un peu l'intervention médicale, mais incapable de s'opposer légitimement à l'exécution[312].

2. L'abandon progressif de la référence à la détresse dans le droit polonais

190. De l'introduction à l'abandon de la détresse en droit polonais. La permission de la loi sous la forme de détresse a été introduite dans le droit pénal par la loi du 27 avril 1956 sur les conditions de l'interruption de grossesse. Peu après le vote de cette loi, les premières critiques sont apparues dans le milieu des intellectuels catholiques réunis dans l'association « *Pax* ». Il est réclamé l'annulation de la loi du 27 avril 1956 jugée, selon eux, contraire à la vie de l'enfant à naître par rapport aux dispositions des articles 231 et 232 du code pénal de 1932 qui pénalisaient *« la suppression de l'enfant conçu »* quel que soit la situation personnelle de la femme[313]. Cette position favorable à la protection de la vie anténatale restait très forte. Mais dans le même temps, le code pénal du 19 avril 1969 a repris, dans son article 153, la notion de détresse au sens de la loi du 27 avril 1956[314]. Les nouvelles revendications anti-abortives vont apparaître avec la modification de la Constitution de la République Populaire de Pologne de 1952, lorsque le 16 février 1976, le législateur a introduit le principe de la

---

[311] J. Mowena, *La victime des infractions contre les personnes*, thèse Paris V, 2002, p. 184

[312] F. Dekeuwer-Defossez, *Le refus d'autoriser la père de s'opposer à l'interruption volontaire de grossesse, CE du 31 décembre 1980*, JCP, éd. gen., 1982, II, 19732

[313] Cet mouvement sera poursuivi par des nombreuses associations il comprit *Gaudum vitae* , *Pro familia.* et La Société pour la Maternité Responsable. Ces initiatives seront encouragées par l'église catholique avec cardinal S. Wyszyński en tête, La Semaine polonaise du 11 décembre 198, n° 50 ; *Le Mémorial d'Episcopat Polonais au Gouvernement de la République Populaire de Pologne sur les menaces biologiques et morales de la nation polonaise*, 18 juin 1970, Le Centre de Documentation des Études Sociales, Varsovie 1986, p. 291-312

[314] Cet mouvement sera poursuivi par des nombreuses associations il comprit *Gaudum vitae*, *Pro familia*. et *La société pour la maternité responsable*. Ces initiatives seront encouragées par l'église catholique avec cardinal S. Wyszyński en tête, *La Semaine polonaise* 11 décembre 198, n° 50 ; *Le Mémorial d'Episcopat Polonais au Gouvernement de la République Populaire de Pologne sur les menaces biologiques et morales de la nation polonaise*, 18 juin 1970, Le Centre de Documentation des Études Sociales, Varsovie 1986, p. 291-312 ; H. Wołońska, *L'interruption de grossesse*, p. 17-90, in E. Zielińska, *Les appréciations juridiques de l'interruption de grossesse*, Les Mémoires de l'Université de Varsovie 1986, p. 108 ; La Constitution de la République Populaire de Pologne dans sa rédaction du 16 février 1976, Journal des Lois 1976, n° 7, position 36

protection de la maternité dans l'article 5 al.7 et l'article 79 al.1[315]. Pour certains juristes polonais, dont Monsieur A. Stelmachowski, ces modifications de 1976 ont servi d'inspiration pour revendiquer la modification de la loi sur l'avortement en se fondant sur l'idée de la protection constitutionnelle de la famille[316]. Entre 1980 et 1981, une réforme du droit pénal a été préparée pour renforcer le principe de la protection de la vie humaine à chaque étape de son développement. En 1991, le parlement polonais a fait l'appel à une consultation nationale concernant l'incrimination de l'interruption de grossesse. Le projet étudie par le Parlement a exclu la détresse sociale du champ des indications légales de l'avortement[317]. Il n'entraînait cependant aucune modification législative.

191. Le rejet constitutionnel de la détresse. Comme déjà expliquée, l'étape essentielle de l'évolution a été la décision du Tribunal Constitutionnel du 28 mai 1997. Le Tribunal se prononça sur le statut de l'enfant conçu dans un État démocratique de droit tel que la Pologne et à la lumière des dispositions de la Constitution Polonaise. Il jugea que les critères de la détresse sociale, visés dans l'article 4a de la loi du 30 août 1996 relative à la modification de la loi sur la planification familiale, la protection de l'enfant conçu et les conditions de l'interruption de grossesse, sont contraires à la Constitution. Dans cette décision plusieurs arguments ont fixé l'étendue de la protection constitutionnelle de la vie à l'égard de la hiérarchie de valeurs, le statut de l'enfant à naître et le conflit entre les intérêts de la mère et ceux de l'enfant conçu. Tout d'abord, le Tribunal a invoqué le principe de base du droit polonais exprimé dans l'article 2 de la Constitution qui dispose que *« La République de Pologne est un État démocratique de droit réalisant l'idée de la justice sociale »*. En tant que tel, ce principe exige d'une part l'instauration de procédures démocratiques de création des lois, mais également et avant tout le respect du droit de chacun à la vie et à la protection de sa vie. Biologiquement, la conception constitue le début de la vie qui est un processus constant jusqu'à la mort. Constitutionnellement, la vie est une valeur en soi, donc les indications sociales comme les conditions sociales de la vie de la mère et sa situation personnelle ne peuvent être considérée comme plus précieuse que la vie de l'enfant à naître. Les références à la situation sociale ou à la situation personnelle de la mère ont donc été jugées contraires à la Constitution. Ensuite, le Tribunal a déduit que la naissance reste indifférente à l'égard du

---

[315] A. Stelmachowski, *Pour les moyens exactes dans la rédaction de la politique familiale*, État et droit 1976, n° 8-9, p. 55-69 ; A. Grześkowiak, *La nécessité de la protection pénal de l'embryon*, in *La protection de l'enfant conçu*, Pelplin 1991, p. 214-215

[316] A. Stelmachowski, *Pour les moyens exacts dans la rédaction de la politique familiale*, État et droit 1976, n° 8-9, p. 55-69

[317] T. Krynicka, S. Osiecka, E. Sierzputowska, *Les résultats de la consultation nationale du projet de la loi sur la protection juridique de l'enfant conçu préparé par le Sénat le 20 juin 1991*

statut juridique de l'homme. Le critère de naissance, comme point de départ de la vie, prive l'enfant conçu de son droit à l'égalité devant la loi exprimé dans l'article 67 al. 2 de la Constitution. De plus, l'obligation d'assurer la protection de la vie humaine est un pilier du principe de l'état démocratique de droit. Enfin, le juge constitutionnel s'est prononcé sur le conflit entre les intérêts juridiques de la mère et ceux de l'enfant conçu. Pour lui, la préférence ou la primauté donnée à la décision de la femme doit être limitée pour plusieurs raisons. D'une part, dans hypothèse de l'interruption volontaire de grossesse, la détresse sociale ne peut pas être invoquée au titre du droit de décider de sa maternité, car la femme ne peut décider de posséder ou non un enfant lorsque cet enfant existe déjà. D'autre part, la détresse sociale implique, selon le juge constitutionnel, une sorte de projection de l'avenir, mais elle relève d'une simple éventualité ou d'une menace hypothétique. En raison de l'incertitude de future, cette supposition arbitraire ne peut pas être considérée comme une valeur supérieure au droit à la vie d'un être déjà existant.

192. Plan. La demande d'une interruption volontaire de grossesse peut être justifiée par la situation sociale de la femme. Mais dans certaines hypothèses, cette demande peut être motivée par les circonstances de la conception telles qu'une agression et une atteinte sexuelle.

§ 2 : La grossesse indésirable et les qualifications pénales de l'interruption de grossesse

193. Présentation. Les législations nationales tentent de concilier les intérêts de l'embryon et de la mère par la référence aux deux éléments. En premier lieu, cette conciliation se concrétise par le choix du délai de douze semaines pour interrompre la grossesse. En deuxième lieu, l'interruption volontaire de grossesse, tout en restant un acte médical privé, est contrôlé par un certain nombre de garanties procédurales à caractère purement médical ou sanitaire. Lorsque la grossesse est un fruit d'un viol ou d'un inceste, en Pologne la femme-victime dispose un droit explicite de l'accès à l'interruption volontaire de grossesse, en France la victime peut évoquer de telles origines criminelles de grossesse en justifiant la détresse ou se référer à la violation des règles sanitaires imposées par le code de la santé publique (A). La femme peut être reconnue victime également lorsque l'échec d'une interruption volontaire de grossesse trouve ses origines dans la faute médicale commise par le praticien (B).

A. L'interruption de grossesse en cas d'agression ou d'atteinte sexuelle

194. Présentation. En droit français, le recours à l'interruption volontaire de grossesse a été partiellement étendu par la loi du 4 juillet 2001 car le délai est passé de 10 à 12 semaines. La femme, victime d'un viol ou d'un inceste peut invoquer sa détresse comme la cause de l'interruption de grossesse. Cet argument reste valable jusqu'à la douzième semaine de grossesse, à l'exception naturellement de la situation dans laquelle il existe une indication médicale valable autorisant l'intervention médicale après ce délai. Ce n'est pas la naissance en soi, mais les circonstances de la conception qui sont prises en compte par la loi française pour faire indemniser la mère (1). En droit polonais, les origines criminelles de la grossesse figurent parmi les indications directement énumérées par le code pénal (2).

1. Le regard divergent des droits français et polonais

195. Le droit français : la reconnaissance jurisprudentielle de l'action civile de la mère, victime d'un viol. Ni les dispositions du code pénal, ni celles du code de la santé publique n'indiquent les agressions et les atteintes sexuelles comme des causes explicites susceptibles de justifier une demande de l'interruption volontaire de grossesse. La femme peut, dans cette hypothèse, interrompre la grossesse en se référant à la détresse jusqu'à la 12ème semaine de gestation. Après la naissance, elle peut déclencher une action en indemnisation pour la naissance préjudiciable de l'enfant non désiré. En 1998, la Cour de Cassation a reconnu la recevabilité de l'action civile d'une mère, victime d'un viol qui a donné naissance à un enfant. Ce dernier a été considéré comme une victime par ricochet[318]. Le 23 septembre 2010, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a rendu deux décisions qui ont confirmé cette jurisprudence[319]. Dans la première affaire, suite à la décision de la Cour d'appel d'Angers du 13 mai 2009, la Cour de Cassation a estimé qu'en cas de la naissance d'un enfant né des rapports sexuels imposés par le père à sa fille, cette dernière est habilitée de se constituer la partie civile. L'action civile est recevable sous le fondement de l'article 3 du code de la procédure pénale pour le chef de dommages corporels, matériels et moraux. Le préjudice indemnisé résulte de ces dommages, mais pas du seul fait de la naissance. La jurisprudence française a intégré déjà des nombreuses décisions faisant référence aux circonstances de la

[318] Cass. Crim., 4 février 1998, n° 97-80.305 : RTDC 1999, 64, observation J. Hauser ; RSC 1998, p. 579 ; Dalloz 1999, 445

[319] Cass. Crim. 23 septembre 2010, n° 09-84.184 ; Cass. Crim. 23 septembre 2010, n° 09-82.438 ; Les commentaires sur ces deux décisions : AJP 2011, 27 étude par C. Ambroise-Castérot ; Dalloz 2011, 2365, observation M. Léna ; RTDC 2011, 132, observation P. Jourdain ; Dalloz 2011, 35, observation, P. Brun ; Dalloz 2011, 124, chronique, L. Lazerges-Cousquer

conception. La réalité du préjudice de l'enfant est reconnue par exemple en cas d'inceste qui empêche ensuite l'établissement de la filiation paternelle en application des dispositions de l'article 310-2 du code civil[320]. Dans la deuxième affaire, la Chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Nancy avait rejeté le 27 février 2007 la demande de réparation du préjudice moral déposée par la mère agissant en qualité de son fils né d'un viol aggravé. Selon la Cour de Nancy, *« l'enfant ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait des circonstances dans lesquelles il a été conçu, la conception ne pouvant être dissociée de la naissance »*. Mais, la Cour de Cassation a cassé et a reconnu le préjudice moral de l'enfant *« résultant directement des faits criminels poursuivis »*[321].

196. Les modalités préalables à l'acte médical. Dans un premier temps, la femme s'adresse à son médecin. Il doit lui remettre un dossier-guide selon l'article L.2212-3 du code de la santé publique. Le rôle du médecin est ici avant tout consultatif ; il lui est interdit d'inciter directement la femme à abandonner ou à poursuivre son projet. Après avoir confirmé sa demande une semaine après la première demande ou la première consultation pour les femmes mineures et majeures incapables, le médecin peut pratiquer l'interruption de grossesse. Pour les femmes mineures et majeures protégées, un principe d'accompagnement a été mis en place, notamment par le biais d'une consultation du titulaire de l'autorité parentale. Si la mineure exprime son désaccord, l'article L.2212-7 du code de la santé publique impose la consultation d'une personne majeure de son choix. Il est intéressant de remarquer, que depuis la loi du 4 juillet 2001, la consultation préalable n'est plus obligatoire pour les femmes majeures et que le dossier guide transmis à la mère ne comporte plus des dispositions de l'article 16 du code civil sur le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. De la même façon, aucune information relative aux droits et aux prestations familiales ainsi qu'aux règles de l'adoption, n'est plus évoquée dans ce dossier.

197. Le droit polonais : l'application directe de l'article 4a§1 al.3 de la loi du 7 janvier 1993 et ses difficultés pratiques. La loi du 7 janvier 1993 relative à la planification familiale, la protection de l'embryon humain et les conditions de l'interruption de grossesse a repris les règles de la loi de 1956 relatives aux conditions de l'interruption de grossesse en ce qui concerne des origines criminelles de la grossesse. L'article 4a§1 al.3 de la loi du 7 janvier 1993 dispose que l'interruption volontaire de grossesse peut être effectuée uniquement par un médecin lorsqu'il existe des présomptions graves qu'un fait illégal est à l'origine de la

[320] J. Pradel, *Procédure pénale : septembre 2010 - août 2011*, Dalloz 22 septembre 2011, n° 32, p. 2233
[321] J. Pradel, *Procédure pénale : septembre 2010 - août 2011*, Dalloz 22 septembre 2011, n° 32, p. 2233

grossesse. Cette circonstance doit faire l'objet d'une vérification et d'une confirmation par le Ministère publique avant l'intervention médicale. La femme enceinte qui veut interrompre sa grossesse doit donc présenter au médecin une attestation délivrée par le magistrat confirmant les origines criminelles de la grossesse. L'article 4a§2 al.2 de la loi du 7 janvier 1993 dispose que dans cette hypothèse, l'interruption volontaire de grossesse doit intervenir dans le délai maximal de 12 semaines à partir de la conception dans un établissement de santé publique. Cette procédure est assez complexe, elle pose des problèmes pratiques. Selon Monsieur M. Safjan, ces difficultés concernent à la fois l'application de la loi et l'aide institutionnelle offerte aux femmes, victimes de viols[322]. Les milieux associatifs destinés à apporter de l'aide aux victimes ne sont pas si bien développés qu'en France. Par conséquent, les femmes sont souvent privées de l'assistance et des informations concernant des démarches à suivre.

2. La jurisprudence de la Cour Suprême de Pologne relative aux atteintes sexuelles à l'origine de la grossesse non désirée

198. La Cour Suprême a dû se prononcer sur les difficultés que les femmes enceintes rencontrent dans l'application du droit à l'interruption volontaire de grossesse. Le 21 novembre 2003, le juge suprême a reconnu à une femme victime d'un viol que son droit à l'interruption de grossesse se fonde sur la liberté de décider de sa vie privé en vertu de l'article 47 de la Constitution et de l'article 23 du code civil polonais[323]. En l'espèce, une patiente aurait été examinée à l'hôpital suite à un viol, et sa grossesse a été fautivement fixée à 14 semaines. Alors que le délai légal pour ce type d'interruption de grossesse est de 12 semaines. Un expert avait été nommé par le procureur, mais la femme, malade à cette époque avait omis de se présenter au rendez-vous. Par suite, elle avait accouché d'un enfant en bonne santé. La Cour Suprême a reconnu la violation de l'article 4a de la loi du 7 janvier 1993, car le refus de l'interruption de grossesse a entraîné une violation du droit à la planification familiale. Le 22 février 2006, la Cour Suprême a présenté une autre analyse[324].

---

[322] M. Safjan, *Le droit polonais ne protège pas des parents en difficulté*, Journal Rzeczpospolita 22 février 2008 ; K. Szutkowska, *Responsabilité en cas de wrongful conception et wrongful birth en droit civil polonais*, Transformations de droit privé 2008, n° 1

[323] CS de Pologne du 21 novembre 2003, affaire V, CK 16/03, Jurisprudence des tribunaux polonais 2004, cahier 6, position 71 ; Les commentaires sur cette décision: T. Justyński, *Note à la décision de la Cour Suprême du 21 novembre 2003*, État et droit 2004, cahier 9, p. 125 ; M. Nesterowicz, *Note à la décision de la Cour Suprême du 21 novembre 2003*, Jurisprudence des tribunaux polonais 2004, cahier 10, position 125 ; P. Sobolewski, *Note à la décision de la Cour Suprême du 21 novembre 2003*, Palestra 2005, cahier 9-10, p. 237

[324] CS, 22 février 2006, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP), CZP 8/06, Jurisprudence des tribunaux polonais 2007, cahier 2, position 71 ; Les commentaires de cette décision : T. Justyński, *Note de la décision de la Cour Suprême du 22 février 2006*, Jurisprudence des tribunaux polonais, Jurisprudence des tribunaux polonais, 2007, cahier 2, position 16, p. 103-104 ; M. Nesterowicz, *Note de la décision de la Cour Suprême du 22 février 2006*, Droit et médecine 2007, n° 1, p. 131

D'une part, contrairement à sa décision précédente, elle a souligné que le droit à l'interruption de grossesse n'est pas équivalent au droit personnel à la planification familiale. En revanche, la violation du droit à l'avortement peut ouvrir un droit à l'indemnisation en vertu de l'article 448 du code civil. Cette disposition civile peut être appliquée si la femme a été privée de la possibilité de prendre une décision libre et en pleine connaissance de cause en violation de l'article 19§1 al. 1 de la loi du 30 août 1991 relative aux établissements de santé public[325] et de l'article 4 de la loi du 5 décembre 1996 sur la profession de médecin et de dentiste[326]. Cette dernière décision est critiquée par la doctrine polonaise et jugée sévère à l'égard de la victime d'un viol. Selon Monsieur A. Zoll, les victimes sont exposées à une certaine hostilité du monde médical au moment lorsqu'il faut agir en urgence[327]. On peut donc constater que l'existence d'un droit ne débouche pas son l'accès effectif à ce droit.

B. L'acte médical à l'origine de l'interruption volontaire de grossesse

199. Présentation. L'interruption volontaire de grossesse est un exemple d'acte médical privé. L'obligation souscrite par le médecin consiste à déployer tous les moyens mis à sa disposition. L'analyse de la jurisprudence médicale française montre que les juges ont une forte tendance de faire l'appel aux conditions de droit privé[328]. Pour prouver la responsabilité d'un praticien à travers de la faute médicale, il ne suffit pas de constater qu'un échec de l'intervention a eu lieu. Ce phénomène témoigne que *« le glissement de l'obligation de moyens vers l'obligation de résultat semble se généraliser et n'est pas spécifique à l'interruption volontaire de grossesse »*[329]. L'acte médical de l'interruption volontaire de grossesse peut être à l'origine des différentes préjudices subis par la femme (2), à condition d'une faute médicale peut être imputée au médecin (1).

1. La faute médicale

200. Les règles de l'art médical en droit français. L'article L.2212-2 du code de la santé

[325] La loi du 30 août 1991 relative aux établissements de santé public, Journal des Lois 1991, n° 91, position 408

[326] La loi du 5 décembre 1996 sur la profession de médecin et de dentiste, Journal des Lois 2005, n° 226, position 1943

[327] A. Zoll, *Code pénal, Partie spéciale, Commentaire*, éd. Zakamycze 2006, p. 302-303 ; I. Tyszkiewicz, *Code pénal, Commentaire*, (sous la dir.) O. Górniok, Varsovie 2006, p. 502 ; M. Szwarczyk, *Code pénal, Commentaire*, (sous la dir.) T. Bojarski, Varsovie 2006, p. 262-263 ; W. Lange, *Problèmes juridiques de la procréation humaine*, Torun 2000, p. 198-199

[328] X. Labbée, *Respect et protection du corps humain, L'enfant in utero personne par destination ?*, Juris-Classeur Pénal, Art. 16 à 16-13, Fascicule 54, 2007, n° 108

[329] Ch. Atias, *La responsabilité civile du médecin*, éd. P.U. d'Aix-Marseille 1993

publique[330] dispose que l'interruption volontaire d'une grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin. Cette disposition a une portée à la fois générale et très pratique car elle permet d'engager la responsabilité d'un médecin pour le non-respect de l'article L.2212-8 du même code s'il n'a pas employé *« tous les moyens permettant la pratique correcte »*. Selon les circonstances et la qualité de l'auteur, une responsabilité médicale peut être recherchée. La violation de l'ancien article 223-11 du code pénal devenu l'article L.2222-2 du code de la santé publique. La violation de règles légales d'interruption volontaire de grossesse intervient, en France, dans trois cas : après l'expiration du délai de 12 semaines, lorsqu'elle est commise par une personne n'ayant pas la qualité de médecin et lorsqu'elle est commise hors de l'établissement autorisé. Dans ces hypothèses, l'interruption de la grossesse d'autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende lorsqu'elle est pratiquée en connaissance de cause. La pratique habituelle aggrave cette sanction jusqu'au cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Pour que la faute médicale soit retenue, il faut prouver que le médecin a commis une faute de négligence. Pendant l'intervention, elle peut consister à une négligence de risques tels que l'absence de vérification de l'expulsion effective de l'embryon. Postérieurement à l'opération, il peut s'agir de l'omission d'information de la femme sur les contrôles obligatoires du résultat de traitement[331]. Dans certains cas, le praticien n'a pas vérifié les résultats en temps utile[332]. La faute commise peut conduire à un droit à la réparation du préjudice subi distinctement pour la mère et pour l'enfant. Tel était le raisonnement du Conseil d'État le 14 février 1997 dans l'arrêt dite *« Quarez »*[333]. Dans cette jurisprudence, le juge administratif français a admis que la faute de diagnostic *in utero* consistant dans l'absence de la détection de très graves affections de l'enfant qui a empêché la mère de recourir à l'interruption volontaire de grossesse avant le délai légal de dix semaines à l'époque, engage la responsabilité envers les parents. Elle sera quasi littéralement reproduite par l'article 1 de la loi du 4 mars 2002 : *«... La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son*

---

[330] **L'article L.2212-1 du code de la santé publique dispose** *« L'interruption volontaire de grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin. Elle ne peut avoir lieu que dans un établissement de santé public ou dans un établissement de santé privé satisfaisant aux conditions de l'article L.2322-1 ou, dans le cadre d'une convention conclure entre la praticien et un tel établissement, dans des conditions fixées par décret »*

[331] La jurisprudence sur la nécessité d'une faute : TGI d'Évry, 21 décembre 1979, Dalloz 1981, p. 185, note J. Penneau ; TGI de Bobigny, 15 décembre 1976, Dalloz 1977, p. 245, note P. Le Tourneau ; TGI de Bobigny, 9 février 1983, JCP, éd. gén., 1984, II, 20149 ; RDSS 1977, p. 34, observation L. Dubouis ; RDSS, 1983, p. 701, observation L. Dubouis ; JCP, éd. gén., 1992, II, 21784 ; TGI Le Mans, 22 novembre 1983, Gazette du Palais, 1984, I, sommaire, p. 121 ; CA de Riom, 6 juillet 1989, Dalloz 1990, p. 284, note P. Tourneau

[332] CA de Riom du 6 juillet 1989, Dalloz, jurisprudence, p. 284, note Ph. Le Tourneau, JCP, éd. gen., 1989, IV, p. 342 ; Dalloz 1991, sommaires, p. 180, observation, J. Penneau

[333] Rec. CE 1997, p. 44, conclusion V. Pécresse ; CE 14 février 1997, CHR de Nice, Époux Quaretz ; Dalloz, 1997, sommaire, p. 60 ; JCP, éd. gen., II, 22828 ; AJDA 1997, p. 480, chronique, p. 430

préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre mesures susceptibles de l'atténuer… ». La faute du médecin doit se trouver à l'origine de l'échec de l'interruption de grossesse. Le juge français a reconnu explicitement, le 9 février 1983, un lien de causalité lorsque *« l'intervention défaillante du médecin a joué un rôle causal dans la prolongation d'un état de grossesse qu'il avait pour mission de faire disparaître »*[334]. Mais, si la cause du préjudice résidait bien dans l'échec de l'interruption volontaire de grossesse, le juge n'a pas retenu, en l'espèce, l'existence d'une faute médicale car la patiente n'aurait pas apporté la preuve de la négligence du médecin qui a omis de faire pratiquer un contrôle postopératoire[335].

201. Les règles de l'art médical en droit polonais. Le code pénal de 1932 imposait expressément que l'interruption de grossesse devait être réalisée par un professionnel de santé. En ce qui concerne la législation actuelle, les règles concernant les professionnels de santé en Pologne sont dispersées dans les lois et les circulaires ministérielles contrairement à la France, où elles sont regroupées dans le code de la santé publique et les réglementations portant sur la profession de médecin. En vertu de l'article 4a al.1 de la loi du 7 janvier 1993 actuellement en vigueur en Pologne, pour que l'interruption de grossesse soit légale, indépendamment de la satisfaction des conditions légales, elle doit être pratiquée par un médecin spécialisé. Selon la Circulaire du Ministère de la santé du 22 janvier 1997, il doit avoir une spécialisation de premier degré en gynécologie. Aucune exception à cette règle n'est pas prévue en droit polonais. Le médecin peut s'exposer à une sanction en cas de violation de l'article 30 de la loi sur la profession de médecin du 5 décembre 1996.

2. Le préjudice subi par la mère

202. L'interprétation large de la notion du préjudice subi par la mère. En se rapprochant aux dispositions polonaises, le juge français a reconnu l'existence d'un préjudice *« circonstanciel »*, lié aux origines criminelles de la grossesse. Les formes du préjudice peuvent être multiples : préjudice esthétique, douleur, invalidité, voire décès de la patiente. La première hypothèse est cependant difficilement envisageable, et toujours très relative, car une cicatrice dans des endroits intimes peut diminuer l'estime de soi, ou nuire dans l'exercice de certaines professions. Parce que pour des cicatrices consécutives à une opération, il est

[334] TGI de Bobigny du 9 février 1983, RDSS 1983, p. 701, note L. Dubouis ; JCP, éd. gen., 1984, jurisprudence, n° 20149, note A. Dorsner-Dolivet ; Gazette du palais 1983, 1, p. 200
[335] Voir aussi CA de Pau du 8 février 1984, Dalloz 1985, sommaires commentés, p. 464, observation J. Penneau

très difficile de retenir la responsabilité du médecin en absence d'une grossesse conséquente à l'échec d'un acte abortif[336]. Matériellement, le préjudice peut signifier les frais d'une nouvelle intervention et d'un éventuel traitement médical. La faute médicale commise par un praticien peut exposer les parents à une naissance préjudiciable de l'enfant non désiré[337]. Car *« l'existence d'un enfant conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de grossesse »*[338].

203. Le préjudice sexuel. La doctrine française a élaboré une notion encore inconnue en Pologne, celle de préjudice sexuel. Selon Monsieur A. Rogier, il se définit par la privation de la fonction sexuelle, il comprend celle du plaisir et celle de la fertilité[339]. La fonction de plaisir comporte principalement trois composantes : l'envie, la capacité physique d'accomplissement de l'acte et la capacité à accéder au plaisir. Dans son ensemble, il constitue un préjudice d'agrément qui sera progressivement reconnu à partir des années 1970[340]. L'objet d'évaluation intègre aussi l'impuissance sexuelle et procréative *stricto sensu* et le préjudice esthétique susceptible de porter atteinte à la capacité de séduction. Le 2 décembre 1977, la Cour d'appel de Paris a précisé qu'il peut s'agir d'une *« diminution des plaisirs de la vie, causée notamment par l'impossibilité ou la difficulté de se livrer à certaines activités normales d'agrément »*[341]. De son côté, la Cour de Cassation visa également le préjudice d'agrément. Ce préjudice d'agrément résulte *« de la perte de qualité de vie »*, ou *« de l'impossibilité de se livrer à une activité ludique ... »*[342]. Les éléments constitutifs du préjudice sexuel ont été récemment précisés par la Cour de cassation. Depuis le 7 février 2008, elle reconnaît l'existence d'un préjudice consistant en la perte d'une chance de se marier ou de fonder une famille[343]. Le 17 juin 2010, la deuxième chambre civile a donné une interprétation extensive du préjudice sexuel, qui désormais ne se limite pas à la perte de sensation de plaisir, mais concerne toute forme d'atteinte à la vie sexuelle. Il ne se

---

[336] V. Bonniques, *Naissance et vie préjudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale*, Mémoire de DEA Droit Privé, Lille 2, p. 22
[337] Cass. Civ., 1 chambre, 26 mars 1996, Dalloz 1997, p. 35
[338] Cass. Civ., 1 chambre, 25 juin 1995, CA de Riom 6 juillet 1989
[339] A. Rogier, *Dommage corporel : Éléments médico-légaux à l'usage du juriste et du médecin*, éd. ESKA, 2001
[340] Juris-Classeur Civil, art. 1382 à 1386, Fascicule 202-1-2, *Régime de la réparation*, n° 4 ; G. Melennec, *Le préjudice sexuel*, Gazette du palais 1977, 2, p. 525 ; A. Bourrier-Quenillet, *Le préjudice sexuel : preuve, nature juridique et indemnisation*, JCP, éd. gen., 1996, I, 3986 ; M. Groutel, *Les facettes de l'autonomie du préjudice sexuel*, RCA mars 1993, chronique, p. 7
[341] CA Paris, 17 chambre B., 2 décembre 1977, Dalloz Sirey 1978, 285, note Y. Lambert-Faivre ; Gazette du palais 1978, 1, 36
[342] Cass. Civ., 19 mars 1997, Dalloz 1998, 59, note Y. Lambert-Faivre
[343] Cass. Civ., 7 février 2007, n° 07-10297

limite non plus à la sphère procréative, il peut être caractérisé aussi bien par la perte de l'envie ou de la libido, que par une difficulté de procréer[344].

204. L'atteinte à la fonction procréative en droit polonais. L'exemple de ce type de préjudice illustre de manière directe la divergence des regards portés sur la sexualité humaine par les législateurs français et polonais. Selon l'interprétation polonaise, le préjudice sexuel tel qu'il est défini par l'article 156§1 du code pénal consiste seulement restrictivement dans une atteinte grave à la capacité de procréer. Il n'est constitué que si la capacité de procréer a été effectivement atteinte. Dans l'approche française, le préjudice en question s'attache plus généralement à l'activité sexuelle, indépendamment de sa finalité procréative. Il existe aussi bien dans le cadre du sexe procréatif que du sexe récréatif. En France, dans le cas de l'impuissance totale et irréversible de l'homme, sa femme peut être reconnue comme une victime du préjudice sexuel par ricochet[345]. La jurisprudence récente témoigne de la difficulté d'évaluer ce préjudice, soumis aux fluctuations du temps. En 2004, la privation des plaisirs sexuels était évaluée à 3 500 euros[346] ; en 2008 le même préjudice est réévalué à 30 000 euros[347]. Le juge français du fond applique un vocabulaire varié pour décrire ces *« joies de l'existence »*. Parfois, il accorde même l'indemnisation à un mari-victime d'une privation de dix orgasmes conjugaux et il fixe un *« tarif »* de trois cents francs par orgasme[348].

205. Plan. Si les deux systèmes de droit divergent en ce qui concerne de la prise en compte de la situation personnelle de la femme enceinte demandeuse d'une interruption volontaire de grossesse, les droits français et polonais se rapprochent dans l'appréciation de la question de santé de la femme et de l'enfant conçu.

---

[344] JCP, éd. gén., n° 26, 2010, p. 1625 ; Cass. Civ., 2 chambre 17 juin 2010, n° 09-15.842
[345] Cass. Civ., 2 décembre 1998, n° 97-12556
[346] Cass. Crim., 9 mars 2004, n° 03-85249
[347] Cass. Crim., 15 avril 2008, n° 07-863360
[348] TGI de Saintes, 6 janvier 1992, Dalloz 1993, sommaire 28, observation J. Penneau

SECTION 2
La prise en compte similaire de la santé de la femme et de l'enfant conçu : les cas des interruptions médicales de grossesse

206. Le rapprochement progressif entre les législations française et polonaise. Contrairement à l'interruption volontaire de grossesse effectuée pour des raisons subjectives liées à la volonté de la mère, les interruptions médicales de grossesse sont fondées sur des raisons objectives. Il s'agit d'hypothèses qui montrent un rapprochement très significatif entre les législations médicales et pénales des deux pays, tant lorsqu'il s'agit de conditions de fond que de forme. Ces interruptions médicales sont des interruptions de grossesse qui bénéficient d'une plus grande acceptation sociale. Le diagnostic médical concerne tantôt la mère tantôt de l'enfant conçu. Les deux systèmes admettent la possibilité de dépasser le délai légal de l'interruption volontaire de grossesse. Cependant, le délai est différent : la loi française permet une interruption médicale de grossesse à tout moment. La loi polonaise accorde une telle possibilité uniquement avant que le fœtus soit suffisamment développé pour pouvoir exister indépendamment de l'organisme de sa mère[349]. Dans les deux pays, une procédure

[349] Sur l'interruption médicale de grossesse en droit polonais : M. Boratyńska, *La violation de la loi sur l'interruption de grossesse*, Droit et médecine 2008, n° 3 ; I. Konarska, *Gynécologue, le décideur*, La Revue 2003, n° 4 ; E. Zielińska, *L'interprétation de la réglementation sur la protection de l'enfant conçu*, État et Droit 1995, n° 2, p. 21 et s. ; A. Wisniewski, *Le droit pénal sur l'avortement, les imprécisions de la loi et ses conséquences*, Journal Rzeczpospolita 1993, n° 81 ; T. Smyczyński, *Nasciturus et le droit sur l'avortement*, Études juridiques 1993, n° 1 ; A. Klimek, *Gynécologie*, Varsovie 1982, p. 39 et s. ; T. Slipko, *Les frontières de la vie, Les problèmes de la bioéthique contemporaine*, Varsovie 1985, p. 177 et s. ; E. Zielińska, *In dubio pro vita, la protection du début de la vie dans le projet du code pénal*, in S. Waltos (sous la dir.), *Les problèmes de la codification du droit pénal*, Mélange M. Cieslak, Cracovie 1993, p. 219 et s. ; W. Wróbel, *La protection de l'enfant conçu*, État et droit 1993, n° 5 ; J. Haberko, *La nécessité de considérer l'intérêt d'une tiers personne dans la procédure impliquant le diagnostic et thérapie pré-natal*, in *Conférence « Médecine-la science ou lieu de la réalisation des voeux des patients »*, Varsovie 17-18 avril 2008, Droit et médecine 2008 ; J. Haberko, R. Kocyłowski, *Les aspects médicaux et juridiques du traitement du foetus, VI Conférence internationale sur les droits de l'homme, Lecce, 30-31 mai 2006*, non publié ; M. Zelichowski, *La subjectivité juridique de l'homme au stade embryonnaire de sa vie*, Cahiers de droit pénal et sciences pénitentiaires, 1997, n° 1 ; J. Haberko, *Le consentement à l'acte médicale d'une femme enceinte*, RPEiS 2007, p. 93 et s. ; M. Łaczkowska, *Statut pénal de l'enfant conçu*, AML 2006, n° 12(3) ; J. Haberko, *Les règles du consentement en cas d'un diagnostic et d'une thérapie médicales impliquant l'enfant conçu*, in M. Głowacki, E. Mojs, (sous la dir.) *Les menaces médicales et sociales concernant des enfants*, Poznań 2008, p. 99 ; M. Safjan, *Droit et médecine, la protection de droits d'un individu et les problèmes de la médecine moderne*, Varsovie 1998 ; J. Haberko; R. Kocyłowski, B. Pawelczyk, (sous la dir.) *Lege artis, Les problèmes de droit médical*, Poznań 2008 ; T. Basiega, *L'autonomie du médecin et le but de la médecine*, Médecine pratique 2005, n° 6, p. 20-24 ; L. Bogunia, *L'interruption de grossesse, les problèmes pénaux et criminologiques*, Wrocław 1980, p. 14 et s. ; H. Wolińska, *Les fondements et la confrontation avec la réalité : les remarques sur l'application de la loi du 27 avril 1956 sur les conditions d'interruption de grossesse*, État et Droit 1960, n° 2, p. 282 ; P. Wińczorek, *Commentaire de la Constitution de Pologne du 2 avril 1997*, Varsovie 2000, p. 47 et s. ; T. Smyczyński, *Opinion sur le projet parlementaire de la modification de l'article 38 de la Constitution de Pologne*, Bureau du Sejm 2007, n° 3, p. 17 et s. ; M. Wild, *Wrongful birth en droit polonais, décision de la Cour Suprême de Pologne du 21 novembre 2003, Affaire V CK 16/03*, Revue des tribunaux 2005, n° 1, p. 49 et s. ; S. Rutkowski, *Le consentement à l'acte médical selon l'article 192 du code pénal*, Parquet et droit, 2000,

particulière est mise en place pour diagnostiquer l'état de grossesse, l'état de la femme et l'état de l'enfant avant une éventuelle interruption de grossesse qui n'est jamais automatique. La décision finale est entre les mains de la mère, considérée comme le principal décideur. L'avis du père peut être néanmoins donné, mais à titre consultatif, aussi bien en France qu'en Pologne. La décision finale est donc prise sur des deux types de facteurs. D'une part, elle nécessite la prise en compte d'éléments objectifs liés à la situation médicale de la femme ou du fœtus, éléments dont le rôle est déclencheur. D'autre part, elle repose sur un élément subjectif mais fondamental et décisif, celui de la décision personnelle de la femme. L'ensemble de ces arguments permet de considérer que l'interruption médicale de grossesse ne doit être considérée comme une manifestation moderne d'eugénisme. Sur le plan médical et pénal, c'est une décision individuelle et personnelle. La différence fondamentale entre les droits français et polonais concerne en revanche l'entendue pénale de la protection de l'enfant conçu face à l'interruption de grossesse. En Pologne, malgré l'existence d'une législation similaire à celle de la France, on note de véritables difficultés liées à l'exécution pratique du droit aux examens prénataux[350]. Alors que le recours aux interruptions médicales de grossesse est admis en vertu de l'article 4 de la loi du 7 janvier 1993 et la jurisprudence de la Cour Suprême de Pologne. En France, la dernière modification de la loi relative à la bioéthique intervenue le 7 juillet 2011 n'a pas apporté de modifications fondamentales dans la rédaction de l'article L.2213-1 du code de la santé publique. Dans les articles 25 et 26 de cette loi de 2011, les conditions du recours aux interruptions médicales de grossesse n'ont pas

---

n° 2, p. 15 ; M. Zubik, *La protection du début de la vie de l'homme dans les législations internationales et constitutionnelles*, Revue de Sejm 2007, n° 3(80), p. 24 ; M. Boratyńska, *La violation de la loi sur l'interruption de grossesse*, Droit et médecine 2008, n° 3 ; E. Zielińska, *Le regard sur la réglementation concernant des droits reproductifs*, in W. Nowicka, *Les droits reproductifs en Pologne, les conséquences de la loi sur l'avortement*, Rapport de septembre 2007, Fédération pour les droits des femmes et la planification familiale

[350] Sur l'interruption médicale de grossesse en droit français : R. Vourin, *L'avortement voulu*, Dalloz 1976, chronique, p. 1 ; D. Vigeau, *2001, le droit libéral de l'avortement ! A propos de la du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, Revue générale de droit médical, 2001, n° 6, p. 207 ; S. Kiefe, *Contraception et avortement*, Gazette du palais, Tables, 1976, I, doctrine, p. 19 ; G. Mémeteau, *Le refus de soins à l'enfant conçu*, RDSS 1979, p. 317 ; M. Hardouin, *Grossesse et liberté de la femme*, Droit social 1977, p. 287 ; G. Roujou de Boubée, *L'interruption volontaire de la grossesse*, Dalloz 1975, chronique, p. 210 ; J. Rubellin-Devichi, *Le droit et l'interruption de grossesse*, LPA 7 juin 1996, n° 69, p. 19 ; L. Dubouis, *L'interruption volontaire de grossesse au regard du droit communautaire*, RDSS 1992, p. 49 ; C. Brunetti-Pon, *Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Droit de la famille 2001, chronique, n° 23 ; D. Duval-Arnould, *Minorité et interruption volontaire de grossesse*, Dalloz 1999, chronique, p. 471 ; T. Cabot, *La responsabilité du service public hospitalier et l'interruption volontaire de grossesse*, Gazette du Palais, Tables, 1985, 2, doctrine, p. 602 ; J.-S. Cayla, *La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse : aspects médicaux et biologiques*, RDSS 1980, p. 308 ; M. Drapier, *La loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, dix ans après : histoire d'un compromis*, RDP 1985, p. 443 ; E. Clavel, *La clause de conscience du médecin dans la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse*, JCP, éd. gén., 1978, I, 2915 ; R. Frydman, *Dieu, la médecine et l'embryon*, éd. Odile Jacob 1997 ; R. Frydman, M. Vial, Y. Ville, *Médecine foetale et diagnostic prénatal*, éd. PUF, coll. Que-sais-je ?, 1993

été modifiées, mais l'article 25 clarifie la situation médicale de la mère par la plus grande *« spécialisation »* du conseil médical et l'article 26 fixe à une semaine, le délai de réflexion préalable à l'interruption de grossesse pour un motif médical, qui est attribué à la mère en dehors d'une urgence médicale. La législation actuellement en vigueur est marquée par l'élargissement du champ des indications médicales associées à la santé de la mère (§ 1). L'état médical de l'enfant conçu fait également l'objet d'une évaluation légale (§ 2).

§1 : L'élargissement progressif du champ des indications médicales liées à la santé de la mère

207. Présentation. La santé de la mère figure parmi les indications médicales prises en compte par les législateurs français et polonais. Elle reste à la fois médicalement objective et relative, vu l'évolution de la médecine. Cette interruption autrefois appelée *« thérapeutique »* est un acte médical particulier qui illustre le choix des valeurs sociales de la société exprimée par son législateur à un moment donné. Ce choix donne préférence à la femme, personne réellement existante plutôt qu'à l'enfant conçu, personne seulement potentielle. En France *« la loi pénale garantit l'intangibilité du corps des personnes humaines, mais pas l'intangibilité de tous les êtres humains »*[351]. En Pologne, la santé de la mère et celle de l'enfant conçu sont protégées séparément. Ce dernier est quasi totalement sacrifié en France ; il est protégé par le seuil de viabilité en Pologne. Les indications médicales liées à la santé de la mère ont évolué tout en mentionnant l'autonomie décisionnelle de la femme (A), et la clause de conscience du médecin, pilier de la déontologie médicale en France et en Pologne (B).

A. L'évaluation des indications médicales liées à la santé de la mère

208. Présentation. Dans un premier temps, les interruptions de grossesse ont été autorisées dans le but de protéger la mère menacée par une grossesse et sans aucune considération pour l'enfant conçu. L'évolution des législations en France et en Pologne témoigne de la volonté d'assurer à cette dernière la protection la plus vaste possible, en ce qui concerne sa santé physique et psychique. Les législateurs dans les deux pays ont remplacé l'appellation *« thérapeutique »* par l'appellation *« médicale »*, plus vaste que la première et moins

[351] B. Py, *Recherche sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse, Nancy II, 1993, p. 327

rigoureuse (1). Les indications médicales fondent l'objet d'une évaluation. Même lorsque ces indications médicales liées à la santé de la mère sont graves et inquiétantes, la décision finale de poursuivre ou d'interrompre une grossesse à risque appartient toujours à la femme (2).

1. De l'interruption dite « thérapeutique » à l'interruption dite « médicale » de grossesse

209. En Pologne. La notion de motif thérapeutique en cas d'interruption de grossesse a été introduite officiellement pour la première fois par le code pénal du 11 juillet 1932 en Pologne. Dans l'esprit du législateur de l'époque, cette finalité thérapeutique était interprétée de manière stricte comme un risque direct, réel et inévitable pour la vie de la mère[352]. Le code pénal polonais de 1932[353] légalisait dans ses articles 231 et 232 les avortements thérapeutiques en imposant deux conditions : l'acte devait être réalisé par un médecin et seulement lorsqu'il était indispensable pour la sauvegarde de la santé de la mère. Comme précise Madame M. Lipczyńska, dans la pratique, le recours aux avortements était largement conseillé en cas de tuberculose avancée, une maladie largement répandue avant la guerre, plus particulièrement chez les pauvres ouvrières[354]. La loi du 27 avril 1956 sur les conditions de l'interruption de grossesse[355], inspirée par la législation soviétique de l'époque, a maintenu ces solutions[356]. Elle facilitait même le recours pratique aux interruptions de grossesse au niveau de la procédure. Car désormais, une seule attestation délivrée par un médecin traitant était suffisante et aucun délai de l'interruption thérapeutique de grossesse n'était précisé par le législateur. Cette libéralisation sans précédent dans le droit polonais a provoqué de vives protestations des milieux médicaux, juridiques et de l'église catholique, mais elle a traduit une tendance plus générale présente dans les législations des pays communistes[357]. Les modifications postérieures du code pénal polonais, notamment celles de 1993 et 1998, ont opéré des changements importants visant à restreindre l'accès aux examens prénataux et à

---

[352] R. Poplawski, *Traité de droit pharmaceutique*, Paris 1950, p. 424 et s. ; F. Hélié, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, Droit pénal, Paris 1948, p. 257 et s. ; Après quelques décennies d'application de ce décret-loi, notamment après la deuxième guerre mondiale, les avortements thérapeutiques seront fondés sur une classifications bipolaire. Ainsi la pratique médicale a pu distinguer deux types des indications : les indications absolues (les hémorragies utérines, l'anémie pernicieuse, les diabètes, la tuberculose, les cardiopathies) et les indications relatives (certaines maladies nerveuses telles que la surdité, la cécité) *in* B. Mougeolle, *Les avortements légaux dits « thérapeutiques » ou « médicaux »*, thèse de Nancy II, 1959, p. 34-51 ; C. Prudhon, *L'article L.162-12 du code de la santé publique, Les avortements dits thérapeutiques*, Mémoire de DEA de Sciences Criminelles, Nancy II, 1999/2000, p. 22

[353] Code pénal du 1 juillet 1932, Journal des Lois 1932, n° 60, position 571

[354] M. Lipczyńska, *La protection du foetus dans la loi du 27 avril 195 et dans le nouveau projet du code pénal*, État nouveau 1957, n°1-6, p. 25

[355] La loi du 27 avril 1956 sur les conditions de l'interruption de grossesse, Journal des Lois 1956, n° 12, position 61

[356] W. Chudy, *Les débats de Sejm de la République Populaire de Pologne*, éd. Ethos 1989, p. 117-131

[357] A. Grześkowiak, *Pour une protection pénale de l'embryon*, Peplin 1991, p. 214-215

renforcer la protection pénale de l'embryon et du fœtus. Par conséquent, si le droit à l'interruption médicale de grossesse existe bien dans les textes polonais, en pratique médicale, il est souvent difficile à mettre en exécution. Actuellement, l'article 4a de la loi du 7 janvier 1993 modifié par la loi du 30 août 1996 prévoit que la grossesse doit mettre en danger soit la vie soit la santé de la mère[358]. Il convient donc conclure, que les dispositions polonaises visent à protéger la femme enceinte de façon plus large que les dispositifs français. En Pologne, la loi protège à la fois la santé et la vie de la mère, alors qu'en France elle protège la santé menacée par un péril grave.

210. En France. Le code pénal de 1810 ignorait la notion de l'avortement thérapeutique. Jusqu'en 1939, la jurisprudence pénale admettait l'état de nécessité quand la mère était en danger de mort. Le décret-loi du 29 juillet 1939 a introduit dans le droit français une notion de nécessité thérapeutique. Aux termes de l'article 87, les avortements thérapeutiques avaient pour finalité *« la sauvegarde de la vie de la mère gravement menacée »*. Cette nécessité de sauver la vie de la mère traduisant l'application de l'état de nécessité pour justifier un avortement[359]. L'élargissement de cette indication thérapeutique interviendra en France avec la loi du 17 janvier 1975. L'article L.162-12 du code de la santé publique[360] consacra ce type interruptions de grossesse plus large : avec une appréciation bipolaire du motif thérapeutique, à la fois restrictive par référence à un *« péril grave »*, et plus large par la référence à la notion de *« santé »*. Cette intervention législative a conduit à l'élargissement des interventions médicales vis-à-vis d'une femme menacée par la poursuite de la grossesse, aussi bien que la marge d'appréciation du corps médical. L'exigence d'un danger pour la vie avait été remplacée par le danger pour la santé, une notion plus large. Depuis 1997, l'état de nécessité était constaté par deux médecins dont l'un exerce son activité dans un centre prénatal pluridisciplinaire agréé. Une dernière modification a été opérée par la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception et l'ordonnance du 4 septembre 2003. Elle a introduit l'article L.2213-1 et s. du code de la santé publique modifié récemment par la loi du 7 juillet 2011. Depuis 2001, la demande d'une interruption médicale de grossesse a été soumise à un conseil collégial. L'interruption de grossesse pratiquée pour motif médical est définie, selon cet article, dans les termes suivants : *« ... l'interruption de*

---

[358] D. Roman, *L'avortement devant la Cour européenne, A propos de l'arrêt CEDH, 18 mars 2007, Tysiąc c/Pologne*, RDSS 2007, n° 4, p. 643 et s.

[359] F. Dekeuwer-Défossez, *Interruption volontaire de grossesse*, Répertoire pénal Dalloz avril 1996, n° 92

[360] **L'article L.162-12 du code de la santé publique disposait**: « *L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins attestent, après examen et discussion,que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment de diagnostic.... ».*

grossesse est envisagée au motif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ... ». Ce *« péril grave »* menaçant la santé de la mère peut être aussi bien physique comme un risque cardiaque, que psychique comme une dépression nerveuse grave. La loi du 7 juillet 2011a élargi le conseil pluridisciplinaire chargé d'examiner la demande de la femme dans l'article L.2213-1 al.2 du code de la santé publique. L'article L.2213-1 al.3 du même code prévoit qu'un délai de réflexion d'une semaine doit, sauf urgence, être proposé à la femme enceinte avant de décider d'interrompre ou de poursuivre sa grossesse.

211. La protection de la santé de la mère. En Pologne, l'article 68§3 de la Constitution polonaise garantit explicitement aux femmes enceintes la protection de leur santé. En droit français, le Préambule de la Constitution de 1946 pose en principe que *« La Nation garantit à tous notamment à l'enfant et à sa mère la protection de la santé »*. Cependant, le Conseil Constitutionnel a précisé le 15 janvier 1975 qu'il s'agit d'un droit positif, qui s'adresse à la mère et à l'enfant ayant une santé distincte de celle de sa mère[361]. Si le regard sur l'enfant conçu est divergent sur le plan constitutionnel, les droits français et polonais ont choisi une conception très vaste de la santé de la mère. Dans les deux systèmes, on exige que la poursuite de la grossesse mette en péril grave la santé de la femme (la France), ou mette en danger la vie ou la santé de la mère (la Pologne). Un tel choix de vocabulaire semble être une solution habile dans la mesure où en l'absence d'une liste exhaustive de maladies, le praticien est invité à individualiser chaque fois sa démarche. Les maladies psychiatriques, susceptibles d'être à l'origine d'une interruption médicale de grossesse, sont identifiées et répertoriées comme maladies mentales. Les deux législations ont un caractère évasif. L'expertise médicale préalable à l'interruption médicale de grossesse doit prendre en considération la réalité d'une maladie déjà existante chez la femme enceinte. Le progrès constant de la médecine permet de soigner un certain nombre de maladies et de poursuivre une grossesse à terme malgré un risque potentiellement existant. Les nouveaux médicaments ou traitements permettent de soigner mieux la mère et de protéger aussi l'enfant conçu. Le fait d'avoir des connaissances nouvelles conduit à éviter les drames : par exemple certains traitements de chimiothérapie sont incompatibles avec une grossesse. Il y a encore quelques années, la présence du virus du SIDA condamnait l'enfant à l'avance. Aujourd'hui, la mise en place d'une trithérapie a réduit considérablement le risque de la contamination du virus. La protection de la santé se fait avant tout par l'évaluation permanente de la santé de ma mère et de fœtus, plus particulièrement par la prise en compte de tous les antécédents médicaux, des

[361] CC, Décision n° 74-54 du 15 janvier 1975 ; L. Favoureau, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz 1999, n°331-332

césariennes, les éventuelles pathologies maternelles, enfin le contrôle des médicaments pris par la femme enceinte. Une maladie mentale doit constituer la menace en soi pour la femme enceinte. *« Pour les plus graves d'entre elles, la schizophrénie, les dépressions nerveuses profondes et les psychoses hallucinatoires, la grossesse représente un risque indiscutable de dégradation dangereuse de la santé mentale et de menace de suicide, les psychiatres demandent que la grossesse soit interrompue »*[362]. En outre, dès que la patiente souffre d'une de ces maladies, il se pose aussi un problème de l'influence pharmacologique des médicaments psychotropes sur la santé du fœtus et d'une éventuelle transmission au fœtus d'une maladie héréditaire. C'est l'intégralité des informations qui doit être évaluée.

212. Les facteurs décisionnels extérieurs à la femme. Les éléments décisionnels extérieurs à la femme sont étroitement liés à la réalité médicale, dont elle est informée. La femme confronte donc son désir initial d'être mère avec la nature exacte de la maladie dont elle est atteinte et de ses suites prévisibles. Sa décision dépend alors de l'estimation de la gravité de la pathologie et des possibilités thérapeutiques et techniques de soigner. Si la décision en soi est déjà difficile à prendre, elle est encore plus problématique lorsque la mère est confrontée à une maladie complexe.

213. Les facteurs décisionnels associés directement à la personne de la femme. Elle prend sa décision en fonction de ses propres convictions religieuses, économiques, sociales, familiales. Confrontée aux révélations médicales, elle doit faire un choix capital : accepter ou refuser sa future souffrance en gardant ou en supprimant le fœtus. La loi laisse un libre arbitre à la femme majeure et elle fixe les règles relatives à l'accès à l'interruption médicale de grossesse par les femmes mineures. Ces dispositions doivent être interprétées comme les normes protectrices. En Pologne, le consentement doit être confirmé par écrit et la situation de la femme mineure varie selon son âge et son état psychique. La mineure de moins de 13 ans a le droit de donner son accord écrit, mais la décision finale est prise par le tribunal des affaires familiales. La mineure de plus de 13 ans doit donner obligatoirement son consentement écrit, de la même façon que son représentant légal. La mineure protégée sous tutelle est représentée par son tuteur obligatoirement, sauf si ce dernier ne peut pas ou ne veut pas satisfaire à ses obligations et dans ce cas, la décision sur l'interruption médicale de grossesse est prise par le tribunal des affaires familiales. Sur le plan pénal, sont appliqués les articles 153§1, 153§2 et 154 du code pénal. Aucune réglementation particulière n'est pas réservée aux mineures enceintes dans le code pénal polonais. En France, il n'existe aucune

[362] J. Milliez, *L'euthanasie du foetus. Médecine ou eugénisme ?*, éd. Odile Jacob 1999, p. 20

réglementation particulière relative au recours des patientes mineures aux interruptions médicales de grossesse. Par conséquent, il convient appliquer l'article L.1111-2 du code de la santé publique qui dispose : *« (...) Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon le cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. (...) »*. Lorsque la patiente est mineure et capable d'exprimer, son consentement doit être recherché. Lorsque la patiente est mineure incapable placée sous curatelle, un accord de curateur doit être obtenu. Si elle est placée sous une tutelle, le recours à l'interruption médicale de grossesse exige un accord du conseil de famille et du tuteur.

2. La relativité des indications médicales et les facteurs décisionnels liés à l'attitude du monde médical

214. L'attitude des médecins face à l'acte médical. La longueur ainsi que la complexité de la procédure qui précède la décision portant sur l'interruption médicale de grossesse constituent des facteurs importants qui traduisent le positionnement des médecins face à l'acte abortif. Dans les deux systèmes, la décision finale appartient à la femme, mais elle doit être précédée par une consultation médicale. Si le droit médical français donne une approche plus positive des interruptions médicales de grossesse que le droit polonais. Certains auteurs français mettent l'accent sur l'importance toujours persistante du pouvoir médical dans la prise de la décision. Selon eux *« les décisions de recours à l'IMG sont celles où les praticiens sont formellement les plus libres de faire prévaloir leur propre conception de ce que les autres (les parents et les enfants) peuvent supporter en matière de handicap »*[363]. L'information médicale donnée par un conseil des praticiens, renforcée encore par la dernière loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011, pèse fondamentalement sur la décision de la femme. *« Or, l'emprise est minimisée par le droit qui n'a de cesse de construire une relation formellement égalitaire »* entre la patiente et les praticiens[364]. Ce formalisme préalable à l'interruption médicale de grossesse peut être vu comme un facteur de protection de la femme à condition, qu'une certaine *« discipline du temps »* soit préservée. Désormais, elle est mentionnée par le nouvel article L.2213-1 du code de la santé publique, qui parle d'un état d'urgence. Il autorise l'interruption de grossesse *« au motif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme »*. L'article L.2213-1 précise que *« l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme comprendre au moins quatre personnes qui sont un*

[363] D. Memmi, *Archaïsme et modernité de la biopolitique contemporaine : l'interruption médicale de grossesse*, Raisons politiques 2003, n° 9, p. 127 et s.
[364] D. Roman, *L'avortement devant la Cour européenne, A propos de l'arrêt CEDH, 18 mars 2007, Tysiąc c/Pologne*, RDSS 2007, n° 4, p. 650

médecin qualifié en gynécologie-obstrétrique, membre d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal, un praticien spécialiste de l'affection dont la femme est atteinte, un médecin choisi par la femme et une personne qualifiée tenue au secret professionnel qui peut être un assistant social ou un psychologue. Le médecin qualifié en gynécologie-obstrétrique et le médecin qualifié dans le traitement de l'affection dont la femme est atteinte doivent exercer leur activité dans un établissement de santé ».

215. La portée de la clause de conscience et la continuité de soins d'une femme enceinte[365]. Les dispositions concernant de clause de conscience sont substantiellement similaire en France et en Pologne et basées sur la déontologie professionnelle. Aucune opération d'interruption de grossesse ne pourra être imposée au professionnel qui évoque la clause de conscience. En France, le code de la déontologie médicale, repris dans l'article R.4127-18 du code de la santé publique, dispose que le médecin à la liberté de refuser une interruption de grossesse. L'article L.2212-8 du code de la santé publique, introduit par la loi du 17 janvier 1975 précise que la femme doit être informée sans délai, le médecin doit lui *« communiquer immédiatement le nom du praticien susceptible de réaliser cette intervention »*. La clause de conscience est élargie aux autres professionnels de la santé tels que sage-femme, infirmière, auxiliaire médical qui, tout comme les médecins, ne sont tenus de concourir à une interruption de grossesse. En France, un chef de service doit désigner une partie du service dans son établissement, dont la mission sera d'assurer la pratique de l'interruption de grossesse. Le 27 juin 2001, le Conseil Constitutionnel a réaffirmé la liberté d'un chef de service de refuser de pratiquer lui-même un avortement. Le juge constitutionnel français a voulu simultanément garantir l'accès à l'avortement volontaire aux femmes grâce au concours des *« autres médecins et membres du personnel hospitalier »*[366]. Il semble que le législateur avait pour intention de concilier les différents intérêts en jeux. D'une part, il tente de préserver la clause de conscience du praticien face à son chef de service en raison de son pouvoir hiérarchique, dans la mesure où ce dernier peut se positionner favorablement ou défavorablement face à l'interruption de grossesse. D'autre part, il veut assurer aux femmes l'accès efficace à l'interruption médicale de grossesse en cas d'un désaccord entre les établissements[367]. La clause de conscience est, en France tout comme en Pologne, une notion

[365] En France, l'article L.2123-1 du code de la santé publique précise le spectre d'application de la liberté de conscience en matière de procréation humaine : à l'égard de l'interruption volontaire de grossesse, l'interruption médicale de grossesse et depuis 2001 en cas de stérilisation volontaire.
[366] CC, 27 juin 2001, Décision n° 2001-446 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception
[367] Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologies, étude *« Interruption de grossesse »*, n° 43 : « *Les établissements de santé privés peuvent refuser que des interruptions de grossesse soient pratiquées*

normative destinée à affirmer la licéité des interruptions de grossesse. Elle ne peut servir aux professionnels de la santé comme une sorte de barrage. Car la législation sur l'interruption médicale de grossesse doit répondre dans les deux systèmes aux deux impératifs. En premier lieu, la clause de conscience ne peut conduire à la violation du principe de continuité de soins. En deuxième lieu, la clause de conscience ne s'oppose pas au principe de soins appropriées reconnus aux femmes enceintes en vertu de l'article L.1110-5 du code de la santé publique en France[368] et de l'article 19§1 de la loi du 4 juin 1997 sur les établissements de soins de santé[369] en Pologne. La clause de conscience en Pologne[370] est explicitement mentionnée par la loi du 5 décembre 1996 relative à la profession du médecin dans l'article 39. Si les conditions générales correspondent aux solutions françaises, la réactivité du monde médical pose, en Pologne, des problèmes pratiques d'accessibilité à l'interruption médicale de grossesse[371]. La Cour européenne des droits de l'homme est actuellement saisie d'une requête suite au décès d'une femme atteinte de rectocolite hémorragique. Le médecin a refusé les tests de dépistage et le traitement médicamenteux dangereux, selon lui, pour le fœtus en se référant à la clause de conscience. La plaignante a saisi la Cour en vue de contester la

---

dans leurs locaux. Toutefois, pour les établissements ayant demandé à participer à l'exécution du service public hospitalier ou conclu un contrat de concession en application des dispositions des articles L.6161-5 et L.6161-9, un tel refus ne peut être opposé que si d'autres établissements sont en mesure de répondre aux besoins locaux » (article L.2212-8 alinéa 3 et 4 du code de la santé publique)

[368] A. Proust, *Refus de soins et clause de conscience en gynécologie obstétrique*, Centre de documentation multimedia de droit médical, Université Paris V, étude du 29 mai 2006

[369] La loi du 4 juin 1997 sur les établissements de soins de santé, Journal des Lois 1997, n° 104, position 661, L'article 19§1 de cette loi dispose *« Le patient a le droit de recevoir les soins et les services de santé adaptés aux exigences des connaissances médicales »*.

[370] Sur l'application de la clause de conscience face à l'interruption de grossesse en droit polonais : E. Zielińska, *La clause de conscience*, Droit et médecine 2003, n° 13 ; M. Żelichowski, *Le péril vital et la clause de conscience*, Médecine pratique 2007, n° 4, p. 200-2002 ; T.-M. Zielonka, *En marge du code de l'éthique médicale, l'article 39 du code de l'éthique médicale*, Gazette médicale 2002, n° 2 ; A. Zoll, *Le droit du médecin au refus de l'acte médical et ses frontières*, Droit et médecine 2003, n° 13, p. 19 ; S. Rutkowski, *Le consentement à l'acte médical selon l'article 192 du code pénal*, Parquet et droit, 2000, n° 2, p. 15 et s. ; J. Przybylska, *Les aspects civils du consentement du patient à l'intervention médicale et sa définition*, Moniteur juridique, 2003, n° 16 ; T. Basiega, *L'autonomie du médecin et du patient face à un but médical*, Médecine pratique, 2005, n° 6, p. 20-24 ; A. Pyrzyńska, *Quelques abus concernant de la clause de conscience (article 39 de la loi sur la profession du médecin)*, in J. Haberko, R. Kocyłowski, B. Pawelczyk, (sous la dir.) *Lege artis, les problèmes de droit médical*, Poznań 2008, p. 15

[371] Le regard de deux systèmes sur la notion de la clause de conscience semble d'être substantiellement similaire. Elles acceptent la légalité de la liberté de conscience ou l'objection de conscience. Cette dernière est un droit permettant une opposition dans la pratique médicale fondée sur des raisons purement professionnelles ou personnelles liées à l'éthique et aux convictions intimes d'une personne. Tant en France qu'en Pologne, le devoir d'accepter l'acte médical d'interruption de grossesse est relativisé par le droit du praticien de refuser de la pratiquer lui-même. A l'évidence, les droits français et polonais ont la même vision de la relation entre la clause de conscience et la notion de continuité de soins. En premier lieu, cette similitude suppose l'application de la clause de conscience en dehors de l'urgence. En deuxième lieu, si la prise en charge de la patiente par un praticien s'avère pour lui impossible, il a un devoir d'informer immédiatement la patiente. En troisième lieu, la clause de conscience impose au praticien de prendre sans retard les actes nécessaires à la continuité réelle des soins. *In fine*, les praticiens dans les deux pays peuvent rompre unilatéralement le contrat médical.

réglementation de la clause de conscience en Pologne[372].

B. Le contrôle des critères médicaux de l'interruption médicale de grossesse

216. Présentation. Les juges internes contrôlent la satisfaction des règles de la procédure médicale liée au diagnostic de l'état de santé de la femme. En droits français et polonais, l'interruption médicale de grossesse est une décision individuelle de la femme enceinte qui exerce son droit de disposer de son corps (1). Pour le juge européen, le droit à l'interruption médicale de grossesse est une manifestation du droit à la vie privée (2).

1. Le contrôle par le juge interne

217. Le contrôle de la procédure médicale en droit français. Sur le terrain médical, l'article L.2213-1 du code de la santé publique modifié par la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique précise une nouvelle composition de l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme[373]. D'un point de vue purement pénal, le juge va analyser l'attitude de la femme, la régularité de l'opération, l'existence d'un motif médicalement confirmé, enfin les conditions d'organisation prévues par l'article L.2213-1 du code de la santé publique. Sur le terrain du droit français, il peut s'agir de la violation de l'article L.2222-3 du code de la santé publique. Il punit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende *« le fait de procéder à une interruption de grossesse après diagnostic prénatal sans avoir respecter les modalités prévues par la loi »*. Ensuite, le juge peut vérifier la compétence professionnelle du praticien en vertu de l'article L.2212-2 et l'établissement d'une déclaration exigée par l'article L.2212-10 et qualifiée pénalement par l'article R. 2222-3 de contravention de la cinquième classe par le même code.

218. Le contrôle effectif porte sur la réalité de l'état de péril. Le 9 juillet 1982, la Cour d'appel de Paris a posé un principe général selon lequel *« il appartient au juge de rechercher*

---

[372] CEDH, 16 septembre 2008, Z c/Pologne, n° 46132/08

[373] Nouvel article L.2213-1 du code de la santé publique issue de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique dispose : « *... Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme comprend au moins quatre personnes qui sont un médecin qualifié en gynécologie-obstrétrique, membre d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal, un praticien spécialiste de l'affection dont la femme est atteinte, un médecin choisi par la femme et une personne qualifiée tenue au secret professionnel qui peut être un assistent social ou un psychologue. Le médecin qualifié en gynécologie-obstrérique et le médecin qualifié dans le traitement de l'affection dont la femme est attente doivent exercer leur activité dans un établissement …* »

si les faits dont il était saisi répondaient ou non aux exigences de la loi, son contrôle devant s'exercer non seulement sur les conditions de régularité formelle, mais encore sur les conditions de fond, en recherchant si l'appréciation du « péril grave » encouru du fait de la grossesse était oui ou non fondée »[374]. La terminologie médicale est précisée par le nouvel article L.2213-1 du code de la santé publique, la grossesse *« met en péril grave la santé de la femme »*.

219. Le contrôle de la procédure médicale en droit polonais. Pénalement, l'absence du motif thérapeutique pourra entraîner la responsabilité pénale sur le fondement des articles 152§1, 152§2, 153§1 et §2 et 154 du code pénal. S'agissant des règles de la procédure médicale, elles sont fixées par la loi du 5 décembre relative à la profession du médecin 1996. La Circulaire du 22 janvier 1997 du Ministère de la Santé et de la Protection Sociale précise les procédures différentes selon le motif médical de la demande. Dans l'hypothèse de l'article 4a alinéa1 et 4a alinéa 2 de la loi du 7 janvier 1993 (les indications liées à la santé de le femme), l'interruption médicale de grossesse est réalisée dans un hôpital par un gynécologue-obstétricien de premier degré de spécialisation, après l'avis sur la maladie de la femme ou de l'enfant conçu donnée par un spécialiste autre que celui qui va pratiquer l'interruption de grossesse et avec l'accord écrit définitif de la femme.

2. L'interruption médicale de grossesse dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

220. Le droit à l'interruption médicale de grossesse comme une manifestation du droit à la vie privée. Le 20 mars 2007, la Cour européenne a retenu la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaissant le droit au respect de la vie privée et familiale[375]. Selon la définition donnée, la notion de vie privée implique non seulement les différents aspects de l'existence sociale et de l'identité physique, mais également le droit à l'autonomie personnelle. En se référant à sa jurisprudence antérieure, le juge européen a considéré, que l'interruption de grossesse constitue un acte personnel en raison de la relation étroite, qui existe entre la mère et son enfant[376]. Dans la décision

[374] CA de Paris, 9 juillet 1982, JCP, éd. gén., 1983, II, 19969
[375] CEDH, 20 mars 2007, Tysiąc c/Pologne, n° 5410/03 ; Sur les commentaires de la doctrine polonaise : M. Królikowski, *Note à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 20 mars 2007*, Revue des tribunaux, n° 3(80)/2007, p. 200 et 211 ; M. Zubik, *La protection juridique du commencement de la vie dans les droits international et constitutionnel en Europe*, Revue des tribunaux, n° 3(80)/2007, p. 21 et s.
[376] CEDH, 29 avril 2002, Pretty c/Royaume-Unis, n° 2346/02

antérieurement rendu le 5 septembre 2002 dans l'affaire Boso contre Italie, la Cour estimait qu'indépendamment du motif de l'interruption de grossesse, il faut *« avant tout tenir compte des droits de la mère, puisque c'est elle, qui est essentiellement concernée par la grossesse, sa poursuite ou son interruption »*[377].

221. Le refus de consacrer un droit à l'avortement et le maintien du principe de l'autonomie normative des États. Sans aucune reconnaissance explicite, la Cour a jugé qu' *« un État a l'obligation positive de protéger le droit de ses ressortissants au respect de leur vie privée en cas de désaccord médical sur leur droit de bénéficier d'un avortement thérapeutique »*[378]. Alors, que le texte de la Convention ne garantit aucun niveau particulier des soins médicaux, les femmes enceintes disposent néanmoins du droit au respect de leur intégrité physique[379]. Or, dans l'affaire de Madame A. Tysiąc, la plaignante atteinte d'une grave myopie susceptible d'être aggravée par la grossesse et l'accouchement, aurait été privée de la possibilité d'avorter dans un hôpital public. Face au désaccord de la part des spécialistes polonais, elle n'aurait pas été en mesure d'obtenir une attestation nécessaire et finalement le recours à un avortement lui aurait été refusé. Elle avait entamé un recours au pénal qui s'était terminé par un classement sans suite, et après elle saisit la Cour européenne des droits de l'homme. Le juge européen a condamné la Pologne non pour l'absence du droit à l'avortement, mais pour l'absence d'une procédure permettant de résoudre efficacement les conflits entre les femmes enceintes et les médecins qui délivrent les certificats indispensables pour obtenir l'interruption de grossesse[380]. C'est donc le cadre juridique polonais qui a été jugé incomplet. Mais depuis, aucune modification n'a été introduite dans le système de droit polonais. Le raisonnement de la Cour se fondait, comme le 7 mars 2006 dans l'affaire Evans contre Royaume-Uni, sur la constatation que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États[381]. Cette interprétation semble être restrictive, car pour la Cour, la Convention européenne des droits de l'homme ne garantit ni un droit à l'avortement,

---

[377] CEDH, 5 septembre 2002, Boso c/Italie, n° 50490/99 (irrecevabilité) ; J.-P. Marguénaud, *Quand la Cour de Strasbourg joue le rôle d'une Cour européenne des droits de la femme : question de l'avortement*, RTDC, 2003, p. 371

[378] Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies, Bulletin n°170, étude : *Interruption de grossesse*, p. 6288 ; P. Hennion-Jacquet, *D'un avortement....l'autre ?*, Dalloz, 2007, n° 37, p. 2648

[379] CEDH, 21 mars 2002, Nitecki c/Pologne, n° 65653/01 ; CEDH, 13 février 2003, Odièvre c/France, n° 42326/98 ; CEDH, 8 juillet 2003, Sentges c/Pays-Bas, n°27677/02 ; CEDH, 9 mars 2004, Glass c/Royaume-Uni, n°61827/00 ; CEDH, 4 janvier 2005, Pentiakova et autres c/Moldova, n°14462/03

[380] B. Mathieu, *Les conditions du recours à une interruption de grossesse au regard du droit au respect de la vie privée*, JCP, éd. gén., 2007, II, 10071, jurisprudence, p. 39

[381] F. Sudre, *Cour Européenne des droits de l'homme, 7 mars 2006, Evans c/Royaume-Uni*, Semaine juridique, éd. gén., 2006, I, 164, chronique n° 7 ; B. Mathieu, *Les conditions du recours à une interruption de grossesse au regard du droit au respect de la vie privée*, JCP, éd. gén., 2007, II, 10071, jurisprudence, p. 36-4

ni un droit à mourir, ni un droit à la protection de la vie dès la conception. Si la Cour refuse de consacrer un droit à l'avortement, elle condamne pourtant l'État polonais qui, tout en reconnaissant une faculté d'accéder à une interruption médicale de grossesse, a fixé des conditions très restrictives, voire limitatives, empêchant d'assurer la jouissance effective de ce droit. La Cour affirme donc une autonomie normative des États, en rappelant toutefois, que l'article 8 de la Convention devra assurer la protection de la personne *« contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics »*[382]. Avec l'affaire de Madame A. Tysiąc, le juge européen a renforcé l'obligation positive d'organiser et d'assurer un accès à l'interruption de grossesse dès que la législation interne prévoit un tel accès. A l'inverse, en l'absence de toute législation interne comme c'est le cas en Irlande[383], aucune condamnation n'est possible et la Cour a tendance *« à renvoyer la détermination de la substance des droits (à l'avortement) à la marge d'appréciation nationale »*[384].

222. Plan. Les deux systèmes pénaux ont élargi les indications médicales permettant d'accéder aux interruptions de grossesse pour protéger la femme enceinte (§ 1). Mais une autorisation légale de l'interruption médicales de grossesse peut se fonder, aussi bien en France qu'en Pologne, sur l'état de l'embryon ou du fœtus (§2).

§ 2 : L'évaluation de l'état de l'enfant conçu face à l'interruption médicale de grossesse

223. Présentation La situation tant médicale que légale de l'embryon *in utero* est intégralement liée à sa mère conformément à la règle romaine *pars viscerum matris*. Toute atteinte portée à l'intégralité physique du fœtus est donc permise au nom d'un droit fondamental de la mère voulant protéger sa santé ou sauver sa vie. En conséquence, la vie et la survie de l'enfant conçu dépend de l'état de santé de sa mère. Cette dernière exerce donc son droit de faire un choix de procréer ou de ne pas procréer. En 1975, sous le régime de l'ancien article L.162-12 du code de la santé publique, les avortements thérapeutiques furent définitivement légalisés en France. Cette légalisation inspirait un certain nombre de polémiques liées à leur caractère *« thérapeutique »*. Pour Monsieur A. Vitu cet adjectif était

[382] CEDH, 20 mars 2007, Tysiąc c/Pologne, n° 5410/03

[383] CEDH, 29 octobre 1992, Open Door et Dublin Well Woman c/Irlande, Grands arrêts de la Cours européenne des droits de l'homme, n°69, p. 678 ; CEDH, 27 juin 2006, Affaire D c/Irlande, n° 26499/02 (irrecevabilité)

[384] D. Roman, *L'avortement devant la Cour européenne, A propos de l'arrêt CEDH, 18 mars 2007, Tysiąc c/Pologne,* RDSS 2007, n° 4, p. 648

abusif dans la mesure où aucune action thérapeutique ni préventive n'est associée à l'avortement pour motif médical[385]. A l'opposition de cette solution se trouve le droit polonais. La différence se situe sur les trois niveaux. En premier lieu, l'enfant conçu bénéficie en Pologne d'une protection constitutionnelle explicite. En deuxième lieu, son intégrité physique est pénalement protégée au même titre que l'intégrité physique et psychique de la mère. En troisième lieu, l'état du développement du fœtus constitue un élément qui restreint l'accès à l'interruption médicale de grossesse. Cette dernière est légalement accessible, selon l'article 4a§1 de la loi du 7 janvier 1993, jusqu'à le moment où le fœtus est suffisamment développé pour survivre en dehors de l'organisme de sa mère, à savoir entre la 25ème et la 22ème semaine de grossesse. Ce seuil n'est pas fixé légalement en droit polonais et repose sur des critères médicaux susceptibles d'évoluer grâce au développement de la médecine fœtale. En France, l'état de l'enfant est analysé par un groupe de médecin, en Pologne les éventuelles malformations sont constatées par un seul spécialiste. Si les deux systèmes se rapprochent dans le choix des critères médicaux destinés à déterminer l'état du fœtus, ils accordent une protection différente à ce dernier. En France la volonté de la mère est déterminante, dès que les conditions de procédure sont réunies. Cette logique a été réaffirmée par la loi du 7 juillet 2011 qui n'a pas modifié l'article L.2213-1 du code de la santé publique en ce qui concerne du délai de l'interruption de grossesse motivée par l'état de santé du fœtus. Elle peut être effectuée *« à toute époque »*. En Pologne, cette volonté est restreinte tant par *« l'âge fœtal »*, que par le statut particulier attribué à l'enfant conçu. Dans les deux systèmes, l'examen foeto-pathologique est légalement accessible, mais pas obligatoire. Les droits français et polonais se rapprochent au niveau des critères médicaux (A), mais la place attribuée à l'enfant conçu face à la décision de la mère est différente en France et en Pologne (B).

A. Le rapprochement au niveau des critères médicaux[386]

224. Présentation. La désignation des critères médicaux de l'état de santé de l'enfant conçu

[385] R. Merle, A. Vitu, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas 1982, vol. 2, n° 21102 ; M. Véron, *Traité de droit médical, La responsabilité pénale du médecin*, vol. 3, éd. Malvine 1984, p. 56

[386] P. Sargos, *Réflexions « médico-légales » sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique*, JCP, éd. gén., 2001, n° 1041 ; Auteur énumère certaines indications liées à l'état du fœtus/embryon pouvant conduire à l'interruption médicale de grossesse. Il cite trois catégories : **les indications essentielles** (neurologiques, les anomalies génétiques comme maladies héréditaires à transmission auto-somatique dominante, les anomalies chromosomiques, et de l'appareil locomoteur), **les indications moins fréquentes** (les anomalies cardiaques impossibles à opérer *in utero*, les hernies de la coupole diaphragmatique), l**es indications très rares** (les anomalies des membres, les anomalies de paroi)

est fondamentalement similaire en droit français et en droit polonais car basée sur les indications médicalement objectives (1). Elle est confiée collectivement soit aux centres de diagnostic prénatal en France, soit individuellement aux différents spécialistes choisis selon la maladie en question dont la mère est atteinte et aux médecins gynécologues-obstétriciens en Pologne. Ils étudient aussi bien la gravité, que la probabilité d'affection du fœtus. Mais, le droit polonais met une barrière à l'interruption médicale de grossesse, celle de la viabilité du fœtus, qui reste une notion totalement indifférente dans la procédure médicale française (2).

1. La similitude des indications médicales liées à la santé de l'enfant conçu

225. Une définition médicalement similaire de l'état de l'embryon ou du fœtus. L'article L.2213-1 du code de la santé publique définit le danger qui pèse sur l'enfant conçu, en visant *« une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic »*. Cette définition est quasi littéralement reprise par l'article 4a§1 de la loi du 7 janvier 1993 qui dispose, que l'interruption thérapeutique de grossesse est justifiée par *« une forte probabilité que le fœtus soit atteint d'une grave et irréversible malformation soit une maladie incurable et menaçant la mère »*. Les deux définitions, fondamentalement similaires, permettent une large interprétation. Les motifs liés à la santé de l'enfant peuvent trouver des origines parmi les facteurs extérieurs à l'embryon, tels que la prise de médicaments provoquant des conséquences désastreuses pour l'enfant conçu ou encore le fait pour la mère de contracter une maladie pendant la grossesse. Par exemple, le fœtus est contaminé par sa mère porteuse des infections comme l'hépatite virale, la rubéole ou encore la toxoplasmose[387]. Aussi bien, il peut s'agir de facteurs liés directement à l'embryon lui-même comme les maladies héréditaires ou des maladies propres à l'enfant à naître comme les Trisomies 21, 18 et 13, les syndromes de Klinefelter ou de Turner et les différentes malformations congénitales. Naturellement, aucune liste n'est dressée et cette imprécision législative est opportune. Elle permet de s'adapter aux progrès médicaux et de prendre compte de la particularité médicale de chaque affection et de préserver une certaine souplesse décisionnelle. La détection très précoce de l'affection embryonnaire/fœtale grâce aux prédictions prénatales et même préimplantatoire est donc fondamentale, notamment pour la mère qui prend alors conscience, que sa grossesse est vouée à l'échec, ou au contraire, qui apprend qu'on peut soigner son

[387] R. Frydman, M. Vial, Y. Ville, *Médecine fœtale et diagnostic prénatal*, éd. PUF, coll. Que-sais-je ?, 1993, p. 83

enfant. Les deux situations exigent la présence d'une forte probabilité, que l'affection ou la maladie sont incurables soit au moment du diagnostic en France, soit simplement incurable, en Pologne. Cette notion de *« forte probabilité »* protège les médecins car logiquement, ils peuvent réaliser un diagnostic précis mais pas totalement certain.

226. Les indications médicales aux réductions embryonnaires/fœtales. Ce type d'intervention médicale est souvent nécessaire, plus particulièrement en cas de grossesse issue des implantations utérines multiples embryons dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation. En absence de précisions législatives, la réduction embryonnaire est justifiée par des indications médicales liées aussi bien à la mère, qu'à l'état et au nombre d'embryons/ fœtus présents dans l'utérus. Le 24 juin 1991, le Comité Consultatif National d'Ethique s'est prononça sur cette question : *« la réduction embryonnaire ne devrait pas trouver sa justification hors du cas de détresse ou de nécessité thérapeutique »*[388]. Cette réduction peut être pratiquée sur le fondement de l'article L.2213-1 du code de la santé publique en France et de l'article 4a§1 alinéa 2 de la loi du 7 janvier 1993 en Pologne. La réduction embryonnaire ne doit pas être assimilée aux interruptions médicales de grossesse. Car elle est une catégorie qui inclut à la fois l'élimination des embryons en bonne et en mauvaise santé. Alors qu'une interruption médicale de grossesse concerne uniquement des embryons et des fœtus malades. En premier lieu, on peut faire prévaloir l'intégrité corporelle de la mère atteinte par exemple d'une pathologie utérine, d'un diabète ou d'un cancer en phase terminale. En deuxième lieu, une réduction embryonnaire ou fœtale peut être pratiquée pour éviter des inconvénients médicaux vis-à-vis des autres fœtus en bonne santé. Dans cette hypothèse, on évite d'augmenter le risque de prématurité, soit on élimine le risque de mortalité pour le fœtus *« normal »*. En troisième lieu, les indications thérapeutiques sont liées à l'état du fœtus lui-même atteint d'une anomalie ou d'une malformation importante soit d'une maladie létale *in utero*[389]. Sans doute, l'avantage d'une telle réglementation consiste à faciliter le développement de la médecine fœtale et de la chirurgie néonatale.

2. Une différence de délai légal de l'interruption médicale de grossesse liée à la santé de l'enfant conçu

227. L'avortement à toute époque en France. L'article L.2213-1 du code de la santé

[388] CCNE, *Avis sur les réductions embryonnaires et fœtales*, 24 juin 1991, in *Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Les avis de 1983-1993*, INSERM, 1993, p. 289

[389] Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologie, étude : *« Embryon et fœtus in utero »*, décembre 2007, n° 39-43

publique dispose que l'interruption de grossesse pour motif médical peut être pratiquée à toute époque. Cette solution privilégiée par le législateur inspirait des réactions contradictoires. Madame F. Dreifuss-Netter écarte toute connotation eugénique car *« l'interruption pour motif fœtal correspond à l'idée selon laquelle, il vaut mieux ne pas laisser venir au monde un être dont la vie, souvent brève, sera faite avant tout de souffrances »*[390]. Pour Monsieur J.-F. Seuvic, le défaut d'individualisation de la démarche médicale peut conduire même à une *« euthanasie fœtale »*. On décide d'éliminer le future enfant en raison de leur maladie incurable et grave en donnant la *« bonne mort »* pour éviter la souffrance à venir[391]. Il convient cependant de rappeler que le recours à l'avortement thérapeutique n'est ni systématique, ni automatique. Il est toujours conditionné par la consultation médicale préalable et de ce fait une responsabilité pour la violation de règles de la procédure peut être recherchée. Et ensuite la décision est individuelle et appartient à la mère, voire aux couples[392]. Cependant, en l'absence de condition des délais en droit français, Monsieur B. Py remarque que l'âge du fœtus doit être pris en compte, plus particulièrement dans les dernières semaines de grossesse, lorsque le fœtus atteint une certaine viabilité. Pour lui, les indications médicales doivent être suffisamment graves car *« le fœtus a de plus en plus de chance de naître vivant et viable à mesure que l'on s'approche de la date prévue de la naissance »*[393]. Si le fœtus est vivant et viable lors de l'expulsion, il n'y a plus interruption de grossesse mais mort donnée à un être vivant et viable, donc une personne ce qui permet de qualifier les faits d'homicide volontaire.

228. Le risque d'apparition d'une interruption médicale « abusive » de grossesse. Dans sa décision rendue le 9 décembre 2005 le Tribunal de Grande Instance de Paris a manifesté une grande souplesse. En l'espèce, le Parquet de Pôle de la santé publique a été confronté à une interruption médicale de grossesse pratiquée au regard de l'état de santé de l'enfant à naître, alors que le critère légal d'incurabilité n'était pas satisfait. Après les examens effectués, il a été constaté que le fœtus était atteint d'une hernie diaphragmatique congénitale pouvant être soignée mais pouvant provoquer de graves complications. De ce fait, les parents auraient consenti à la proposition d'interruption médicale de grossesse. Mais ensuite le père s'adressa au procureur en lui demandant d'engager des poursuites contre les médecins sous la

---

[390] F. Dreyffus-Netter, *Observations hétérodoxes sur la question du préjudice de l'enfant victime d'un handicap congénital non décelé pendant la grossesse*, Médecine et droit 2001, n°46, p. 1 et s.
[391] J.-F. Seuvic, *Paradoxes sur la situation pénale de l'humain avant la naissance et après la mort*, in *Bioéthique, Les enjeux du progrès scientifique*, France-Allemagne, Colloque de Nancy 1998, éd. Bruylant 2000, p. 202
[392] W. Mowena, *La victime des infractions contre les personnes*, thèse, Paris V, 2002, p. 187
[393] B. Py, *Recherche sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse de Nancy 2, 1993, p. 321

qualification d'infanticide. Le Parquet classa l'affaire sans suite et prononça un rappel à la loi. Il estima que, sur le plan pénal, aucune infraction caractérisée n'aurait été commise et *« les médecins était face à une situation inhabituelle »*[394].

229. Les interruptions médicales de grossesse et le risque d'eugénisme. L'interruption de grossesse *« conserve son caractère médical, malgré l'élimination souhaitée d'un être humaine »*[395] Les opérations chirurgicales réalisées sur des embryons *in utero* sont toujours des actes minoritaires. C'est pour cette raison qu'une certaine partie de la doctrine française a manifesté un enthousiasme mitigé face à la rédaction de l'article L.162-12 du code de la santé publique issue de la loi du 17 janvier 1975. Monsieur A. Vitu s'inquiétait d'une éventuelle application eugénique des avortements thérapeutiques[396]. Ses inquiétudes étaient sans doute fondées à l'époque, où la médecine fœtale n'était pas capable, comme aujourd'hui, d'opérer le fœtus *in utero*, de le soigner et de surmonter des graves anomalies et maladies anténatales. Les interruptions médicales de grossesse ne doivent être assimilées à l'eugénisme. Cet acte est éminemment personnel et médical. Les deux systèmes imposent explicitement l'accord et la participation active de la femme. La loi accepte la persuasion et interdit la contrainte. Ni l'interruption de grossesse, ni le diagnostic prénatal ne peuvent être imposés à la mère. Mais cette dernière peut le réclamer. Deuxièmement, les droits français et polonais évoluent vers la meilleure prise en compte de la femme, notamment s'agissant de l'information médicale, même si en Pologne on observe toujours des difficultés pratiques à exécuter ce droit. Troisièmement, la décision finale repose sur des critères médicalement objectifs, l'exécution de l'acte médical de l'interruption de grossesse ne peut être réalisée dans un cabinet privé, mais dans un établissement public ou privé en France et dans un établissement public en Pologne. Cette dernière disposition semble illustrer la volonté d'assurer le meilleur contrôle des interruptions médicales de grossesse et de lutter contre les pratiques privées d'avortements médicamenteux clandestins[397].

230. Le seuil biologique de viabilité fixé par la loi polonaise. La législation polonaise diffère de celle de la France : elle réduit ici le délai de l'intervention médicale interruptive de grossesse au nom de la protection accordée au fœtus. L'article 4a§2 de la loi du 7 janvier 1993 prévoit que l'interruption médicale de grossesse liée à l'état de l'embryon ou du fœtus

---

[394] I. Souplet, *Interruption médicale de grossesse abusive et perte de chance*, AJDA 20 mars 2006, p. 602-603

[395] B. Pitcho, *Statut juridique du patient*, thèse de Montpellier, 2002, p. 106

[396] A. Vitu, R. Merle, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas 1982, p. 1706 ; G. Mémeteau, *Le refus de soins à enfant conçu*, RDSS 1979, p. 317

[397] A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, éd. PUF 2009, p. 610

est autorisée jusqu'au moment où l'enfant conçu atteint le stade de développement lui permettant d'exister en dehors de l'organisme de sa mère. Cette autonomie fonctionnelle exige le développement suffisamment avancé des organes internes. L'opération est donc réalisée dans un hôpital après l'avis donnée par un spécialiste autre que celui qui procède à l'acte. La doctrine polonaise s'accorde majoritairement sur le fait que le fœtus atteint cette autonomie dès que son appareil respiratoire peut fonctionner indépendamment de l'organisme de la mère, soit en sixième ou cinquième mois de grossesse. Après ce moment, aucune interruption de grossesse ne peut plus être effectuée, sauf les cas où la vie ou la santé de la mère sont menacées. Comment expliquer cette différence d'appréciation ? Cette restriction du délai d'interruption de grossesse en droit polonais est dictée d'une part par l'existence d'une forte protection constitutionnelle et pénale de l'enfant conçu, et d'autre part d'une hostilité des médecins polonais à l'encontre des diagnostics prénataux. Le législateur français a choisi de faire une plus grande confiance aux médecins. Dans le même temps, il sanctionne dans l'article L.2222-3 du code de la santé publique *« Le fait de procéder à une interruption de grossesse après diagnostic prénatal sans avoir respecté les modalités prévues par la loi »* d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

B. La place attribuée à l'enfant conçu face à la décision de la mère

231. Présentation. Les deux systèmes pénaux différent fondamentalement dans leur vision du statut de l'embryon face à l'interruption médicale de grossesse. La loi française a choisi de faire prévaloir la personne de la mère chaque fois que surgit un conflit entre l'intérêt de la mère et celui du fœtus. En France, il existe une réglementation qui permet d'utiliser les embryons et les fœtus légalement expulsés à des fins des recherches médicales (1). En Pologne, l'enfant conçu bénéficie d'une protection très développée sur le plan pénal. Mais, comme témoigne la jurisprudence, les femmes polonaises qui désirent d'interrompre leur grossesse rencontrent beaucoup de difficultés pratiques liés à l'accessibilité aux diagnostics prénataux (2).

1. L'utilité biologique du produit de conception humaine reconnue par le droit français

232. L'utilité biologique des embryons et des fœtus issus de l'interruption médicale de grossesse réglée par le droit français. En l'absence d'une quelconque exigence de viabilité,

le fœtus constitue une partie intégrale du corps de la mère et c'est cette dernière qui est seule habilitée à le garder où à l'expulser. Avant 2004, le droit français ne réglait pas le sort de l'embryon et du fœtus issus de l'interruption de grossesse. Cette situation donnait lieu à de vives critiques de la doctrine française. Monsieur J.-F. Seuvic préconisait de régulariser le statut des produits de conception expulsés après l'avortement, car pour lui une telle négligence législative assimilait les fœtus aux *« déchets hospitaliers »* à éliminer[398]. Ensuite, la loi du 6 août 2004 a créé l'article L.1241-5 dans le code de la santé publique régissant la procédure applicable aux recherches sur les embryons et fœtus *in utero*. Le législateur français a voulu mettre l'accent sur la vocation diagnostique et thérapeutique du prélèvement et de la conservation des tissus et des cellules embryonnaires issus d'une interruption de grossesse, qui ne peuvent être effectuées qu'après avoir obtenu le consentement de la femme. Lorsque l'interruption médicale de grossesse concerne une femme mineure ou majeure protégée, les prélèvements doivent servir à analyser les causes de l'interruption de grossesse. L'utilité scientifique du matériel humain obtenu en application de l'article L.1241-5 exige d'établir des protocoles de recherche soumis à l'avis de l'Agence de biomédecine. Ainsi, les embryons et les fœtus ne sont pas protégés par le principe de la dignité humaine, mais au titre de leur éventuel potentiel scientifique. La sanction pénale du non-respect de l'article précité est assurée par l'article 511-19-1 du code pénal qui dispose : *« Le fait, à l'issue d'une interruption de grossesse, de prélever, conserver ou utiliser des tissus ou cellules embryonnaires ou fœtaux dans des conditions non conformes à celles prévues par les premier, deuxième et quatrième alinéas de l'article L.1241-5 du code de la santé publique ou pour des finalités, autre que diagnostiques, thérapeutiques ou scientifiques est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».*

2. La prise en compte directe de la santé de l'enfant conçu par le code pénal polonais face à l'interruption médicale de la grossesse

233. La protection de l'enfant conçu sur le plan pénal. L'interruption thérapeutique de la grossesse peut donner lieu à des poursuites pénales en fonction des circonstances dans lesquelles elle est réalisée. Dans un premier temps, la loi du 7 janvier 1993 a modifié le code pénal de 1969. Cette loi a introduit, pour la première fois, la notion de la santé de l'enfant conçu dans la norme pénale en sein de l'article 23b. L'article 23b§1 disposait : *« L'enfant conçu ne peut faire l'objet d'actions autres que celles qui servent à protéger sa vie ou sa*

[398] J.-F. Seuvic, *Paradoxes sur la situation pénale de l'humain avant la naissance et après la mort*, in *Bioéthique, Les enjeux du progrès scientifique*, France-Allemagne, Colloque de Nancy 1998, éd. Bruylant 2000, p. 201

santé, soit de sa mère, à l'exception de ceux visés par le paragraphe 2 ». L'article 23b§2 précisait : *« Les tests prénataux sont autorisés, sauf les cas où ils peuvent provoquer un risque de fausse couche dans les cas suivants : 1. si l'enfant appartient à une famille avec les problèmes génétiques, 2. il y a suspicion d'une maladie génétique susceptible d'être soignée sans provoquer les risques au fœtus, 3. il existe une suspicion d'anomalies congénitales graves »*. Cette approche descriptive choisie par le législateur polonais en 1993 témoigne de sa volonté de marquer le code pénal par une forte protection de l'enfant conçu. Cependant, l'article 23b fut supprimé par la loi du 30 août 1996. Avant qu'un nouvel article 157a ne soit introduit dans le code pénal par la loi du 8 juillet 1999, le 28 mai 1997, le Tribunal Constitutionnel reconnaît explicitement à l'enfant conçu la protection constitutionnelle sous la forme d'un droit à la santé et d'un droit au développement anténatal. L'article 157a du code pénal actuel dispose : *« Celui qui cause un dommage à un enfant conçu, qui menace sa vie ou qui met en danger sa santé sera puni d'une amende, d'une peine restrictive de liberté ou d'emprisonnement allant jusqu'aux 2 ans »*. Une permission légale est prévue par le paragraphe 2 de l'article 157a, il dispose : *« Le médecin ne commet pas un délit, si des lésions corporelles ou des troubles de santé d'un enfant conçu sont les conséquences des actions thérapeutiques nécessaires à la suppression du danger qui menace la santé ou la vie de la femme enceinte ou de l'enfant à naître »*.

234. L'enfant conçu et viable comme un sujet de droit en Pologne. La réglementation pénale sur l'interruption de grossesse prend en considération la viabilité de l'embryon et du fœtus à l'article 152§3 du code pénal. *« Celui qui interrompt la grossesse dans les circonstances prévues à §1 (l'interruption de grossesse en violation de la loi), ou dans les circonstances prévues dans §2 (l'aide ou l'incitation à l'interruption de grossesse en violation de la loi), lorsque l'enfant conçu a atteint le seuil de viabilité lui permettant de vivre en dehors de l'organisme de sa mère, sera puni d'une peine d'emprisonnement de 6 mois à 8 ans »*. La peine est encore aggravée à l'article 153§2 : ici la viabilité de l'enfant conçu entraîne une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 10 ans lorsque l'interruption de grossesse est commise avec violence, menace ou stratagème à l'encontre de la femme enceinte. L'article précité dispose : *« Celui qui commis le fait indiqué dans le §1. (l'interruption de grossesse sans le consentement de la femme) lorsque l'enfant conçu peut survivre en dehors de l'organisme de la mère, est puni d'une peine allant d'un an à dix ans d'emprisonnement »*.

235. Les difficultés pratiques liées à l'accessibilité aux examens prénataux en Pologne. Sur le plan du droit médical, le diagnostic prénatal constitue un examen médical qui n'est pas

automatiquement accessible aux femmes, car la loi exige l'existence préalable d'indications médicales pour effectuer un tel diagnostic. Monsieur J. Umiastowski[399] remarque que le médecin doit concilier deux éléments. D'abord, il doit satisfaire à ses obligations légales imposées par l'article 38 du code de déontologie médicale (l'obligation d'indiquer la possibilité d'un examen prénatal en présence des indications médicales). Ensuite, se pose le problème du diagnostic lui-même, plus particulièrement la relativité de l'examen médical incapable de détecter toute sorte de maladies. En l'état actuel du droit polonais, le diagnostic prénatal est, comme en France, une prestation médicale normale orientée vers la thérapie et non vers la sélection anténatale. Toute omission injustifiée, qui délaisse la patiente, constitue une erreur médicale susceptible d'engager une responsabilité pénale[400], professionnelle[401], déontologique[402] et civile[403].

236. Les examens prénataux dans la jurisprudence de la Cour Suprême de Pologne. Le 13 octobre 2005, la Cour Suprême polonaise s'est prononçée sur l'interprétation de l'article 2 alinéa 2a de la loi du 7 janvier 1993 relative à la planification familiale et le champ de la responsabilité civile en cas de sa violation, dans l'affaire des époux Wojnarowski. La loi du 4 juin 1997 relative aux établissements de la santé[404] impose aux organes d'État, en l'occurrence les hôpitaux publics, une obligation légale d'assurer l'accès aux examens et aux résultats de ces examens. La Cour Suprême a précisé notamment que la naissance d'un enfant suite aux manquements dans l'obligation d'information sur les malformations du fœtus constitue la violation du droit des parents à la planification familiale et plus généralement du droit à l'interruption médicale de grossesse. Les médecins ont été reconnus coupables et condamnés à verser une indemnisation sur le fondement de l'article 448 du code civil[405]. Le 12 juin 2008, la Cour Suprême de Pologne, a donné également une interprétation plus souple de la protection pénale de l'enfant conçu, en précisant que le médecin a une obligation légale d'envoyer une femme effectuer des analyses prénatales, et ce malgré l'état avancé de sa grossesse. Selon le raisonnement du juge polonais, la patiente dispose du droit d'être informée non seulement pour prendre conscience de sa situation, mais également pour

[399] J. Umiastowski, *Les problèmes éthiques du diagnostic prénatal des maladies héréditaires, L'expérience du conseil génétique*, Médecine légale 2005, n° 10
[400] Sur les différentes qualifications pénales (selon les circonstances) sur le fondement des articles 152 à 154 du code pénal
[401] Sur le fondement de l'article 4 de la loi du 5 décembre 1996 relative à la profession du médecin, Journal des Lois 1996, n° 28, position 152
[402] Sur le fondement de l'article 38 alinéa 3 du Code de l'éthique du médecin de 2004
[403] Sur le fondement de l'article 448 du code civil
[404] La loi du 4 juin 1997 relative aux établissements de la santé, Journal des Lois 1997, n° 104, position 661
[405] CS de Pologne du 13 octobre 2005, Affaire IV CK 161/05

pouvoir se préparer aux conséquences de sa décision[406]. Cependant, la réalité à laquelle les femmes enceintes sont souvent confrontées, témoigne de l'hostilité d'une certaine partie des médecins polonais envers les examens prénataux. Cette tendance persiste malgré une très grande clarté de la loi, dont les dispositions garantissent en théorie un vaste accès aux diagnostics. En 2008, la Cour Suprême a été saisie d'une affaire similaire par une plaignante enceinte de 18 semaines qui se présentait dans un hôpital public. Après en examen, le médecin a constaté que le fœtus était atteint de syndrome de Turner, mais il a refusé de procéder à un diagnostic prénatal plus approfondi et, d'interrompre la grossesse. Se trouvant dans une impasse, la femme attaqua le praticien, mais son appel fût rejeté. Elle saisit donc la Cour Suprême, qui renvoya l'affaire devant le tribunal de première instance. Les juges ont retenu une violation de l'article 39 de la loi du 5 décembre 1996 relative à la profession du médecin imposant l'obligation de diriger la femme enceinte vers un confrère pour procéder aux examens prénataux dès lors que le médecin traitant refuse une telle analyse invoquant la clause de conscience. La Cour Suprême n'a pas tranché sur le point de savoir si le syndrome de Turner constitue une indication suffisante du recours à l'interruption de grossesse. Médicalement, il s'agit d'un syndrome congénital provoqué pour l'absence totale ou partielle d'un chromosome X. En revanche, le juge a constaté la violation du droit de la patiente à l'information[407].

237. La condamnation de la Pologne par la Cour européenne des droits de l'homme le 26 mai 2011[408]. Cette affaire concerne une femme enceinte de huit semaines qui s'était présentée à l'hôpital pour effectuer une échographie destinée à détecter les éventuels défauts génétiques. Après un examen plus détaillé de l'amniocentèse, le syndrome de Turner fut identifié et elle avait demandé l'avortement. Face au refus catégorique, la femme se dirigea vers un autre hôpital, cette fois à Cracovie où le diagnostic fût confirmé. Mais la direction refusa une interruption thérapeutique de grossesse en se référant à la tradition dans cet hôpital, où les avortements n'étaient pas effectués depuis près de 150 ans. La femme se dirigea vers un autre hôpital. Le médecin de cet établissement refusa l'opération, vu l'état d'avancement de la grossesse, qui dépassait les 24 semaines, le fœtus atteignant la viabilité légale. Cette femme accoucha. Abandonnée peu après par son mari, elle saisit les tribunaux polonais et ensuite la Cour européenne des droits de l'homme. La Pologne a été condamnée le 26 mai 2011 pour avoir refusé de mette en œuvre rapidement et efficacement les tests

[406] CS de Pologne du 12 juin 2008, Affaire n° III CSK 16/08 ; Journal Rzeczpospolita du 13 juin 2008, La loi au quotidien, p. 1
[407] CS, affaire renvoyée n° III CZK 48/08
[408] CEDH, 26 mai 2001, RR c/Pologne, n° 27617/04

prénataux. Il est cependant étonnant que les juges polonais n'aient pas condamné les médecins qui n'ont pas satisfait à leur obligation légale d'apporter les soins appropriées (ici d'interrompre la grossesse à risque) à cette femme, obligation imposée par l'article 4 de la loi du 5 décembre 1996 sur la profession de médecin. D'autant plus que les résultats des diagnostics étaient chaque fois positifs. Cette femme a été réellement privée de son droit à l'interruption médicale de sa grossesse par des refus et des omissions successifs. Les fautes médicales d'omission semblent ici être flagrantes. Le médecin peut, par exception à l'article 30 de la loi sur la profession de médecin concernant un danger pour la vie, refuser de procéder à une interruption de grossesse, mais il doit alors indiquer à la femme un autre médecin, faire une déclaration dans le dossier médical de la patiente, et *in fine* informer son supérieur hiérarchique. Or, en l'espèce, aucune de ces obligations n'aurait été effectivement satisfaite[409].

[409] Sur les problèmes pratiques liés au diagnostic prénatal et l'interruption médicale de grossesse en droit polonais: M. Boratyńska, *Sur la violation de la loi relative à l'interruption de grossesse*, Droit et médecine 2008, n° 10 ; J. Umiastowski, *Les problèmes éthiques du diagnostic prénatal des maladies héréditaires, L'expérience du conseil génétique*, Médecine légale 2005, n° 10 ; J. Niklas, *Les problèmes juridiques d'accessibilité de l'interruption de grossesse et des diagnostics prénataux*, Droit et Médecine 2008 ; M. Nesterowicz, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital suite à la naissance d'un enfant handicapé*, Médecine et droit 2003, n° 13 ; B. Namysłowska-Gabrysiak, *Erreur médicale ou l'échec du traitement*, Médecin et droit 2005, n° 3 ; R. Dębski, *Les difficultés de la médecine prénatale polonaise, les réflexions d'un praticien*, Médecine et droit, 2007, n° 2 ; J. Haberko, *La nécessité de considérer l'intérêt d'une tiers personne dans les procédures médicales y compris dans les diagnostics et les thérapies prénatales*, Matériaux de la Conférence *« Médecine, la science ou l'accomplissement des voeux du patient »*, Varsovie le 17-18 avril 2008

Conclusion du Chapitre 1

238. La protection de la liberté d'interrompre une grossesse progressivement renforcée. La protection de cette liberté est double, par la protection du consentement (l'incrimination autonome en France et en Pologne), et par la protection de l'accès à l'interruption volontaire de grossesse (l'incrimination autonome de l'entrave à l'interruption volontaire de grossesse en France et la jurisprudence en Pologne). La divergence entre les deux systèmes consiste à la prise en compte de la détresse, une notion abandonnée en droit polonais. Le développement de la médecine a permis, dans les deux pays, l'élargissement du champ des indications médicales liées à la santé de la mère. L'interruption légale de grossesse peut se justifier par l'évaluation de l'état de l'enfant conçu. Dans les droits français et polonais, les indications médicales liées à la santé de l'enfant à naître sont similaires. En revanche, l'accès à l'interruption médicale de grossesse est, dans cette hypothèse, différent en France et en Pologne en fonction de la durée de grossesse et de l'état de développement du fœtus.

239. Plan. Après d'avoir présenté les frontières de la liberté d'interrompre et de poursuivre la grossesse comme une manifestation du droit de disposer de son corps dans le Chapitre 1, il convient d'étudier les conséquences d'un échec de l'interruption de grossesse dans le Chapitre 2.

CHAPITRE 2
L'échec d'une interruption volontaire de grossesse et la question du préjudice lié à la naissance

240. La dénomination de l'action en justice. L'indemnisation des parents et des enfants, victimes d'un acte médical manqué a été progressivement admise en droit français et en droit polonais d'un double point de vue : sous l'angle judiciaire en Pologne et en France et sous l'angle administratif en France. Le recours au vocabulaire anglais est justifié historiquement. Il a été utilisé pour la première fois par des juridictions américaines dès les années 1960. Pour Monsieur M. Safjan, le développement de l'action en *wrongful birth* dans les droits européens est étroitement lié à une nouvelle conception de famille. Les parents disposent d'un droit d'organiser et de planifier la composition de leur famille par la contraception, les interruptions de grossesse et les examens prénataux[410]. Ce type d'action marque donc un rapprochement entre la loi française et la loi polonaise. La doctrine des deux pays distingue trois types d'actions en justice[411]. La première, *wrongful birth* est déclenchée par les parents après la naissance d'un enfant handicapé en violation de leur droit à l'interruption de grossesse. La deuxième, *wrongul conception* est tentée par les parents suite à la naissance en bonne santé, mais non désiré. La troisième, *wrongul life* est l'action en justice de l'enfant handicapé. En Pologne, la Cour Suprême a été confrontée pour, la première fois, à ce type d'affaire, le 8 janvier 1965[412]. Mais ce n'est pas qu'à partir des années 2000, qu'une série

---

[410] M. Safjan, *Responsabilité en cas d'une erreur de diagnostic prénatal en droit des États-Unis*, État et Droit 1985, cahier n° 10, p. 99-108 ; M. Safjan, *Responsabilité en cas d'une faute de diagnostic prénatal et préimplantatoite*, in *Les problèmes juridiques de la procréation humaine*, (sous la dir.) de W. Lang, Toruń 2002, p. 402 ; M. Nesterowicz, *Droit médical*, Toruń 2002, p. 164-165 ; T. Justyński, *Conception et naissance d'un enfant comme une source d'indemnisation*, Cracovie, 2003, p. 228-286 ; A. Szlęzak, *Nasciturus en droit de délits des États-Unis*, Le mouvements juridique, économique et sociologique 1987, cahier, p. 144-146 ; Z. Pełkowska, *Responsabilité civile du médecin en droit des États-Unis*, Droit et médecine 2004, n° 1, p. 14

[411] M. Sajfan, *Droit et médecine-la protection de la personne face à la médecine moderne*,Varsovie 1998, p. 206-207 ; M. Safjan, *La responsabilité en cas d'une erreur de diagnostic dans la jurisprudence des États-Unis*, État et Droit 1985, n° 10, p. 99

[412] CS du 8 janvier 1965, affaire, II, CR 2/65, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSPiKA) 1965, cahier n° 9 ; A. Derkowska, *La légitimité processionnelle de l'action wrongful conception, wrongful birth et wrongful life, les remarques jurisprudentielles et doctrinales*, Droit et médecine 2008 ; J. Justyński, *La conception et la naissance comme les sources de la responsabilité civile*, éd. Zakamycze 2003; A. Jacek, *La « mauvaise naissance » comme un source de la responsabilité de l'établissement de la santé*, Parquet et droit, 2008, n° 12 ; M. Nesterowicz, *Droit médical*, Poznań 2007 ; Z. Pełkowska, *Responsabilité civile du médecin en cas de wrongful life et wrongful conception en droit américaine*, Droit et médecine 2004, n° 1, p. 109 ; W. Lange, M. Safjan, *Responsabilité pour les faute de diagnostic prénatal et pre-conceptionnel* , in *Problème juridique de la procréation humaine*, (sous la dir.) W. Lange, Toruń 2000, p. 389 ; M. Kowalski, *Responsabilité du médecin en cas de wrongful birtht en droit allemand*, Droit et médecine, 2002, n° 11; T. Justyński, *Wrongful conception en droit polonais*, Revue des tribunaux 2005, n° 1, p. 34 ; D. Tykwińska-Rutkowska, *L'action en wrongful birth et wronful conception dans la jurisprudence, Quelques réflexions*, Droit et médecine 2005, n° 3, p. 20 ; T. Justyński, *Naissance d'un enfant comme le source du dommage, Décision du Tribunal Suprême RFN du 27 juin 1995*, Droit et médecine 2000, n° 8, p.

d'affaires graves a fait l'objet de débats très médiatisés et soumis à la Cour Suprême. En France, le législateur a voté la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Cependant, le nouveau dispositif, qui a mis un terme à la jurisprudence précédente, n'est pas totalement clarifié. De nombreuses incertitudes subsistent. Elles sont liées à la censure de la Cour européenne des droits de l'homme, relativement à l'application de cette loi dans le temps, et aux imprécisions de la loi elle-même. Selon les termes de Monsieur Ph. Malaurie[413], le droit confronté à la situation du handicap d'un enfant est *« désemparé »*, et *« chaotique »* pour Monsieur P. Mistretta[414]. Cette question dépasse le cadre strictement légal, elle illustre comment la société voit ces enfants.

241. Le préjudice et le lien de causalité. Si le principe d'indemnisation est définitivement reconnu en droit français et polonais, les notions de préjudice et de lien de causalité sont extrêmement circonstancielles et de ce fait font l'objet de fortes incertitudes et de divergences, tant sur le plan judiciaire que sur le plan administratif. Les lois française et polonaise mettent à la disposition des victimes deux types d'actions, portant sur le préjudice propre des parents et portant sur le préjudice subi par l'enfant du fait de son handicap. La divergence entre les deux systèmes porte sur l'analyse des droits reconnus à la femme, en tant que patiente. En France, la politique d'interruption de grossesse est plus libérale, plus individualisée. En Pologne, elle s'inscrit dans une logique plus globale, celle de la planification familiale, d'où l'attitude parfois hostile de professionnels de santé face aux demandes d'interruption de grossesse. Cependant, les fondements d'indemnisation tiennent aux mêmes arguments médicaux, tels que l'omission de procéder à un examen prénatal et à une erreur de diagnostic. L'indemnisation demandée doit couvrir les mêmes dépenses. Certains auteurs polonais évoquent même la norme constitutionnelle comme protectrice des droits de la femme enceinte, mais ce point de vue n'est pas toujours suivi dans la logique des juges de la Cour Suprême de Pologne. L'interruption de grossesse ratée, suivie d'une naissance est susceptible de justifier une action en justice déclenchée par les parents (Section 1). La naissance préjudiciable déclenche une action en responsabilité au titre de la vie préjudiciable et au titre de la vie insatisfaisante (Section 2).

59

[413] Ph. Malaurie, *Handicap et l'enfant : un droit désemparé, A propos de l'avis de Conseil d'État du 6 décembre 2002*, JCP, éd. gén., 2003, I, 110

[414] P. Mistretta, *Que reste-t-il de l'indemnisation d'un enfant né handicapé ou comment le droit devient-il chaotique ?*, JCP, éd. gén., 2003, II, 10107

SECTION 1
La naissance préjudiciable et l'action en responsabilité déclenchée par les parents

242. Le préjudice, dont les parents désirent obtenir l'indemnisation est la naissance d'un enfant non désiré, ou d'enfant né handicapé. Il convient de distinguer deux situations. Ou bien le handicap de l'enfant est la conséquence d'une erreur professionnelle commise dans l'exercice de l'art médical. Si cette faute médicale est démontrée, le préjudice est susceptible d'être indemnisé, mais la responsabilité médicale ne peut être envisagée sans la démonstration d'un lien de causalité entre ces deux éléments. Ou bien, il y a naissance d'un enfant handicapé, sans preuve de faute médicale, ou bien il y a naissance d'un enfant handicapé malgré la demande de l'interruption de grossesse. Avant de reconnaître le principe d'indemnisation des parents, le juge administratif français avait adopté une position selon laquelle la naissance d'un enfant handicapé ne pouvait générer un préjudice de nature à garantir à la mère un droit systématique à la réparation[415]. L'attribution d'indemnisation pouvait cependant avoir lieu à titre exceptionnel, en fonction des circonstances ou des situations particulières. Ainsi, le 27 septembre 1987, le Conseil d'État a admis l'indemnisation à une mère dont l'enfant est né d'une malformation liée à une tentative d'interruption volontaire de grossesse[416]. Il convient étudier les conséquences de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits et à la qualité du système de la santé pour le régime d'indemnisation des parents par les juridictions judiciaires et administratives lorsque la naissance préjudiciable trouve ses origines dans la réalisation manquée d'un acte médical (§ 1). Lorsqu'une action en réparation au titre de la vie préjudiciable est reconnue, la réparation dépend de la gravité du préjudice et est assurée au titre de la solidarité nationale (§ 2).

§1: La défaillance dans la réalisation d'un acte médical

243. Présentation. Le médecin doit prendre en compte la décision des parents qui rejettent l'arrivée d'un enfant. Ils ont parfaitement le droit de faire ce choix de refus de grossesse et de recourir à une interruption de grossesse. Si la faute médicale est à l'origine de la naissance, en cas d'échec d'une stérilisation ou d'une interruption de grossesse, la naissance d'un enfant est une source de préjudice pour les parents dans les deux hypothèses : de *wrongul birth* et

[415] CE, 2 juillet 1982, Affaire dite Mlle. R., Rec. Leb., 1982, n° 266 ; RDSS 1982, p. 623, observation J.-M. De Forges ; AJDA 1983, p. 206
[416] CE, 27 septembre 1989, Mme. Karl c/ CPAM de la Marne, Rec. Leb. 1989, n° 176

wrongul conception. Ces actes médicaux avaient été volontairement demandés par les parents pour éviter la naissance non désirée. Il convient donc étudier quelles sont les solutions légales et jurisprudentielles de l'indemnisation en cas d'échec d'une interruption de grossesse et d'une stérilisation (A) et en cas d'erreur de diagnostic prénatal (B).

A. Les fondements d'indemnisation

244. Présentation. Vu la diversité des fautes imputables aux médecins, il est intéressant de savoir si les parents disposent du droit de déclencher l'action en responsabilité pour la naissance non désirée : soit lorsqu'une interruption volontaire de grossesse ou une stérilisation ont été effectivement tentées, soit lorsque la stérilisation ou l'interruption de grossesse ont été ratées. Il convient d'étudier dans quelles situations, la naissance d'un enfant non désiré handicapé ou en bonne santé peut être la source d'une responsabilité médicale (1). Si une indemnisation est accordée aux parents, l'existence d'un préjudice ainsi qu'un lien de causalité entre la faute commise et le préjudice subi doivent être démontré (2).

1. Les situations à l'origine du préjudice subi par les parents

245. La naissance d'un enfant suite à un échec de l'interruption de grossesse. Il s'agit d'une situation dans laquelle la faute médicale est supposée être commise par le médecin ou par l'un des membres de l'équipe médicale chargés de pratiquer l'intervention et de donner le traitement. La naissance d'un enfant handicapé ne peut, par principe, constituer du préjudice indemnisable et juridiquement réparable pour la mère. Mais ce principe connaît une exception qui permet à la mère de bénéficier d'un droit à réparation en présence d'un dommage particulier et susceptible d'être ajouté aux charges normales de la maternité[417]. L'indemnisation de la naissance non désirée suite à l'échec d'une interruption de grossesse est accordée dans des circonstances particulières ; c'est-à-dire lorsque l'échec est consécutif à une faute médicale. L'interruption volontaire de grossesse n'est pas, pour les juridictions françaises, un droit subjectif susceptible de fonder un droit à indemnité chaque fois qu'un enfant est né.

246. La naissance d'un enfant en cas d'un échec de stérilisation. Le 17 décembre 1979, le Tribunal de Grande Instance de Rouen a posé un principe d'indemnisation en cas d'échec de la stérilisation. En l'espèce, un médecin avait pratiqué une ligature de trompes à une patiente,

[417] Cass. Crim., 25 juin 1991, Bull. Crim., 1992, n° 213

au préalable mère de quatre enfants. Un mois après cette intervention, la femme est tombée enceinte et accouchait un enfant en bonne santé, mais non désirable pour les deux parents[418]. L'interruption volontaire de grossesse n'est pas, pour les juridictions françaises, un droit subjectif susceptible de fonder un droit à indemnité chaque fois qu'un enfant est né. Parmi les dommages reconnus par la jurisprudence, on note les dégradations et souffrances liées à la nécessité d'une nouvelle intervention médicale, à l'accouchement non désiré ou même à la mort à la suite d'un accouchement, *in fine*, les conséquences causées par la perte de revenu liée à la grossesse[419]. Le contenu de la notion de préjudice moral paraît similaire en droit français et polonais, car en pratique, elle s'analyse souvent du point de vue de la victime qui se voit obligée d'avoir recours à une nouvelle interruption volontaire de grossesse, exposée à la dégradation de sa vie sexuelle conjugale. Le 10 juin 1980, le Tribunal de Grande Instance de Nîmes a déclaré *« qu'un septième enfant dans un foyer uni n'est pas un préjudice et que sur le terrain moral la fécondité est le « noble apanage » de la femme et qu'un enfant est le fruit de l'amour unissant les parents »*[420]. Une telle position a été successivement retenue par le Tribunal de Grande Instance de Bayonne le 4 août 1981, la Cour d'appel de Pau le 15 juin 1982[421], ainsi que le Tribunal de Grande Instance de Mans le 22 novembre 1983[422]. Le 30 septembre 1993, la Cour administrative d'appel de Nancy a refusé d'indemniser la mère qui a donné la naissance à des jumelles après avoir subi auparavant une opération de stérilisation tubaire. Pour les juges de Nancy, les frais d'entretien et d'éducation sont normalement à la charge des parents et ils ne peuvent ouvrir aucun droit à indemnisation pour la mère[423]. Le 21 avril 1994, le tribunal administratif de Strasbourg a confirmé cette logique en précisant que seul préjudice particulier et indemnisable concerne des frais distincts d'entretien et d'éducation de l'enfant[424].

---

[418] TGI de Rouen, 17 décembre 1979, cité par A. Gombault, *Concours médical*, 1980, 102, 13, p. 2015-2016

[419] Préjudice peut consister notamment l'aggravation de l'état de santé, la provocation d'une maladie, une déformation esthétique des organes génitaux, la perte de l'emploi même temporaire, l'invalidité acquise ; Cass. Soc., 8 janvier 1965, JCP, éd. gén., 1965, II, 14138 ; Sur la situation en droit polonais : J. Sawicki, *Erreurs médicales en droit pénal* : *doctrine et jurisprudence*, Varsovie 1965, p. 10-11 ; M. Kulesza, *Responsabilité juridique du médecin*, Varsovie, 1988, p. 11 ; P. Daniluk, *Le changement du sexe comme un acte thérapeutique*, Médecine et Droit 2007, n° 9, p. 26 et s.

[420] Cité par J.-H. Soutoul, T. Pierre, *Grossesse et l'enfant préjudice après l'échec de stérilisation et de l'interruption volontaire de grossesse*, 2 partie, p. 598

[421] Décision citée par A. Gambault, *Concours médical*, 1982, 104, 41, p. 6168

[422] TGI de Mans, 22 novembre 1983, Gazette du Palais 1983, Recueil des sommaires, p. 121, En l'espèce la naissance de l'enfant résidait dans des relations intimes entre les époux et non dans l'échec de la stérilisation.

[423] CAA de Nancy, 30 septembre 1993, Gazette du Palais 1994, Panorama de droit administratif, p. 163

[424] TA de Strasbourg, 21 avril 1994, LPA 1994, n° 126, p. 22 ; JCP, éd. gén., 1995, I, 3848, 28 ; RDP 1994, p. 1837

247. Le refus direct de procéder à une interruption volontaire de grossesse à l'origine de la naissance d'un enfant handicapé. Quelle que soit la cause (comme le viol à l'origine de grossesse ou la violation des règles de la procréation médicalement assistée) ou la conséquence (la naissance d'un enfant handicapé), le refus de procéder à une interruption légale de grossesse constitue une violation des droits du patient aussi bien en droit français que polonais, chaque fois que la loi accorde l'accès à l'interruption de grossesse. Lorsque la naissance de l'enfant est causée par *« la privation due à l'interruption volontaire de grossesse dans les délais légaux »*, le 14 octobre 1981, le tribunal administratif de Châlons-sur-Marne a condamné un médecin qui avait pratiqué une stérilisation tubaire volontaire au début d'une neuvième grossesse méconnue et en absence d'examen biologique et clinique avant la stérilisation[425]. Le 21 novembre 2003, la Cour Suprême de Pologne se prononçait favorablement sur une action en *wrongful conception* : *« l'entrave illégitime d'interrompre la grossesse dans la situation décrite par l'article 4a alinéa 1 point 3 (grossesse suite à un viol) de la loi du 7 janvier 1993 ouvre à la femme le droit d'être indemnisée en fonction du dommage subi »*[426]. Elle s'appuie donc exceptionnellement sur l'article 47 de la Constitution du 2 avril 1997 *« chacun dispose du droit de décider de sa vie privée »*. Dans affaire dite *« Łomża »*, la cassation contre la décision de la cour d'appel de Białystok, déposée devant la Cour Suprême, a porté sur l'impossibilité de prendre une décision autonome. En l'espèce, la patiente a été réellement privée de la possibilité d'interrompre sa grossesse. Ayant déjà un enfant handicapé, elle s'adressa à plusieurs reprises au médecin mais ce dernier a refusé de procéder à un examen prénatal. Le juge suprême a justifié la condamnation par le fait que la privation d'une information concernant du profil génétique constitue la violation des droits du patient[427]. Dans une situation inverse, le fait de procéder à une interruption illégale de grossesse avec le consentement de la mère (art.152 du code pénal) ou sans son consentement (art.153 et art.192 du code pénal) sera toujours poursuivi[428]. On remarque que de la même façon qu'en droit français, le législateur polonais a mis davantage l'accent sur le respect de la procédure médicale destinée au dépistage prénatal. Dans l'hypothèse de *wrongful conception*, la Cour Suprême de Pologne a tranché le 13 octobre 2005 que *« les parents d'un enfant ont*

---

[425] Cité par J.-H. Soutoul, F. Pierre, *Le gynécologie obstétricien face au juge*, Schering 1989, p. 45

[426] CS de Pologne, 21 novembre 2003, V CKN 167/03, Moniteur juridique 2004, n° 10, note S. Rudnicki, p. 475-476 ; T. Justyński, *Note sur la décision de la Cour Suprême du 21 novembre 2003*, État et droit 2004, n° 9, p. 122-127 ;

[427] CS de Pologne du 13 octobre 2005, IV CK 161/05, État et droit 2006, n° 7, note T. Justyński ; M. Bilecka, *Procès pour une mauvaise naissance, Remarques sur le procès devant la Cour régionale de Łomza et la Cour d'appel de Białystok*, Droit et médecine 2005, n° 3, p. 33 ; A. Górski, *L'action en indemnisation en cas d'entrave à l'interruption de grossesse*, Revue des tribunaux 2007, n° 5, p. 29-30

[428] A. Zoll, *Code pénal, Partie spécial, Commentaire*, Cracovie 2006, p. 302-303 ; A. Marek, *Droit pénal*, Varsovie 2004, p. 169

une légitimité à réclamer la réparation des dommages matériels, dont l'augmentation des frais d'entretient d'un enfant handicapé si le médecin a commis une faute en violation de l'article 4a alinéa 1 de la loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale, la protection de l'enfant conçu et les conditions d'interruption de grossesse (droit à l'interruption thérapeutique de grossesse) »[429]. Le 12 juin 2008, la Cour Suprême de Pologne se prononçait en faveur d'une indemnisation des parents. En l'espèce, le handicap de l'enfant a été détecté *in utero*, mais les médecins ont refusé une interruption de grossesse demandée par les parents au motif que l'état de fœtus était si avancé qu'une interruption légal de grossesse n'était plus possible vue de l'article 152§3 du code pénal Le 4 avril 2009[430], la Cour d'appel de Białystok a reconnu aux parents le droit à l'indemnisation lorsque l'entrave à l'interruption de grossesse a conduit, contre leur volonté, à la naissance d'un enfant handicapé.

248. Les situations explicitement prévues par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Le contenu de cette loi distingue deux situations différentes. Dans la première hypothèse, la faute médicale provoque ou aggrave un handicap au cours de la grossesse ou de l'accouchement. Une faute technique est portée à l'intégrité physique du fœtus ou une tentative manquée d'avortement sont à l'origine du handicap. La naissance ne peut être qualifiée comme un préjudice, mais bien le handicap. Dans la deuxième hypothèse, la faute médicale consiste en l'inobservation d'une obligation d'information médicale portant sur un handicap congénital dont le risque n'aurait pas été révélé aux parents. Par conséquent, ils ont été privés de la possibilité d'éviter la conception ou de recourir à l'interruption médicale de grossesse.

2. L'exigence d'un préjudice dommageable et du lien de causalité avec la faute de diagnostic prénatal

249. La démonstration obligatoire d'un préjudice. Le raisonnement juridique repose premièrement sur l'analyse du préjudice et du lien de causalité. L'existence de ce préjudice en question doit être prouvée chaque fois que l'action en indemnisation est déclenchée par les parents. *« Toute indemnisation nécessite l'existence d'un dommage personnel, certain, direct et légitime, qui présente un lien de causalité direct et certain avec le fait générateur de*

---

[429] Sur la décision de la Cour Suprême de Pologne du 13 octobre 2005, IV CK 161/05, : État et droit 2006, n° 7, note T. Justyński, W. Borysiak ; W. Borysiak, *Note à la décision de la Cour Suprême du 13 octobre 2005*, État et droit 2006, cahier n° 7, p. 117-118 ; P. Sobolewski, *Note à la décision de la Cour Suprême du 21 novembre 2003*, Palestra 2005, cahier n° 9-10, p. 237 ; Jurisprudence des tribunaux polonais, (OSP), n° 8/06, 2006, n° 7-8, position 123

[430] CA de Białystok, 4 avril 2009, affaire I ACAa 278/08 ; T. Justyński, *Note à la décision de la Cour d'appel de Białystok du 4 avril 2009*, Droit et Médecine 2009, n° 4, p. 120-127

responsabilité »[431]. Cette règle générale a été retenue dans des décisions favorables aux parents. Un autre élément constant est le défaut d'information qui prive la patiente d'une faculté de choix. L'indemnisation est accordée indépendamment du caractère de l'établissement, privé ou public (la responsabilité *ex delicto* et *ex contractu*). En 1997, le Conseil d'État a attribué aux parents des dommages et intérêts pour troubles dans l'existence dûs à l'infirmité de leur fils, comprenant notamment les charges afférentes aux soins, à l'éducation spécialisée, payés sous la forme de rente annuelle pour toute la durée de vie. Avec la loi du 4 mars 2002, le seul préjudice indemnisable pour les parents est celui de caractère moral. Les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice lorsque la responsabilité du professionnel de santé ou de l'établissement de santé est engagée pour une faute médicale caractérisée suivie de la naissance d'un enfant handicapé dont le handicap n'a pas était décelé pendant la grossesse. Contrairement à la jurisprudence dite *« Perruche »*, depuis la loi du 4 mars 2002, la naissance préjudiciable n'est pas indemnisable.

250. L'exigence du lien de causalité. La pratique médicale témoigne que la vraie difficulté existe en ce qui concerne la description de la relation causale entre le fait générateur du dommage et le préjudice indemnisable. Depuis le 6 janvier 1943, le lien de causalité doit être direct[432]. Le lien indirect exclut toute indemnisation. La difficulté subsiste chaque fois lorsque le préjudice de l'enfant n'est pas lié à une action médicale, mais lorsqu'il résulte d'une circonstance objective, celle du patrimoine génétique des parents et en conséquence du fœtus. Dans cette hypothèse, le dommage n'est pas lié directement avec l'intervention du médecin. Cette hypothèse fait quant à elle partie du scénario normal attendu. En revanche, lorsque la naissance intervient suite à une erreur de diagnostic qui a empêché de recourir à l'interruption de grossesse, la démonstration du lien de causalité n'est plus problématique. La doctrine française critique majoritairement cette construction, d'autant plus que la Cour de cassation affirme l'existence d'un lien de causalité sans le situer plus précisément[433]. Le mot

---

[431] F. Vialla, (sous la dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, éd. LGDJ 2009, p. 482, n° 712 ; J.-F. Mattéi, *La vie en question : pour une éthique biomédicale*, La Documentation Française 1994, p. 100 ; J. Morange, *Génétique et droits de l'homme*, Mélanges pour J.-M. Auby, éd. Dalloz 1992, p. 792 et s.

[432] Cass. Civ., 6 janvier 1943, Dalloz 1945, jurisprudence, p. 117, note A. Tunk ; Gazette du Palais 1943, 1, p. 106

[433] M. Fabre-Magnan, *Avortement et responsabilité médicale*, RTDC 2001, p. 285 ; C. Labrusse-Riou, M. Mathieu, *La vie humaine peut être un préjudice ?*, Dalloz 2000, point de vue, n° 44, p. I ; P. Keyser, *Un arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique?*, Dalloz 2001, chronique, p. 1889 ; D. Mazeaud, *Naissance, handicap et lien de causalité*, Dalloz 2000, point de vue, n° 44, p. V; L. Mayaux, *Naissance d'un enfant handicapé: la Cour de cassation met en péril de causalité*, RGDM 2001, p. 13 ; F. Terré, *Le prix de la vie*, JCP, éd. gén., 2000, aperçu rapide, p. 2267 ; P. Murat, *L'affaire Perruche : où l'humanisme cède à l'utilitarisme*, Droit de la famille 2001, commentaire, n° 11 ; G.Viney, *Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la Justice dans l'opinion*, JCP, éd. gén., 2001, I, 286 ;

clé est ici *« information »*. Car informée de l'ensemble des circonstances, la femme aurait fait son choix en toute connaissance de cause. L'information doit être donnée par le médecin après examen avec la précision qu'une malformation a été détectée. Dans l'arrêt *« Perruche »*, la Cour de cassation a souligné que la patiente doit être non seulement informée, mais également doit avoir maintenu sa décision de poursuivre ou d'interrompre sa grossesse[434]. Elle a exigé un lien de causalité direct avec le préjudice. Le 9 mars 2004, la Première chambre civile de la Cour de cassation a réaffirmé cette exigence dans une affaire similaire dans laquelle elle a rejeté la demande d'indemnisation d'une femme ayant donné la vie à un enfant handicapé suite à une infection rubéolique à cause d'une faute médicale indirecte et insuffisante[435]. En Pologne, la première décision précisant la nature du lien de causalité était celle, déjà citée, du 8 janvier 1965. La Cour Suprême a adopté une expression : *« le lien normal de causalité entre la faute médicale et le préjudice prénatal »*[436]. C'est la première fois que le juge polonais a reconnu explicitement la protection de l'intégrité biologique de l'enfant conçu menacée par les décisions fautives du médecin et portant une atteinte physique au corps de la femme enceinte. C'est également la première fois que les droits d'un enfant conçu ont été garantis par le juge suprême, sans exiger la reconnaissance d'une personnalité juridique du sujet protégé[437]. Depuis la loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale, la protection de l'embryon humain et les conditions de l'interruption de grossesse, l'article 446(1) du code civil a été modifié[438]. Les dispositions de cet article reposent sur la théorie de la causalité adéquate selon laquelle le médecin est responsable des effets dommageables et *« normalement prévisibles »* de son action[439].

B. La faute de diagnostic prénatal

251. Présentation. Les fautes médicales à l'origine de la naissance préjudiciable peuvent être variées. La jurisprudence a donné de nombreux exemples allant de la simple négligence à l'erreur de diagnostic. En pratique, très souvent, il s'agit d'un manque de communication entre les acteurs. Soit le médecin n'a pas effectué les examens nécessaires ; soit il n'a pas

---

[434] Les commentaires de la décision de la Cour de cassation du 13 juillet 2001 : JCP, éd. entreprise, 2002, n° 1, p. 41, note A. Pélissier ; Dalloz, 2001, jurisprudence, p. 2325 ; JCP, éd. gén., 2002, II, 10018, conclusion J. Saint-Rose ; Droit et patrimoine 2001, n° 96, p. 100, observation F. Chabas ; RGDM 2001, p. 751, note L. Mayaux ; Gazette du palais, 7-8 septembre 2001, p. 1458, note J. Guigue

[435] Cass. Crim., 9 mars 2004, n° 01-17.277

[436] CS de Pologne, 8 janvier 1965, Affaire II, CR 2/65, Jurisprudence de tribunaux polonais (OSPiKA), 1965, cahier n° 9

[437] A. Szpunar, *Indemnisation du dommage matériel, Le dommage matériel et personnel*, Bydgoszcz 1998

[438] L'article 446(1) du code civil polonais dispose : « *Dès sa naissance, l'enfant a un droit de demander la réparation du préjudice subi avant sa naissance* ».

[439] La théorie de la causalité adéquate est prévue par l'article 361§1 du code civil polonais.

informé à temps les parents des résultats du diagnostic de maladie héréditaire existant chez certains membres de leur famille. *In fine*, il est possible que la faute provienne du laboratoire qui n'a pas diagnostiqué la présence du gène responsable de la maladie. La faute peut être commise lors du diagnostic préimplantatoire, ou lors du diagnostic postimplantataoire. Le moment clé du processus est le conseil génétique, un élément commun des droits français et polonais (1). L'attention portée par le médecin à ce moment pourra s'avérer décisive pour l'état de santé tant du fœtus que de sa mère. Les résultats du diagnostic prénatal peuvent s'avérer décisifs pour le choix de poursuivre ou non la grossesse L'enquête doit être attentivement menée sur les antécédents du couple, avec une évaluation de la hauteur réelle du risque. En fonction de l'étape de diagnostic, différents facteurs sont pris en compte (2).

1. Le conseil génétique

252. Le conseil génétique progressivement élargi. Le médecin va chercher à savoir, en premier lieu, si le couple est porteur potentiel d'une anomalie génétique, d'un risque d'une maladie ou de consanguinité. Le couple-patient dispose d'un droit à la consultation chez un médecin spécialiste en génétique médicale. Or, un aléa persiste toujours, aussi bien pour les examens effectués en laboratoire, que pour leur interprétation[440]. Du fait qu'une marge incertitude existe quant à l'erreur de diagnostic, le médecin n'est pas tenu pas d'une obligation du résultat mais d'une obligation de moyens. Le droit médical français impose aux médecins trois conditions cumulatives. D'abord, le couple est informé sur son profil génétique. Ensuite, le médecin procède aux examens appropriés en fonction de la situation génétique des parents. Enfin, le couple est informé des risques réels et éventuels susceptibles d'apparaître à la conception. Ces principes du droit français conservent leur actualité en droit polonais. En Pologne, l'article 8 du code de l'éthique médicale impose au médecin l'obligation de procéder à tous les examens diagnostics nécessaires pour la sauvegarde de la santé de la femme et de l'enfant conçu[441]. La Circulaire du 6 mars 2003 du Ministre de la santé dresse une liste des analyses médicales qui peuvent être effectuées durant la grossesse[442]. Le 13 octobre 2003, la Cour Suprême a précisé explicitement que

---

[440] M-L. Briard, *Le droit à l'enfant parfait : fantasme ou réalité, in Vers un anti destin ?, Patrimoine génétique et droits de l'humanité,* (sous la dir.) F. Gros, et G. Hubert, éd. Odile Jacob 1992, p. 181-187 ; B.-M. Knoppers, *Conception artificielle et responsabilité médicale-Une étude de droit comparé,* préc. p. 58

[441] D. Tykwińska-Rutkowska, *L'action en wrongul birth et wrongul conception dans la jurisprudence,* Droit et Médecine 2005, n° 20 ; T. Justyński, *La conception et la naissance d'un enfant comme une source de responsabilité civile,* Cracovie 2003

[442] Circulaire du Ministre de la santé du 6 mars 2003 relative aux examens médicaux destinés aux femmes enceintes, aux nouveau-nés et aux personnes exposées à des maladies contagieuses, Journal des Lois 2003, n° 61, position 550

l'indemnisation des parents peut se fonder sur l'omission d'informer la mère sur les malformations dont souffre le fœtus[443]. Le 13 octobre 2005, la Cour Suprême a donné une interprétation détaillée de l'article 37 et 31 de la loi relative à la profession du médecin. *« La désinformation ou l'information inexacte peuvent caractériser la faute du médecin »*. En cas de doute sur le profil génétique de l'enfant conçu, l'examen prénatal, suivi d'un conseil génétique sont obligatoires. Selon la Cour Suprême de Pologne : *« le droit d'accès aux diagnostics prénataux est l'un des éléments du droit de la femme d'être informée sur l'état de santé de l'enfant qu'elle porte »*[444]. Les incertitudes éventuelles doivent conduire à une consultation supplémentaire chez un médecin spécialisé à la demande du médecin soignant soit des parents[445]. La loi française du 7 juillet 2011 s'oriente vers une généralisation du dépistage. La définition du diagnostic prénatal préalablement prévue par l'article L.2131-3 du code de la santé publique a été maintenue. Mais l'échographie obstétricale et fœtale est expressément prévue comme technique de diagnostic. Alors qu'en Pologne, la loi du 5 décembre 1996 relative à la profession du médecin ne donne aucune précision sur la méthode de dépistage.

2. La faute de diagnostic prénatal à l'origine du préjudice subi

253. La notion de faute de diagnostic dans le code civil polonais. La faute de diagnostic prénatal est encadrée par les deux articles 23 et 446(1) du code civil polonais. La première disposition a une portée générale, mais elle contient les droits *« automatiquement »* reconnus aux fœtus tant dans sa forme préconceptionelle (*concipiendus*), que postimplantatoire (*nasciturus*). La personnalité juridique conditionnelle de l'enfant conçu existe au titre de l'article 446(1) du code civil. Cette disposition n'a pas son homologue français. Le fœtus devient, tout comme en France, une personne juridique au moment de l'accouchement. *« Depuis le moment de sa naissance, l'enfant peut réclamer la réparation des dommages subis avant la naissance. L'enfant ne peut se diriger ni formuler ces requêtes à l'encontre de sa mère »*. Il convient de souligner, que cette disposition a été introduite dans le code civil en 1993 en tant que partie de la loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale, la protection de l'embryon humain et les conditions d'interruption de grossesse. Du fait que les

[443] CS de Pologne, 13 octobre 2003, affaire IV CK 161/05, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP) 2006, cahier 6, position 71
[444] CS de Pologne, 12 juin 2008, affaire III CSK 16/08
[445] Sur le devoir d'information médicale en droit polonais : M. Safjan, *Quelques réflexions sur le problème d'indemnisation et cas des erreurs médicales*, Droit et médecine, 2005, n° 1, p. 10 ; J. Szpara, *Droit à une information médicale dans la relation entre le patient et le médecin*, Droit et Médecine 1999, n° 4 ; F. Wojciechowski, *Droit du patient à l'information et les médecins*, Droit et médecine 1999, n° 4

périmètres de faute de diagnostic prénatal ne sont pas précisés *expressis verbis*, la doctrine polonaise reste partagée sur l'étendue de cette faute. Pour Monsieur M. Nesterowicz, il doit bénéficier d'une large interprétation, et s'appliquer à toute sorte de situations : les fautes de diagnostic préimplantatoires et postimplantaroires[446]. Selon Monsieur A. Szpunar, l'action de naissance préjudiciable n'appartient qu'aux parents[447], la naissance préjudiciable doit être anticipée par le conseil génétique.

254. Les examens obligatoires et facultatifs. La majorité des fautes est commise postérieurement à la conception. La faute consiste ici en un défaut de prescription ou un défaut d'information. La responsabilité est recherchée en l'absence de prescription d'un examen biologique et/ou radiologique permettant de révéler le risque de malformation de l'enfant à naître. Dans certaines hypothèses, le diagnostic s'avère obligatoire. Si le médecin s'y oppose, il doit en informer sa patiente immédiatement[448] en se référant à la clause de conscience. Si au contraire, il décide de diagnostiquer et s'il ne prescrit pas des examens sérologiques de rubéole et de la toxoplasmose, sa responsabilité peut être engagée. Ces deux maladies évoquées sont systématiquement recherchées en raison leur gravité. Dès lors, le fait de ne pas procéder à cet examen peut en soit être constitutif d'une faute. La rubéole est une *« cause de mortalité ou de la naissance d'enfant atteints de cataracte congénitale, de surdité ou de graves cardiopathies »* ; la toxoplasmose provoque *« dans la moitié des cas, chez le fœtus et le nouveau-né fydrocéphalie, une chorioretinite et parfois une mort précoce par encéphalite nécrotique »*[449]. Le point de rapprochement entre les deux systèmes juridiques consiste à reconnaître que le médecin ne peut refuser de procéder à un examen lorsqu'un tel refus est susceptible d'exposer le fœtus ou sa mère à un danger pour leur santé ou leur vie[450].

255. L'absence d'une obligation légale imposant la prescription d'un examen particulier. C'est au médecin qu'il appartient d'effectuer les examens qu'il juge nécessaires. Il prend en compte dans ce cas les demandes exprimées par la mère elle-même, les risques et les

---

[446] M. Nesterowicz, *Droit médical*, Toruń 2007, p. 35-68 ; M. Nesterowicz, *Responsabilité civile du médecin et de l'établissement de santé suite à la naissance préjudiciable d'un enfant*, Droit et médecine 2003, n° 5, p. 35-47

[447] A. Szpunar, *Indemnisation du dommage matériel, Le dommage matériel et personnel*, Bydgoszcz 1998

[448] C. Byk, *Responsabilité médicale et pratique de l'échographie et du dépistage prénatal*, Journal de Médecine légale et de droit médical 1997, vol. 40, n° 1, p. 28 ; M.-C. Hors-Cayla, J.-S. Cayla, *Progrès et limites du diagnostic prénatale*, RDSS 1997, n° 4, p. 774

[449] M.-C. Hors, J.-S. Cayla, *Progrès et limites du diagnostic prénatale*, Revue de droit sanitaire et social, 1997, n° 4, p. 774 ; Jurisprudence française sur l'omission d'un examen prénatal obligatoire : CA de Paris, 17 février 1989, Dalloz 1989, sommaires commentés, p. 316 ; Cour de cassation 16 juillet 1991, JCP, éd. gén., 1991, n° 21947, p. 349, note A. Dorsner-Dolivet ; Gazette du Palais 1992, sommaire annoté, p. 152, observation F. Chabas

[450] E. Zielińska, *Clause de conscience*, Droit et Médecine 2003, n° 13, p. 30

antécédents familiaux et le déroulement de la grossesse. Ces examens, une fois pratiqués, sont pris en charge par la sécurité sociale[451], par principe un examen demandé ne peut être refusé. Il semble que dans le cas des examens facultatifs, ce sont les prédispositions familiales et l'expérience professionnelle du médecin, qui doivent fonder la décision de recourir ou non aux examens. Dès lors qu'une anomalie est simplement probable, elle doit déjà faire l'objet d'investigations puis de tentatives de confirmation. Même si l'échographie n'est obligatoire ni en France ni en Pologne, la responsabilité du médecin peut être recherchée en matière de diagnostic prénatal effectué par échographie[452]. Plus particulièrement, en France, l'échographie est systématiquement proposée aux femmes enceintes depuis la loi du 7 juillet 2011. Lorsqu'il est prétendu que l'information concernant une anomalie est donnée incorrectement au patient, il appartient au médecin de prouver qu'il a accompli son devoir d'information[453]. La rétention d'information est directement interdite par l'article 35 du code polonais de déontologie médicale. *« Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose ... »*[454]. Du fait qu' *« une erreur de diagnostic ne constitue pas en soi une faute de nature à engager la responsabilité »*, le médecin n'est tenu que par l'obligation des moyens pour poser ce diagnostic[455]. En revanche, s'il a rempli toutes ses obligations afin de parvenir à un résultat, sa responsabilité ne peut pas être mise en cause[456]. Certaines hypothèses sont plus délicates que les autres. Dans le cas du test HT 21, il existe des limites sur la précision du test sanguin, et il est plus compliqué de détecter la Trisomie 21 à partir des cellules de sexe féminin[457]. Les statistiques en matière d'échographie sont encore plus alarmantes. *« On estime que, indépendamment de toute erreur*

---

[451] Arrêt du 11 février 199, in Dictionnaire Permanente Bioéthique et Biotechnologie, Bulletin n° 74, p. 8153 ; J.-Y. Nau, *Trisomie 21 : près de 70% des femmes enceintes demandent un dépistage*, Le Monde, 18 février 1999, p. 10 ; JCP, éd. gen., 1995, IV, 1568 ; RTDC 1995, n° 4, p. 863

[452] N. Gombault, *La responsabilité de l'échographie du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un foetus*, Gazette du palais1996, II, p. 817 ; M.-L. Fortune-Cavalie, *Responsabilité médicale et naissance d'enfant handicapé : vers « oeuf transparent » ?*, Médecin et droit 1998, n° 33, p. 18

[453] Cass. Civ., 25 février 1997, LPA, 16 juillet 1997, n° 85, p. 17, note A. Dorsner-Dolivet ; Cour administratif de Paris 9 juin 1998, n° 95PA03660

[454] Sur la rétention d'information concernant du test HT 21 qui n'ont pas été transmises à la patiente : CA de Versailles, 8 juillet 1993, Dalloz 1993, sommaires, p. 98, observation J. Penneau ; RDSS 1994, p. 268, note G. Mémetau, A. Alfandari ; Gazette du palais 1994, I, p. 149 ; TGI de Brest, 11 mars 1998, éd. Génésis, avril 1999, n° 45, p. 44 ; B. Lemaire, *Aspects juridiques du diagnostic de trisomie 21*, Journal de Médecine légale et de droit médical 1998, vol. 41, n° 7-7, p. 37

[455] L. Dubois, *La responsabilité civile du médecin à raison du diagnostic médical*, in *Responsabilité civile du médecin Actes du Colloque, 19-20 juin 1992*, éd. PUAM, 1993, p. 16 et s., Ce auteur cite notamment la décision de la Cour de cassation, 1 chambre civile du 1 avril 1974

[456] Sur l'absence de détection d'une anomalie avant la naissance : CA de Dijon, 15 septembre 1998, Médecin et droit, 1999, n° 36, p. 28 ; Tribunal administratif de Strasbourg 17 juillet 1990, AJDA, 1991, p. 217, note G. Darcy ; RDSS 1991, p. 69, conclusion M. Heers ; Gazette du palais, 1991, I, p. 52, conclusion M. Heers ; CE, 14 février, 1997, LPA 28 mai 1997, n° 64, p. 27

[457] TGI de Montpellier, 15 décembre 1989, JCP, éd. gen., 1990, II, n° 21556, J.-P. Gridel

éventuelle de l'opérateur, 20 à 30 % des malformations majeures échappent à l'examen »[458]. L'échographie est objectivement incertaine, vue la position fœtale observée, la qualité du liquide amniotique et notamment l'âge gestationnel ; elle ne peut garantir *« un enfant normal »*.

256. Les difficultés de faire un choix. Une erreur de diagnostic peut placer les parents dans une optique doublement négative. D'une part, ils sont exposés à l'impossibilité de faire un choix procréatif ; d'autre part, ils sont privés de la possibilité de se préparer à l'accueil d'un enfant handicapé : *« ... la naissance d'un enfant handicapé représente une épreuve traumatisante pour les parents et pour les autres membres de la famille. (...). C'est précisément l'attente confiante et paisible d'un enfant « présumé normal », brutalement déçue, qui accentue la blessure morale des parents »*[459]. Désinformés ou simplement impréparés à un choc psychologique, les parents ne sont en mesure de se préparer psychologiquement et/ou matériellement à une épreuve traumatisante, d'où peut surgir l'idée d'abandon[460]. Les parents ont pu être privés d'un choix de garder cet enfant ou d'interrompre la grossesse à risque. L'erreur de diagnostic ou le défaut d'information conduisent à la perte de chance. Selon Madame I. Vacarie, cette dernière doit être vue comme un préjudice distinct et autonome du préjudice final[461]. La logique élémentaire incite à penser que si les parents sont confrontés à une possibilité d'avoir un enfant handicapé, la quasi-totalité des couples aura recours à l'interruption de grossesse. La lecture des cas soumis aux juges en France montre une tendance constante, proche de celle constatée en Pologne, selon laquelle *« la jurisprudence pose une présomption de volonté d'éviter la grossesse »*[462]. En France, l'article L.114-5 du code de l'action sociale et des familles écarte, depuis la loi du 4 mars 2002, l'indemnisation des fautes qui ont pour effet de ne pas permettre aux parents d'éviter la conception d'un enfant handicapé.

257. Plan. Initialement, l'action de naissance préjudiciable a été reconnue par la

---

[458] J. Millez, *Euthanasie – Médecine ou eugénisme ?*, éd. Odile Jacob 1999, p. 22

[459] L. Finel, *La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies foetales*, RDSS 1997, n° 2, p. 229

[460] A.-C. Dumaret, D. Rosset, *Trisomie 21 : une réalité à Paris*, éd. Laennec, octobre 1997, p. 6-9 ; F. Alt-Maes, *L'information médicale du patient, au coeur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, RDSS 1994, n° 3, p. 381-398 ; D. Thouvenin, *La détection des anomalies foetales-Analyse juridique*, vol. 2, CTNERHI, 1995 ; J.-P. Ammeras, *Les préjudices liés à la naissance*, Concours médical, 21 juin 1997, p. 1721-1723 ; J.-P. Almeras, *Rubéole et interruption volontaire de grossesse*, Le concours médical, 9/11/1991, p. 2991-2993 ; C. Pasquet, C. Sicot, *Risque et responsabilité en échographie anténatale*, Concours médical, 7 février 1998, p. 318- 321 ;

[461] I. Vacarie, *La perte d'une chance*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 1987, p. 903-932 ; RTDC 1992, n° 1, p. 109-114

[462] A.-L. Luciani, *La notion de dommage à l'éprouve du handicap congénital*, LPA 1997, n° 77, p. 19

jurisprudence, mais la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a modifié le régime d'indemnisation (§2).

§ 2 : De la reconnaissance jurisprudentielle à la contestation législative de l'action de naissance préjudiciable (wrongful birth)[463]

258. Présentation. L'expression *wrongful birth* signifie, selon Monsieur G. Mémeteau[464], une action en vie dommageable. Monsieur M.-A. Hermite définit l'action en *wrongful birth* comme *« l'action en responsabilité engagée par les parents d'un enfant né handicapé (physique et/ou mental) contre un médecin ou un professionnel de la santé dont la négligence alléguée (dans la pratique des tests génétiques ou des diagnostics prénataux) les a privé de la possibilité de faire un « choix procréatif » éclairé, c'est-à-dire de décider en pleine connaissance de cause de concevoir ou non, de mettre ou non un enfant handicapé au monde »*[465]. Elle peut être exercée lorsqu'un enfant naît handicapé à la suite d'un défaut de diagnostic *in utero* par le médecin, qui a empêché à la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, mais également en cas de naissance d'un enfant en bonne santé suite à l'échec d'une interruption de grossesse ou d'une stérilisation. Chaque réparation est analysée *in concreto,* selon la gravité du préjudice subi. Elle doit être étudiée en relation avec un acte médical échoué préalable à la naissance. La réparation partielle est accordée aux parents par le biais de la perte de chance qui est devenue une méthode de qualification du dommage. Cette réparation des parents intervient par la voie d'une indemnisation évaluée souverainement par le juge (A). Ensuite, il convient d'étudier les périmètres du régime d'indemnisation des parents fixés par la loi du 4 mars 2002, dite la loi *« anti-Perruche »* (B).

A. Les voies d'indemnisation reconnues aux parents

259. Présentation. Les voies d'indemnisation ont connu des étapes successives, variées selon la nature de juridiction saisie. Tant les juges judiciaires qu'administratifs ont admis

---

[463] Selon les termes du Comité Consultatif National d'Éthique « *la reconnaissance d'un droit de l'enfant à ne pas naître dans certaines conditions apparaîtrait hautement discutable sur la plan du droit, inutile pour assurer l'avenir matériel des personnes souffrant de handicaps congénitaux et redoutable sur le plan éthique. En effet, un tel droit risquerait de faire peser sur les parents, les professionnels du diagnostic prénatal et les obstétriciens, une pression normative d'essence eugénique* » *in* Avis : *Handicaps congénitaux et préjudice*, n° 68 du 29 mai 2001

[464] G. Mémeteau, *L'action de vie dommageable*, JCP, éd. gén., 2000, I, 279

[465] M.-A. Hermite, *Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés*, Gazette du Palais, 24-25 octobre 1997, p. 76

l'indemnisation fondée sur la théorie générale de la responsabilité médicale. Ils ont cherché trois éléments classiques: le lien de causalité, la faute et le préjudice particulier indemnisable. Cette règle s'applique aussi bien en cas d'échec d'une interruption de grossesse que d'une stérilisation. Les parents demandeurs ont pu obtenir une réparation partielle par le biais de la perte de chance (1). Les juridictions françaises, tant judiciaires que administratives, vont finalement évoluer vers l'indemnisation du préjudice lié à la naissance *sensu stricto* jusqu'au l'adoption de la loi du 4 mars 2002 (2).

1. L'indemnisation liée à la défaillance d'un acte médical préalable à la naissance préjudiciable

260. L'indemnisation accordée aux parents par les juridictions judiciaires françaises[466]. Les juges judiciaires français ont adopté le principe d'indemnisation exigeant l'existence d'un lien de causalité[467], ou d'une faute imputable au médecin[468]. L'absence d'un préjudice indemnisable peut être déduite du comportement fautif de la victime. Alors, la responsabilité du médecin a été partagée avec celle de la patiente qui, malgré les contre-indications du praticien, a entretenu des relations intimes[469]. Le 25 juin 1991, la Première chambre civile de la Cour de cassation a posé un principe général selon lequel *« l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de grossesse »*. La Cour a déduit que les parents ne sont pas indemnisés du fait de la naissance d'un enfant, aussi bien handicapé qu'en bonne santé, en cas d'échec d'une interruption volontaire de grossesse ou d'une stérilisation[470]. Parmi les décisions rendues, il convient de citer celle de la Cour de cassation du 26 mars 1996[471]. En l'espèce, la faute du

---

[466] Il convient de citer deux décisions qui ont conduit à la condamnation des médecins : TGI d'Évry du 21 décembre 1979 : l'auteur a été condamné pour d'avoir procéder aux examens insuffisants des débris retirés ce qui a obligé sa patient à recourir à une nouvelle IVG après le dépassement du délais légale, RDSS 1981, p. 246, note L. Dobouis, Dalloz, 1981, jurisprudence, p. 185, note J. Penneau ; CA de Paris du 5 juillet 1984 : le juge a retenu une négligence caractérisée dans la surveillance postopératoire et par l'absence d'un contrôle histologique, Gazette du palais 1984, 2, sommaires, p. 290

[467] TGI de Bobigny, 15 décembre 1976, Revue de droit sanitaire et social, 1977, p. 34, note L. Dubouis ; Dalloz 1977, jurisprudence, p. 245, note Ph. Le Tourneau ;

[468] TGI de Bobigny, 9 février 1983, Gazette du palais, 1983, 1, p. 200 ; RDSS 1983, p. 701, note L. Dubouis ; JCP, éd. gén. 1984, n° 20149, note A. Dorsner-Dolivet ; CA de Pau, 8 février 1984, Concours médical 1990, n° 112, p. 1632, observation J.-P. Almeras ; Dalloz, 1985, sommaires, p. 464, observation J. Penneau

[469] TGI de Cusset, 23 juin 1988, Concours médical 12 mai 1990, 112, 17, p. 1633, observation J.-P. Almeras

[470] Cass. Civ. 25 juin 1991, Bull. Civ., n° 213

[471] Cour de cassation, 26 mars 1996, Cette décision a admis définitivement le principe d'indemnisation, elle a fait l'objet d'une vive réaction doctrinale : C. Jonas, *L'enfant préjudice*, Médecine et droit 1997, n° 26, p. 15 ; Journal de médecine légale et de droit médical, 1998, vol. 41, n° 3-4, p. 216, observation Ch. Byk ; M.-A. Hermitte, *Les contentieux de la naissance d'enfant handicapé*, Gazette du palais 1997, n ° spécial :

médecin a été explicitement retenue. Un couple, dans lequel l'homme était porteur d'un déficit des membres inférieurs et d'un syndrome pyramidal associé à une comitialité, a décidé de concrétiser son projet parental. Suite à un conseil génétique excluant tout risque de transmission, un enfant est venu au monde, mais avec le même handicap que son père. Pour la Cour de cassation, cette naissance aurait pu être évitée, si le médecin n'avait pas commis de faute d'interprétation des résultats de l'examen.

261. La réparation des parents dans l'affaire « Nicolas Perruche ». En l'espèce, un médecin a suspecté une rubéole chez sa patiente, Madame Perruche. Il a prescrit la recherche d'anticorps antirubéoleux qui a donné des résultats contradictoires. Finalement, le laboratoire a conclu que la femme enceinte était immunisée contre la rubéole. Mais quelques mois après la naissance, l'enfant a développé des troubles neurologiques et de graves séquelles suite à une rubéole congénitale contractée pendant la grossesse. Les parents ont cherché à engager la responsabilité du laboratoire et du médecin en leur nom et au nom de leur fils. Cette affaire a été à l'origine de l'arrêt controversé de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 17 novembre 2000[472]. Les juges ont admis l'existence de la faute médicale qui a empêché la mère d'exercer son droit de recourir ou non à une interruption volontaire de grossesse, car le médecin a manqué à son obligation de soins diligents et attentifs, à son obligation d'information et de conseil. Ces fautes ont contribué à la naissance de l'enfant, sans pour autant causer son handicap. L'enfant ainsi né *« peut demander réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues »*. L'arrêt *« Perruche »* a entraîné une conséquence extra-judiciaire qui était l'augmentation des tarifs des assurances médicales. Il a été réaffirmé dans les deux arrêts de la Cour de cassation du 28 novembre 2001 lorsque l'Assemblée Plénière a accepté la réparation du seule préjudice moral des parents à l'exclusion du préjudice matériel en limitant la réparation car *« le préjudice de l'enfant n'est pas constitué par une perte de chance mais par son handicap » et « le montant de l'indemnité due au titre de l'assistance de tiers personnes à domicile pour les gestes de la vie quotidienne ne saurait être réduit en cas d'assistance familiale »*[473]. La réaction du législateur à cette jurisprudence est la loi du 4 mars 2002, dite la loi *« anti-Perruche »* qui exclue tout droit subjectif de l'enfant à ne pas naître handicapé.

Droit de la Santé, p. 75 ; LPA 1996, n° 147, p. 35, note J. Roche-Dahan ; RTDC 1996, p. 623, note P. Jourdain ; Dalloz, 1997, sommaires, p. 323, observation J. Penneau ; RTDC 1996, p. 871, note J. Haser ; JCP, éd. gen., 1997, I, n° 4045, note P. Murat ; JCP, éd. gen., 1996, I, n° 3985(19), p. 491, observation G.Viney

[472] Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, n° 99-13.701

[473] Cass. Civ., 28 novembre 2001, Bull. Civ., n° 15 et 16 ; JCP, éd. gén., 2002, II, 10601, note F. Chabas

262. L'indemnisation accordée aux parents par les juridictions administratives françaises. La responsabilité d'un hôpital public a été mise en cause, pour la première fois, le 9 janvier 1980[474]. Le tribunal administratif de Grenoble était saisi par la mère, demandeuse d'une somme de 100 000 F pour assurer les frais d'éducation de son enfant né après l'échec d'une l'interruption volontaire de grossesse. L'absence d'un lien de causalité entre la naissance et les faits reprochés a conduit le tribunal à rejeter cette demande. Après son appel, le 2 juillet 1982[475], le Conseil d'État a réaffirmé la solution adoptée en mettant plus l'accent sur l'absence du préjudice. Il a tranché : *« la naissance d'un enfant (...) n'est pas génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir à la mère un droit à réparation par l'établissement hospitalier… »*. Dans le même arrêt, le Conseil d'État a jugé que la mère peut bénéficier d'un droit à réparation lorsqu'il est possible d'invoquer la situation ou les circonstances particulières à l'origine du dommage spécifique distinct de la naissance elle-même. Plus précisément, il s'agit par exemple d'un dommage moral subi par la mère à l'occasion de la naissance indésirable comme un viol ou lorsque l'échec de l'interruption volontaire de grossesse par la faute du médecin a provoqué un handicap de l'enfant. Par conséquent, la décision favorable exige que le préjudice soit d'une certaine gravité et associé aux circonstances particulières.

263. L'affaire « Quarez ». Le Conseil d'État a accordé, le 14 février 1997, la réparation du préjudice moral aux parents à hauteur de 100 000 F, l'hôpital a été condamné à une indemnité en capital représentant le versement d'une rente mensuelle à vie[476]. En l'espèce, Madame Quarez enceinte et âgée de 42 ans a demandé un examen chromosomique de cellules de son fœtus. En réponse, le service de pathologie cellulaire de Centre hospitalier de Nice informait la patiente que *« l'examen chromosomique effectué sur les cellules fœtales prélevées par amniocentèse n'a pas révélé d'anomalie chromosomique détectable par les moyens actuels »*. Cette conclusion s'avérait inexacte, car quelque temps plus tard Madame Quarez a donné naissance à un enfant atteint de Trisomie 21. Selon les conclusions du Conseil d'État, même si l'examen médical a été réalisé dans les règles de l'art, la mère a été reconnue victime d'un défaut d'information car le résultat annoncé de l'examen n'a pas été donné avec suffisamment de prudence. La patiente n'était pas informée que le résultat donné pouvait *« être affecté d'une marge d'erreur inhabituelle »*. Par conséquent, l'hypothèse d'une erreur d'interprétation

---

[474] TA de Grenoble, 9 janvier 1980, Concours médical 1980, n° 102, p. 2015, n° 104, p. 6198, observation A. Gombault

[475] CE, 2 juillet 1982, Gazette du palais 1983, 1, p. 193, note F. Modern ; Dalloz, 1984, sommaires commentés, p. 21, observation F. Moderne ; Dalloz 1984, jurisprudence, p. 425, note J.-B. Onorio ; AJDA 1983, p. 206, note J. Chapuisait, M. Pinault, *I.V.G. Doit-elle être considérée comme un acte médical et son échec peut-il entraîner la responsabilité de l'établissement hospitalier ?*, RDSS 1983, p. 95

[476] Médecine et droit, 1999, n° 35, p. 18, observation M.-L. Moquet-Anger

des résultats de diagnostic prénatal a été écartée. La faute du médecin résidant dans un défaut d'information qui a été la *condition sine qua non* de la condamnation[477]. L'indemnisation accordée concernait à la fois les dommages subis par les parents que par l'enfant trisomique.

264. L'indemnisation accordée aux parents dans la jurisprudence de la Cour Suprême de Pologne. L'indemnisation est reconnue aux parents privés du recours à l'interruption de grossesse[478]. L'article 4 de la loi du 6 novembre 2008 relative aux droits du patient et au statut de défenseur des droits des patients[479], précise que *« dans le cas d'une violation volontaire des droits des patients (ici des parents d'un enfant handicapé), le tribunal est compétent pour accorder une indemnisation au titre de compensation sur le fondement de l'article 448*[480] *du code civil »*. Le montant de l'indemnisation peut être révisée et modifié, en fonction des circonstances et du comportement du médecin et des parents lorsque ces derniers contribuent à l'aggravation du préjudice[481]. Il convient de souligner que la jurisprudence de la Cour Suprême est assez constante et généralement favorable à

---

[477] LPA, 28 mai 1997, n° 64, p. 23

[478] Sur la reconnaissance de l'indemnisation des parents dans le cadre de l'action en *wrongul birth* en droit polonais : M. Safjan, *Droit et médecine – la protection de la personne face aux dilemmes de la médecine moderne,* Varsovie 1998, p. 206-207 ; T. Justyński, *La conception et la naissance de l'enfant comme les sources de la responsabilité civile,* éd. Zakamycze 2003, p. 15-21 ; D. Tykwińska-Rutkowska, *L'action en wrongul birth et wrongful conception dans la jurisprudence des tribunaux,* Droit en Médecine 2005, n° 3, p. 20 ; M. Nesterowicz, *La responsabilité civile de médecin et de l'hôpital en cas de wrongful conception, wrongul birth et wrongful life dans la jurisprudence européenne (2000-2005),* Droit et Médecine 2007, n° 3, p. 31-32 ; A. Jacek, *La mauvaise naissance comme une source de la responsabilité de l'établissement de la santé,* Parquet et Droit 2008, n° 2, p. 99-104 ; K. Michalska, *L'article 446(1) du code civil comme le fondement de l'indemnisation en cas d'une erreur de diagnostic prénatal,* Mélanges M. Pazdan, éd. Zakamycze 2003, p. 1181-1183 ; M. Nesterowicz, *Les fondements juridiques de la responsabilité civile dans la jurisprudence des tribunaux polonais,* Famille et Droit 2007, n° 2, p. 11-13 ; M. Wild, *L'action en wrongful birth en droit polonais à propos de la décision de la Cour Suprême de Pologne du 21 novembre 2003,* Revue des tribunaux 2005, n° 1, p. 51-56 ; L. Bosek, *L'action en wrongul birth et wrongful life dans les normes constitutionnelles et européennes,* Revue des tribunaux 2008, n° 2, p. 49-50 ; M. Kowalski, *La conception de droit à la planification familiale,* Revue des tribunaux 2003, n° 5, p. 54-60 ; R. Trzaskowski, *La naissance d'un enfant, peut-elle fonder une indemnisation ?,* Palestra 2007, n° 9-10, p. 15-16 ; M. Zubik, *La protection du début de la vie en droit international européen,* Revue de tribunaux 2007, n° 3, p. 21-43 ; J. Pawlikowski, *Droit à l'opposition et la clause de conscience du personnel médical,* Droit et Médecine 2009, n° 3, p. 41-47 ; M. Domagalski, *Le droit polonais ne soutient pas des parents, L'entretien avec Marek Safjan,* Journal Rzeczpospolita 04/02/2008 ; L. Bosek, *Les réflexions sur la réglementation de la procréation médicalement assistée,* éd.Diametron 2009, n° 20, p. 42 ; M. Nesterowicz, *La responsabilité civile en cas d'erreur médicale en droit français du 2 mars 2002 relative aux droits des patients,* Droit et Médecine 2002, n° 12, p. 116-122

[479] La loi du 6 novembre 2008 relative aux droits des patients et au statut de défenseur des droits des patients, Journal des Lois 2009, n° 76, position 641

[480] **L'article 448 du code civil polonais dispose** : « *En cas d'une violation des intérêts personnels d'une personne, le tribunal est compétente pour accorder une montant appropriée au titre de compensation du préjudice subi soit de transmettre une somme d'argent à un but social choisi par la victime, indépendamment des autres mesures nécessaires à prendre pour repérer de préjudice. Il s'applique ici l'article 445§3 du code civil.»* Il convient de souligner que l'indemnisation peut être reconnue au titre de la responsabilité prévue par l'article 23 et 24 du code civil polonais.

[481] Le montant d'indemnisation peut être modifié, selon l'article 362 du code civil, si le comportement des parents à contribué aggravation du préjudice subi.

l'indemnisation des parents. Selon les origines des préjudices subis par les parents, il est possible de distinguer deux catégories de décisions : les arrêts condamnant la violation du droit à la planification familiale et les arrêts condamnant les fautes de diagnostic prénatal. Dans la première catégorie se trouve l'arrêt du 21 novembre 2003, lorsqu'une patiente a été forcée à accoucher d'un enfant dont elle ne désirait pas car il était le fruit d'un viol commis par un inconnu[482]. Le 13 octobre 2005, la Cour Suprême a jugé un médecin qui a commis une faute médicale consistant en la violation délibérée des droits des parents à la planification familiale. En l'espèce, ils ont été privés d'une possibilité d'interrompre la grossesse lorsque le fœtus était gravement atteint d'une malformation[483]. En 2008, le juge suprême a reconnu le préjudice d'une femme qui s'est vue refusée l'interruption de sa grossesse et qui a donné la naissance à une fille atteinte de syndrome du Turner, alors que le diagnostic prénatal effectué a bien révélé la présence de cette maladie[484]. Le 6 mai 2010, la Haute juridiction polonaise a réaffirmé la position antérieure, en précisant que l'interruption de grossesse est un droit personnel et c'est à la mère qu'appartient de décider de laisser venir ou non au monde un enfant dont elle sait future handicap[485]. Dans la deuxième catégorie des arrêts attribuant aux parents une indemnisation suite à la faute de diagnostic prénatal. Le 12 juin 2008, la Cour Suprême a jugé la requête d'une femme dont la demande de diagnostic prénatal du fœtus a fait l'objet de plusieurs rejets ce qui a conduit à la naissance d'un enfant gravement handicapé[486]. Dans la décision précitée du 6 mai 2010, le médecin a omis d'informer sa patiente des déformations dont le fœtus était atteint, en privant la femme enceinte de la possibilité d'interrompre la grossesse.

---

[482] CS de Pologne, 21 novembre 2003, affaire V CK 16/03, Jurisprudence de la Cour Suprême, Chambre civile (OSNC) 2004, n° 6, position 91 ; Les commentaires de la doctrine polonaise : S. Rudnicki, *La note sur la décision de la Cour Suprême de Pologne du 2& novembre 2003,* Moniteur juridique 2004, n° 10, p. 475-476 ; M. Nesterowicz, *La note sur la décision de la Cour Suprême de Pologne du 21 novembre 2003,* La jurisprudence des tribunaux polonais (OSP) 2004, cahier 10, position 125 ; T. Justyński, *La note sur la décision de la Cour Suprême de Pologne du 21 novembre 2003,* État et Droit 2004, n° 9, p. 122-123

[483] CS de Pologne, 13 octobre 2005, Affaire IV CK 161/05, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP) 2006, n° 6, position 71 ; K. Szutowska, *La responsabilité en cas de wrongul conception et wrongul birth à la lumière de droit civil polonais, Parties I, II, III,* Transformation de droit privé 2008, n° 3-4, p. 137

[484] CS de Pologne, 12 juin 2008, affaire III CSK 16/08 ; aussi CA de Białystok, 4 juillet 2009, affaire I Aca 278/08, commentaire de M. Nesterowicz Droit et Médecine 2009, n° 2, p. 126-134 et commentaire de T. Justyński, Droit et Médecine 2009, n° 4, p. 120-127

[485] CS de Pologne, 6 mai 2010, Affaire II CSK 580/09, non publié

[486] CS de Pologne, 12 juin 2008, Affaire III CSK 16/08, Jurisprudence de la Cour Suprême, Chambre civile (OSNC) 2009, n° 3, position 48

2. De la réparation partielle à l'indemnisation des parents du fait de la naissance préjudiciable

265. La réparation partielle par le biais de la perte de chance. La perte de chance peut être définie comme *« une méthode de qualification du dommage qui permet d'indemniser partiellement un préjudice »*[487]. Avant que la Cour de cassation et le Conseil d'État aient reconnus la réparation intégrale du préjudice, les parents n'ont pu obtenir qu'une réparation partielle. La notion de la perte de chance a été analysée, pour la première fois, à l'occasion de tests permettant de détecter la rubéole. L'absence de ce test à conduit à indemniser une mère par la Cour d'appel de Paris le 17 février 1989[488], puis la Cour de cassation le 16 juillet 1991[489]. Le tribunal administratif de Strasbourg prit la même position, le 17 juillet 1990[490]. Les solutions adoptées illustrent que la réparation partielle des parents dépend du degré de chance perdu. Depuis le 20 mars 2003, la perte de chance peut résulter d'une erreur de diagnostic retardant la mise en place du traitement adéquat[491], une information inexacte ou transmise trop tard, ayant empêchée le recours à une intervention médicale appropriée. *« Cette notion ouvre au demeurant au juge civil la faculté d'accorder une indemnisation au patient sur ce fondement alors même que le praticien aurait bénéficié d'une relaxe devant les juridictions pénales. La règle de l'autorité de la chose jugée au pénal ne pouvant en effet lui être opposée dès lors que la perte de chance est distincte des atteintes corporelles ou du décès sur lequel le juge pénal a été amené à se prononcer »*[492]. La demande d'indemnisation portant sur la perte de chance réelle et sérieuse doit faire l'objet d'une demande spécifique. L'indemnité accordée constitue une part du préjudice total. Le 21 mars 2008, le 25 mars 2009, puis le 3 avril 2009, le Conseil d'État précisait que la réparation de la perte de chance *« doit être évaluée à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue »*[493]. La jurisprudence de la Cour de cassation témoigne que la notion de la perte de chance engage l'application des règles classiques de l'art médical. Ainsi, le 6 décembre 2007, elle a précisé que *« seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de*

---

[487] A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, PUF, éd. Thémis 2009, n ° 418, p. 493
[488] CA de Paris, 17 février 1989, Dalloz, 1989, sommaires commentés, p. 316, observation J. Penneau
[489] Cass. Civ.,, 1 chambre civile, 16 juillet 1991, Dalloz 1991, sommaires, commentes, p. 357, observation J. Penneau
[490] TA de Strasbourg, 17 juillet 1990, Gazette du palais 1991, 1, p. 52, conclusion M. Heers ; AJDA 1991, p. 217, note G. Darcy ; RDSS 1991, p. 69, conclusion M. Heers ; TGI de Metz 22 décembre 1994, Journal de médecine légale, et de droit médical 1997, vol. n° 2, p. 107, observation Ch. Byk, Gazette du palais 1995, 2, p. 374, note H. Vray ; TGI de Montpélier 15 décembre 1989, JCP, éd. gen., 1990, II, n° 21556, note J.-P. Gridel ; CA de Versailles, 8 juillet 1993, RDSS 1994, p. 268, note E. Alfandari, G. Mémeteau , Dalloz 1995, sommaires commentés, p. 98, observation J. Penneau, Gazette du Palais 1994, 1, p. 149
[491] CA de Paris, 20 mars 2003, Gazette du Palais 2003, 3, jurisprudence, p. 3087
[492] A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, éd. PUF, coll. Thémis 2009, n ° 418, p. 493
[493] CE, 21 mars 2008, n° 266154, CE, 25 mars 2009, n° 313231, n° 315158, CE, 3 avril 2009, n° 308181

l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé » [494].

B. L'apport de la loi du 4 mars 2002 dite « anti-Perruche » pour le régime d'indemnisation

266. Présentation. L'article 1er la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé est devenu l'article L.114-5 du code de l'action sociale et des familles depuis la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. D'une part, *« nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance »*, d'autre part le préjudice indemnisable *« ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap »*. L'article 1 al.3 de cette loi dispose que la réparation reconnue aux parents couvre uniquement le préjudice moral et que les parents ne peuvent plus obtenir une indemnisation des charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant de son handicap. Il faut se demander dans quelle mesure cette nouvelle loi a modifié la situation des parents, demandeur d'une indemnisation, par rapport à la jurisprudence antérieure (1). Il convient ensuite d'étudier la réaction des juridictions françaises aux nouvelles dispositions et la décision du Conseil constitutionnel validant la constitutionnalité de la loi du 4 mars 2002 à l'exception de certains dispositifs transitoires (2).

1. L'application de la loi du 4 mars 2002 dans le temps [495]

267. L'application de la loi dans le temps repose sur un principe confirmé par une exception. Selon le principe instauré par la loi du 4 mars 2002, les dispositions de cette loi *« sont applicables aux instances en cours »*. La première application du principe fut l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 13 juin 2002[496]. En l'espèce, les juges de première

---

[494] Cass. Civ., 1 ch. 6 décembre 2007, n° 06-19301

[495] F. Dreifuss-Netter, *L'amendement « Perruche » ou la solidarité envers les personnes handicapées*, LPA 19 juin 2002, p. 101 ; Y. Lambert-Faivre, *La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002*, Dalloz 2002, chronique, p. 1217 ; D. Truchet, *La jurisprudence Perruche n'est plus*, AJDA 2002, 273 ; P. Jourdain, *La loi anti-Perruche : une loi démagogique*, Dalloz, 2002, p. 891 ; RSC 2002, p. 1389 ; JCP, éd. gén., 2002, I, 141, par P. Mistretta ; RDSS 2002, p. 358, par A. Revelet ; RDSS 2002, p. 645, par J.-M. De Forges ; A. Choux, *Interview, La loi anti-Perruche*, Dalloz 2002, 1212 ; Dalloz 2002, 2349, par B. Edelman ; P. Mistretta, *La loi n° 2002-303 du 4 mars relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Réflexions critiques sur un droit en plein mutation*, JCP, éd. gén., 2002, I, 141

[496] CAA de Paris, 13 juin 2002, Juris-Data n° 2002-179879 ; Dalloz, 2002, jurisprudence, p. 2156, note Ch. De Montecler ; LPA 7 octobre 2002, n° 200, conclusion J. de Saint-Guilhem

instance ont attribué une indemnisation de 150 000 euros aux requérants en application de la jurisprudence dite *« Quarez »*[497]. Ensuite, les juges d'appel allouent comme indemnisation exclusive du préjudice moral des parents, une somme de 15 000 euros. Ce décalage entre les deux sommes et les nouvelles dispositions de la loi a conduit la cour d'appel à formuler une demande d'avis. Le Conseil d'État fut donc saisi[498]. Il tranche le 6 décembre 2002[499], en faveur de l'application immédiate du principe selon lequel la loi du 4 mars 2002 s'applique aux instances en cours, car *« Pour cruelle que soit la loi, elle doit s'appliquer : dura lex, sed lex »*[500]. Malgré cette position tranchée de la Haute juridiction, les tribunaux administratifs ont entamé une sorte de rébellion visant à défendre leur propre jurisprudence, plus clémente pour les parents[501]. Le désaccord autour de l'application de la nouvelle loi apparaît également chez les juges judiciaires français. *« Ainsi, la Cour de cassation pouvait à quelques mois d'intervalle faire une abstraction totale de la loi nouvelle*[502] *ou, au contraire, prononcer la cassation d'un arrêt refusant de l'appliquer*[503]*. Elle semble néanmoins osciller en faveur d'une application immédiate de la loi »*[504]. L'exception instaurée par la loi du 4 mars 2002 concerne *« les instances où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation »*. En application de cette exception, le 11 décembre 2002 la cour d'appel de Paris a alloué une somme de 76 224 euros à l'enfant handicapé au titre des dommages et intérêts en réparation de son préjudice personnel. Par cette décision, la cour d'appel a provoqué un dénouement de l'arrêt Perruche qui, préalablement à la loi du 4 mars 2002, a admis le principe de la réparation du préjudice de l'enfant[505].

268. L'aménagement de responsabilité et la faute caractérisée. Le contenu de la faute caractérisée se rapproche de celui de la faute lourde. En vertu de la loi du 4 mars 2002, elle est explicitement exigée pour engager la responsabilité des professionnels et établissements de santé face aux parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse. La subordination de cette responsabilité à une faute caractérisée résulte du choix opéré par le

---

[497] F. Vialla, *Les grandes décisions de droit médical*, éd. LGDJ 2010, p. 487

[498] CE, Avis du 6 décembre 2002, n° 250167, AJDA 2003, p. 283, chronique F. Donnat et D. Cassas ; Droit de la famille 2003, chronique, n ° 2 ; JCP, A, 2003, 1104

[499] Ph. Malaurie, *Handicap de l'enfant : un droit désemparé. A propos de l'avis du Conseil d'État du 6 décembre 2002*, JCP, éd. gén., 12 février 2003, p. 285

[500] Ph. Malaurie, *Handicap de l'enfant : un droit désemparé, A propos de l'avis du Conseil d'État du 6 décembre 2002*, JCP, éd. gén., 2003, II, 10107

[501] A. Ravelet, *Le juge administratif et la loi anti-Perruche*, Droit administratif, 2004, n° 11, étude 20 ; CAA de Paris, 24 juin 2004, l'affaire « *Époux Jacob* », AJDA 2003, p. 2049, note S. Hennette-Vauchez ; JCP, éd. gén., 2004, II, 10041, note J. Saison

[502] Cass. Civ., 9 mars 2004, Bull. Civ. 2004, I, n° 79 ; RCA, 2004 commentaire, n° 189, note Ch. Radé ; JCP, éd. gén., 2004, IV, 1904

[503] Cass. Civ., 1 chambre, 29 juin 2004, n° 02-15918

[504] F. Vialla, (sous la dir.) *Les grandes décisions du droit médical*, éd. LGDJ 2009, p. 488

[505] RCA 2003, commentaire, note C. Radé

législateur. Ce choix se justifie par un objectif général qui consiste à tenir compte des difficultés pratiques du diagnostic prénatal d'un côté, et du fait que le législateur n'a pas voulu exclure la réparation du préjudice causé par les fautes les plus graves de l'autre côté. Selon le Conseil constitutionnel, ce choix ne doit pas être interprété comme une nouvelle restriction, et cette *« atténuation de responsabilité n'est pas disproportionnée »*[506]. Sous l'angle pénal, la faute en question existe déjà au sein de l'article 121-3 al.4 du code pénal français. Il faut qu'autrui, à savoir la patiente, soit exposé à un risque d'une particulière gravité, un handicap non détecté qui ne pouvait être ignoré par le médecin. Ce dispositif pénal s'applique en l'absence de toute disposition imposant une obligation particulière de sécurité ou de prudence[507]. Selon l'alinéa 3 du même article, la faute caractérisée, donc aggravée, s'apprécie *in concreto* : en fonction de la nature des missions, des fonctions professionnelles, de la qualité de l'auteur, de ses compétences et des moyens mis à sa disposition. Sous l'angle médical, cette faute est quasiment inconnue, mais pour réclamer une indemnisation, tant par les parents que l'enfant, elle devra être impérativement démontrée[508]. Dans les hypothèses prévues par la loi du 4 mars, la faute est provoquée ou aggravée par un médecin, soit non atténuée par une intervention possible. Le 11 février 2003, la cour administrative d'appel de Lyon a jugé que la faute caractérisée doit être reconnue *« par son intensité et son évidence »* en cas de défaut d'information sur le caractère relatif de l'absence d'anomalies révélées par des échographies, qui n'est pas une garantie absolue de normalité du fœtus[509]. Le 19 février 2003, le Conseil d'État a donné un exemple pratique de la faute caractérisée, sous forme d'inversion de résultats d'analyses[510]. Une erreur fautive de diagnostic a été également retenue le 15 février 2007 par la Cour d'appel d'Aix-en Provence[511]. En substance, elle s'approche de la notion de faute d'imprudence dans le sens pénal du terme, car les examens complémentaires n'ont pas été correctement étayés et un gynécologue et un radiologue ont été condamnés pour n'avoir pas procédé à un examen comparatif de deux clichés. Aussi bien en Pologne qu'en France, l'indemnisation est assurée au titre de la solidarité nationale. Par conséquent, *« lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les*

---

[506] Gay, *Le Conseil constitutionnel face au contentieux du handicap non décelé au cours de la grossesse*, Dalloz 2010, n° 30, p. 1982 ; D. Vigneau, *La constitutionnalité de la loi « anti-Perruche »*, Dalloz 9 septembre 2010, n° 30, p. 1978 et s.

[507] H. Renout, *Droit pénal général, Manuel*, éd. Paradigme 2009/2010, p. 155

[508] M. Sousse, *La notion de faute caractérisée*, RDP 2004, p. 1377

[509] CAA de Lyon, 11 février 2003, n° 00LY00919

[510] CE, 19 février 2003, Affaire Maurice, n° 247908, n° 249524, Juris-Data n° 2003-065006

[511] CA d'Aix-en-Provence, 10 chambre, Section B, 15 février 2007, affaire S. c/ B., Juris-Data n° 2007-363476

parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale »[512]. Enfin, il convient de souligner que cette exigence de faute caractérisée, est une particularité française déjà mentionnée sur le terrain pénal par la loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels[513], inconnue en droit polonais. La jurisprudence postérieure à la loi du 4 mars 2002 qualifie cette faute grave, en absence de définition légale, au gré des circonstances en fonction de son intensité et de son évidence[514].

269. La réaction de la Cour européenne des droits de l'homme[515] Le 6 octobre 2005, les juges européens ont condamné la France pour l'application immédiate de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 disposant que le préjudice indemnisable *« ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au longue de la vie de l'enfant, de ce handicap »*. Selon la Cour, la loi du 4 mars 2002 n'est pas contraire à l'article 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée et familiale), mais son application rétroactive aux instances en cours à la date de son entrée en vigueur est contraire à l'article 1er du Protocole n° 1er de la Convention (droit de propriété). Les affaires qui ont conduit à saisir la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme concernaient deux familles françaises, Draon et Maurice, dans lesquelles des enfants étaient nés, avant l'intervention de la loi du 4 mars 2002, avec un handicap causé par une erreur de diagnostic prénatal. Après avoir satisfaction partielle devant les juges du fond et indemnisation, les deux familles ont saisi la Cour européenne pour l'atteinte au respect de leurs biens en violation de l'article 1er du Protocole additionnel n°1er. Cette Cour a décidé que la loi du 4 mars 2002, unanimement baptisée par la doctrine française de dispositif *« anti-Perruche »*, ne s'applique pas aux instances en cours, et que le droit interne règle suffisamment la question de l'indemnisation. Pour la Cour européenne, une créance de responsabilité peut se voir reconnaître la qualité de bien, qu'elle soit acquise ou simplement virtuelle. Les requérants disposent, selon elle, d'*« espérance légitime »* face à une

---

[512] A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, éd. PUF 2009, p. 492

[513] La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, JORF 11 juillet 2000, p. 10484, texte n° 7

[514] Répertoire pénal Dalloz, étude « *Diagnostic prénatal* », 1 septembre 2003, n ° 63,

[515] CEDH, 6 octobre 2005, Draon c/ France et Maurice c/ Franc, n° 11810/03 : Dalloz 2006, IR, 1915, observation M.-C. De Montecler ; AJDA 2005, p. 1924, observation M.-C. De Montecler, JCP éd. gén., ; Droit administratif, décembre, 2005, n° 177 ; RTDC 2005, p. 798, observation Th. Revet ; RTDH 2006, n° 67, p. 667, observation F. Bellivier ; RDSS 2006, p. 149, note P. Hennion-Jacquet ; JCP, éd. gén., 2006, I, 109, chronique, F. Sudre ; Droit de la famille 2005, n° 258, observation Ch. Radé ; P. Hennion-Jaquet, *L'approche contestable de la loi dite anti-Perruche par la Cour européenne des droits de l'homme,* RDSS 2006, n° 1, p. 1493 et s. ; A. Zollinger, *La France doublement condamnée au titre de la loi anti-Perruche,* JCP, éd. gén., II, 10061, p. 795 ; AJDA 2003, chroniques, p. 283

« charge spéciale et exorbitante ». Or, la loi du 4 mars 2002 portait atteinte au droit de propriété, une atteinte motivée par l'utilité publique mais de manière disproportionnée selon les juges européens.

2. L'application de la loi du 4 mars 2002 par les juridictions françaises

270. La réaction de juridictions françaises. Le raisonnement du juge européen était repris tant par la Cour de cassation le 24 janvier 2006[516], que par le Conseil d'État le 24 février 2006[517]. Le 8 juillet 2008, la Cour de cassation a réaffirmé, encore une fois, cette position[518]. La Cour a accordé une importance à la date de survenance du dommage et non à la date de la demande en justice. Par conséquent, les parents et leurs enfants nés avant la loi du 4 mars 2002 peuvent bénéficier du régime mis en place par l'arrêt Perruche ce qui traduit le choix d'une logique plutôt sécuritaire pour les victimes[519]. Ces dernières peuvent espérer l'application des nouvelles règles relativement *« aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement »* et avant le 7 mars 2002. Face à ce dilemme de rétroactivité tranché ainsi par la Cour de cassation, la doctrine française a majoritairement soutenu l'arrêt de 2008[520].

271. La loi du 4 mars 2002 et la décision du Conseil constitutionnel du 11 juin 2010. Saisie par le Conseil d'État le 14 avril 2010[521], la plus haute juridiction administrative française a été amenée à se prononcer sur la question prioritaire de constitutionnalité des dispositions de fond de l'article L.114-5 du code de l'action sociale et des familles[522]. A l'origine de cette saisie, une femme a déposé un pourvoir en cassation devant le Conseil d'État. Le pouvoir a été formulé contre une décision qui a rejeté sa demande en réparation dirigée contre un

---

[516] Cass. Civ., 1 chambre civile, 24 janvier 2006, Bull. Civ., 2006, n° 02-13775, n° 01-16684 ; Gazette du palais, 12-14 février 2006, jurisprudence, p. 8, conclusion J. Saint-Rose ; Dalloz, 2006, IR, p. 326, observation I. Gallmeister ; JCP, éd. gén., 2006, II, 10062 ; Gazette du palais, 9-10 juin 2006, p. 36, note M. Bacache ; Droit de la famille, 2006, n° 105, conclusion J. Saint-Rose ; RGDM 2006, n° 19, p. 365, note J. Saison-Demars ; RCA 2006, commentaire, n° 94, note Ch. Radé

[517] CE du 24 février 2006, JCP, éd. gén., 2006, IV, 1605

[518] Cass. Civ., 1 chambre, 8 juillet 2008, Bull. Civ., 2008, I, n° 796 et n° 07-12.159 ; RGDM 2008, n° 29, p. 302, note M. Girer ; Ch. Radé, *Enfant né handicap : responsabilité du radiologue ayant pratiqué des examens iconographiques complémentaires, Commentaire*, Médecine et droit 2009, n° 107-110, p. 107 à 11

[519] L. Gay, *Le Conseil constitutionnel face au contentieux du handicap non décelé au cours de la grossesse*, Dalloz 2010, n° 30, p. 1980 et s.

[520] C. Youego, *Le temps de la revanche dans le contentieux du handicap non décelé pendant la grossesse après la loi du 4 mars 2002*, Gazette du Palais 13/01/2009, p. 10 ; S. Porchy-Simon, *Refus d'application du dispositif anti-Perruche aux dommages survenus antérieurement à la loi du 4 mars 2002*, Dalloz 2008, 2765

[521] CE, 14 avril 2010, n° 329290

[522] CC, 11 juin 2010, n° 2010-2-QPC

hôpital public pour les préjudices liés à la naissance d'un enfant atteint de la myopathie de Duchenne et résultant d'une erreur de diagnostic prénatal.

272. La coexistence du régime de la solidarité nationale et du recours à l'indemnisation. D'abord, le juge constitutionnel se prononçait sur le principe de responsabilité tant du point de vue de l'enfant handicapé que des parents. Premièrement, le juge constitutionnel a réaffirmé que le principe de responsabilité fondé sur l'article 4 de la Déclaration de 1789 est une exigence constitutionnelle qui n'a pas de caractère absolu. De ce fait, le législateur a une compétence pour apporter des limites et même des exclusions au principe de responsabilité au nom de l'intérêt général. Le Conseil constitutionnel se prononçait sur la situation de l'enfant en affirmant la constitutionnalité du recours à la solidarité nationale en cas de naissance d'un enfant atteint d'un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute de diagnostic. La responsabilité des professionnels et établissements de santé à l'égard des parents est subordonnée à l'existence d'une faute caractérisée. L'indemnisation des parents est limitée au seul préjudice personnel des parents. Le régime d'indemnisation dépend donc des origines du handicap, car *« les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de son handicap, ne peuvent constituer un préjudice indemnisable lorsque la faute invoquée n'est pas à l'origine du handicap ».* Dans cette situation, ces charges résultant du handicap sont compensées par la solidarité nationale, les parents ne disposent pas de droit à indemnisation.

273. La censure des dispositions transitoires. Après avoir tranché la question de la responsabilité, le juge constitutionnel a censuré les dispositions transitoires au sein de l'article L.114-5 du code de l'action sociale et des familles *« applicables aux instances en cour à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 précitée, à l'exception de celle où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation »*.Le Conseil constitutionnel a justifié ces nouvelles règles par un intérêt général. Mais ce raisonnement a été soumis à la critique de la Cour de cassation et très vite écarté. Le 24 janvier 2006, la Première chambre civile a jugé que l'application du dispositif de la loi du 4 mars 2002 dite *« anti-Perruche »* était inconventionnelle[523]. Cette solution, contraire à la logique privilégiée par le Conseil constitutionnel le 11 juin 2010, a été également choisie par la Cour le 8 juillet 2008[524]. Par conséquent, la jurisprudence se prononçait contre les dispositions de la loi du 4 mars 2002 après l'entrée en vigueur de cette loi. Alors que le

[523] Cass. Civ., 24 janvier 2006, n° 02-13.775 ; Dalloz 2006, 325, observation I. Galmeister
[524] Cass. Crim., 8 juillet 2008, n° 07-12.159, Dalloz 2008, 2765, note S. Porchy-Simon

Conseil constitutionnel se prononçait le 11 juin 2010 contre cette jurisprudence.

274. Plan. Après avoir analysé l'indemnisation accordée aux parents (Section 1), il faut étudier les modalités de l'indemnisation en cas d'une naissance préjudiciable (Section 2).

SECTION 2
La naissance préjudiciable et l'action en responsabilité déclenchée par l'enfant

275. La naissance préjudiciable à l'origine de l'indemnisation accordée à l'enfant. L'enfant dispose de la possibilité de déclencher les actions en responsabilité au titre de la vie préjudiciable (*wrongful life*) et au titre de la vie insatisfaisante (*dissatisfied life*). L'action en *wrongful life* peut être définie comme une action en responsabilité déclenchée par ou au nom d'un enfant né handicapé faisant valoir qu'en l'absence de faute médicale commise par le médecin, il ne serait pas né. Ce handicap dont souffre l'enfant après sa naissance rend sa vie préjudiciable. Ce handicap n'est pas causé par un tiers, car l'enfant a été conçu handicapé. L'action *en dissatisfied life* peut être définie comme une action en responsabilité déclenchée par ou au nom d'un enfant né handicapé suite à une erreur commise par un tiers. En effet, cette distinction est directement liée à la nature du préjudice subi. Les conditions de l'action judiciaire tiennent aux mêmes exigences de démontrer la faute, le préjudice et le lien de causalité. En revanche, l'action intentée par l'enfant, quel que soit le moment choisi, après la naissance ou à la majorité, reste marquée par un certain nombre de particularités déterminées tant par la nature du préjudice à évoquer que par les règles d'indemnisation de l'enfant né. Le choix de l'action en responsabilité dépend de la nature du préjudice subi par l'enfant. Il peut prendre la forme d'un handicap *« normativement encadré »*. En droit moderne, le seul fait d'être en vie ne peut justifier une indemnisation (§1). En revanche, le principe de l'indemnisation est définitivement réaffirmé et basé sur la notion de la perte de chance. Dans cette hypothèse, la responsabilité du médecin à l'égard de l'enfant est admise par la loi (§2).

§ 1: Le préjudice médical subis par l'enfant dans le cadre de l'action en wrongful life et dissatisfied life

276. Présentation. La nature du préjudice invoqué par l'enfant est déterminante pour le choix de l'action à déclencher. En fonction du caractère médical ou non de ces préjudices, il s'agira

de l'action de vie préjudiciable ou de l'action de vie insatisfaisante. Si la nature du préjudice subi par l'enfant reste toujours similaire, l'évolution de l'action en indemnisation déclenchée par ce dernier est différente en France et en Pologne. La loi française a évolué vers une indemnisation plus encadrée en vertu de la loi du 4 mars 2002. En Pologne, au contraire, la réparation civile a été d'abord impossible en vertu de l'article 448 du code civil, pour être finalement reconnue en 1993 par l'article 446(1) du même code[525]. Le droit français précise la nature des préjudices médicaux tels qu'un handicap congénital et un handicap né ou aggravé par l'action du médecin (A). En revanche, il existe un certain nombre de difficultés en ce qui concerne une éventuelle revendication du droit de ne pas naître (B).

A. Les préjudices médicaux stricto sensu

277. Présentation. Un enfant né handicapé peut se plaindre soit de son handicap, soit du fait d'être en vie. Ces préjudices sont purement médicaux. Deux situations peuvent être envisagées. Le handicap peut avoir été causé pendant la grossesse, par une erreur dans le traitement, ou par une situation extra-médicale : par exemple, lors d'un accident de circulation, la femme reçoit des coups et tombe dans le coma. Un deuxième genre de situations possibles concerne la phase préalable à l'accouchement ou la phase de l'accouchement, où des séquelles peuvent surgir. Il convient de distinguer deux situations ; dans la première, l'existence du handicap est indépendante du comportement du médecin (1), dans le deuxième, l'apparition du handicap ou son aggravation est en relation directe avec la faute médicale commise par le médecin (2).

1. La présence d'un handicap congénital

278. Les « périmètres » du handicap congénital. L'article L.114 du code français de l'action sociale et des familles définit juridiquement un handicap comme d'un trouble subjectif des conditions d'existence ayant un caractère personnel. Aux termes de cet article le handicap est *« toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subi dans son environnement par une personne en raison altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polihandicap ou d'un trouble de santé invalidant ».* L'hypothèse de handicap congénital est

[525] M. Zubik, *Protection juridique du début de la vie dans les normes internationales et constitutionnelles en Europe,* Revue des tribunaux 2007, n° 3, p. 21, 42-43 ; M. Romański, *Naissance comme source du dommage*, Presse Universitaire de l'Université de Varsovie 2005, n° 2 ; M. Wild, *L'action en wrongul birth en droit polonais,* Revue des tribunaux 2005, n° 1

celle de la naissance d'un enfant handicapé lorsque ce handicap n'est pas provoqué par l'auteur de violences involontaire ou volontaire dirigées contre l'intégrité physique d'une femme enceinte. Dans ce cas, il s'agit du handicap transmis par l'un ou par les deux parents. *« Le handicap de l'enfant n'est pas causé par une intervention médicale, par le geste accompli lors de l'examen, il résulte du patrimoine génétique du fœtus. Ce handicap congénital et inguérissable n'a pas été créé par la faute: sans l'erreur de diagnostic, l'enfant ne serait pas né »*[526]. En Pologne, l'article 446(1) du code civil, le fondement juridique d'une demande d'indemnisation, n'indique pas quelle doit être la nature du préjudice prénatal. Par conséquent, le handicap peut être aussi bien congénital qu'acquis pendant la grossesse ou lors de l'accouchement. En France, la loi du 4 mars 2002 indique que le handicap congénital est susceptible d'engager la responsabilité dès qu'il n'a pas été révélé par le médecin aux parents avant la conception ou la naissance[527]. Le professionnel a commis une faute d'information en privant les parents de la liberté de choix procréatif. L'existence des antécédents familiaux ou de handicap chez un enfant déjà vivant en famille, ne doit conduire systématiquement vers l'interruption d'une nouvelle grossesse à risque, mais dans ce cas les inquiétudes des parents semblent être parfaitement légitimes et justifient une vigilance médicale particulière. La jurisprudence de la Cour de cassation avait la tendance à accorder la réparation du préjudice résultant du handicap lui-même et non résultant de la naissance. La vie est une valeur pénalement protégée, mais indemniser le préjudice de vie n'est juridiquement pas possible[528]. Sous l'angle pénal, on pourra faire appel au principe de la dignité humaine. Cette règle est explicitement dictée par la loi du 4 mars 2002. *« Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance »*. Cette loi reconnaît aux enfants handicapés un droit à indemnisation lorsque le handicap est perçu comme un préjudice.

2. Handicap perçu comme un préjudice

279. La notion du préjudice. Le préjudice lié au handicap de l'enfant à l'origine de l'indemnisation avait été provoqué à une période où l'enfant n'était pas encore né, lorsqu'il n'avait pas d'existence distincte de celle de sa mère. *« Si un fœtus en bonne santé est lésé par un acte médical, il acquiert à l'état fœtal un droit à réparation qu'il pourra exercer »*[529]. Les

---

[526] F. Vialla, (sous la dir.) *Les grandes décisions du droit médical*, éd. LGDJ 2009, p. 485

[527] M. Bacache-Gibeili, *Le préjudice lié à la naissance*, Centre de documentation multimedia en droit médical, 24 février 2004, p. 4

[528] D. Fenouillet, *Pour une humanité autrement fondée*, Droit de la famille, avril 2009, p. 7

[529] Sur le préjudice subi par l'enfant en droit français : M.-A. Hermitte, *Les contentieux de la naissance*, Gazette du Palais 1997, numéro spécial « *Droit de la santé* » ; T. Gret, *Le droit des personnes*, éd. Dalloz, coll. Connaissance du droit 1998, p. 24 ; R. Andorno, *La bioéthique et la dignité de la personne*, éd. PUF

contentieux sur le préjudice de naissance montrent que l'enfant dispose de la capacité d'agir en justice civilement et pénalement contre toute personne qui lui aurait causé un dommage durant la grossesse. Dans un arrêt du 27 septembre 1989, le Conseil d'État a attribué une indemnisation à un enfant gravement handicapé (l'absence totale de membre supérieur droit avec une excroissance sur l'autre membre) à la suite d'une interruption de grossesse manquée[530]. Le Conseil d'État a posé l'exigence fondamentale du lien de causalité dans un arrêt retenu le 14 février 1997[531] en l'absence de démonstration expresse du lien de causalité, sans de se prononcer sur le préjudice *sensu stricto* et l'indemnisation consécutive. La naissance d'un enfant handicapé n'a pas été constatée comme source de préjudice. Avec l'arrêt *« Perruche »*, la position adoptée le 13 juillet 2001 par la Cour de cassation devient beaucoup plus souple, plus claire. Le préjudice subi par l'enfant est ici un préjudice par ricochet[532]. Elle a admis *« dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme Perruche avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, que ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues »*. L'appréciation de la doctrine française est marquée par le doute quant à la définition du handicap à retenir[533] Le Conseil d'État, dès le 2 juillet 1982,

---

1997 ; A. Boue, *La médecine du fœtus*, éd. Odile Jacob 1995, p. 32 et s. ; B. Elger, *Médecine préventive et décisions procréatrices et prénatales*, éd. Médecin et hygiène 1998, p. 45-89 ; T. Cabot, *La responsabilité du service public hospitalière et l'IVG*, Gazette du Palais, 7 novembre 1987, p. 602 M. Fardeau, *Éthique et handicap, Aux frontières de la vie : paroles éthiques*, La Documentation Française 1991, p. 91-98 ; S. Hocquet-Berg, *Les sanctions du défaut d'information en matière médicale*, Gazette du Palais, 9-10 septembre 1998, p. 12 ; M. Deguergue, *Les préjudices liés à la naissance*, RCA, mai 1998, numéro spécial, p. 14 ; L. Dubois, *La responsabilité civile du médecin à raison du diagnostic médical, Actes du colloque de l'université d'Aix-Marseille le 19-20 juin 1992*, éd. PUAM 1993, p. 3 ; L. Finel, *La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies fœtales* ; RDSS 1997, p. 223-238 ; F. Garron, *La responsabilité du géniteur*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif 1999, p. 157-178 ; G. Mémmeteau, *Le refus de soins à enfant conçu*, RDSS 1979, p. 317 ; M. Merger-Pelier,*Le point de vu d'un juriste sur la responsabilité médicale en obstétrique*, Médecin et droit, 1994, n° 9, p. 149 ; J.-F. Mattei, *Trisomie 21, naître ou ne pas naître ?*, Études, juin 1997, p. 751 ; M. Paillet, *L'enfant-préjudice devant le juge administratif et la dignité de la personne*, Mélanges C. Bolze 1999, p. 261 ; A.-M. Luciani, *La notion de dommage à l'épreuve du handicap congénital*, LPA, 27 juin 1997, p. 18 ; Ph. Pedrot, *Diagnostic prénatal et responsabilité médicale*, Mélanges H.-D. Cosnard, éd. Économica 1990, p. 117 ; F. Maillot, *Responsabilité hospitalière : le juge, le préjudice et le handicap mental*, RDSS 1998, n° 1, p. 94 et s. ; L. Finel, *La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies foetales*, RDSS 1997, p. 223 ; J.-Y. Nau, *Les paradoxes de la responsabilité médicale*, Le Monde 16-17 février 1997

[530] I. Poirot-Mazeres, *La notion de préjudice en droit administratif*, RDP 1997, p. 519-530

[531] CE, 14 février 1997, n° 133238, Centre Hospitalier de Nice c/ Époux Quarez ; Les commentaires sur cette décision : RDSS 1997, p. 255, observation J.-S. Cayla ; RDSS 1998, p. 94, note F. Maillol ; RDP 1997, p.1139, note J.-M. Auby ; LPA 9 juillet 1997, p. 41 ; RFDA 1997, p. 374, conclusion V. Pécresse ; Daloz 1998, jurisprudence, p ; 294, observation S. Hanneron ; Dalloz 1999, jurisprudence, p. 60, observation P. Bon ; Dalloz 1997, sommaire, p. 322, observation J. Penneau ; JCP, éd. gén., 1997, I, 4025 ; JCP, éd. gén., 1997, II, 22828, note J. Moreau ; AJDA 1997, p. 430, chronique par D. Chauvaux

[532] F. Chabas, *L'enfant né handicapé peut demander réparation du préjudice de son handicap*, note sous Cass. Assemblée Plénière du 13 juillet 2001, JCP, éd. gén. 2001, II, 10601

[533] F. Vialla, (sous la dir.) *Grandes décisions du droit médical*, éd. LGDJ 2009, p. 484 ; Ph. Malaurie, *A propos d'handicap et d'indemnisation de l'enfant : un droit désemparée note sous l'avis du Conseil d'État*

puis la Cour de Cassation le 25 juin 1991, ont affirmé la règle générale selon laquelle la faute du médecin n'est pas la cause du handicap de l'enfant, mais elle peut être à l'origine de la naissance d'un enfant handicapé, qui sans cette faute ne serait pas né. Pour Monsieur J.-P. Gridel *« les devoirs de nourriture, d'entretien et d'éducation des parents envers les enfants sont des devoirs légaux que la loi rend tellement consubstantiels à la filiation que les distinctions entre les charges comparées des enfants normaux et des enfants anormaux ne peuvent être soutenues »*[534].

B. La vie, peut-elle être perçue comme un préjudice ?

280. Présentation. L'action en vie préjudiciable est, le plus souvent, fondée sur le défaut d'information portant particulièrement sur une anomalie génétique ou une infection rubéolique contractée pendant la grossesse. Il convient de se demander si le fait de naître est en soi un préjudice réparable et si l'enfant dispose véritablement du droit de ne pas naître ou du droit d'avoir une vie normale (2), et plus particulièrement à la lumière de la jurisprudence controversée dite « *Perruche* » (1).

1. La reconnaissance controversée du droit à ne pas être handicapé dans l'arrêt « Nicolas Perruche » du 17 novembre 2000

281. La reconnaissance controversée d'un droit à ne pas être handicapé. En l'espèce, le handicap de l'enfant avait été causé par l'anomalie contractée *in utero* (la rubéole contractée par la mère pendant la grossesse qui a causé l'handicap chez le foetus). L'enfant conçu a, selon cette décision, un droit à être détruit dans certaines circonstances, en l'occurrence, en cas de handicap[535]. Une telle solution jurisprudentielle française n'a pas son équivalent polonais. Paradoxalement, le droit de ne pas naître en état de handicap se trouve contredit par la naissance[536] et l'enfant est doté d'un droit subjectif que les autres doivent respecter, alors qu'il n'est pas né et ne peut pas s'exprimer[537]. La décision finale de donner la vie appartient à la femme enceinte. Ce *« droit qui lui est exclusif et donc l'exercice est soumise, lorsque les*

---

du 6 décembre 2002, Semaine juridique, éd. gén., 2003, I, 110 ; Ch. Byk, *Le droit civil et l'enfant à naître : une double instrumentalisation*, RGDM 2004, n° 13, p. 145

[534] J.-P. Gridel, *Note sous TGI de Montpellier*, 15 décembre 1989, JCP, éd. gen., 1990, II, n° 21556

[535] Dalloz 2001, p. 316 par J. Saint-Rose ; JCP, éd. gén., 2000, II, 10438, rapport P. Sargos, conclusion J. Saint-Rose ; G. Viney, *Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion*, JCP, éd. gén., 2000, I, n° 279 ; M. Gobert, *La Cour de cassation mérite-elle le pilori ?, A propos de l'arrêt de l'Assemblée Pliénière du 17 novembre 2000*, LPA, 8 décembre 2000, n° 245

[536] J.-L. Aubert, *Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée Plèniére du 17 novembre 2000)*, Dalloz 2001, n° 6, p. 489

[537] D. Mazeaud, *Réflexion sur un malentendu*, Dalloz 2001, n° 4, p. 337

conditions légales en sont réunis, à son entière discrétion »[538]. Il convient de souligner que, malgré cette liberté procréative de la femme, la naissance handicapée, en elle-même, n'est pas constitutive d'un préjudice[539]. Cette affaire invite à poser la question de savoir si la vie comme valeur peut être mise en balance avec une autre notion, telle que la vie avec un handicap. Selon la solution choisie par la Cour de cassation, l'handicap causé par une affection congénitale est incompatible avec une vie normale. *« Dès lors que l'on admet qu'il y a plus d'inconvénient à vivre diminué physiquement et ou intellectuellement qu'à ne pas vivre, celui qui ne naît pas ne profitera pas certes de ce bienfait qui est la vie, mais il évitera les multiples souffrances attachées à son état »*[540]. Dans cette perspective, l'arrêt du 17 novembre 2000 est une consécration du droit à *« l'euthanasie prénatale »* qui, au nom d'un droit subjectif de ne pas naître, permet d'éviter l'existence de vies qui ne valent pas la peine d'être vécues. Cette solution a provoqué une vive polémique chez la doctrine française[541].

2. Existe-t-il un droit de ne pas naître ?

282. Le droit de ne pas naître est pénalement inexistant. Le Conseil d'État dans sa décision du 17 janvier 1975, n'a pas indiqué que le droit de toute être humain au respect de sa vie est un principe constitutionnel, et qu'aucune protection constitutionnelle n'est réservée aux embryons conçu *in vitro* et non implantés[542]. Le droit à la vie n'est donc pas un droit positif constitutionnellement affirmé. *« La protection de la vie condamne l'admission du préjudice procédant de sa propre vie »*[543]. Le seul fait d'être en vie ne peut justifier juridiquement de la

---

[538] J.-L., Aubert, *Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 17 novembre 2000),* Dalloz 2001, n° 6, p. 490

[539] B. Mathieu, RFDA 1997, p. 382 ; L. Aynès, *Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation,* Dalloz 2001, n° 6, p. 492 ; P.-Y. Gautier, *Les distances du juge à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile,* JCP. éd., 2001, I, 287 ; G. Mémeteau , *L'action de vie dommageable,* JCP, éd., gén., 2000, I, n° 279 ; C. Jonas, *L'enfant préjudice*, Médecine et Droit 1997, n° 26

[540] P. Jourdain, *Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital,* RTDC 1996, vol. 3, juillet-septembre ; J. Hauser, *Encore le droit subjectif de ne pas naître : l'autodestruction de l'homme par l'inflation des droits subjectifs,* RTDC 1996, vol. 4, p. 856

[541] Sur les commentaires critiques : F. Terré, *Le prix de la vie,* JCP, éd. gén., 2000, n° 50, p. 2267 ; D. Mazeaud, *Naissance, handicap et la responsabilité civile,* Dalloz 2000, n° 44 ; C. Labrusse-Riou, B. Mathieu, *La vie humaine comme préjudice ?,* Le Monde 24 novembre 2000 ; C. Labrusse-Riou, B. Mathieu, *La vie humaine peut-elle être un préjudice ?,* Dalloz 2000, n° 4, point de vue ; D. Mazeaud, *Réflexion sur un malentendu*, Dalloz 2001, n° 4, p. 332 ; F. Bocquillon, *Fin de la jurisprudence Perruche ?,* RDSS 2002, n° 2, p. 358 ; J. Saint-Rose, *La réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé, Conclusion orales prises dans l'affaire Perruche,* Dalloz 2001, p. 316 ; P. Jourdain, *Loi anti-Perruche* : *une loi démagogique,* Dalloz 2002, p. 891 ; P. Murat, *L'affaire Perruche : où l'humanisme cède à l'utilitarisme,* Droit de la famille, 2001, n° 1, p. 28 ; P. Jestaz, *Une question d'épidemiologique (à propos de l'arrêt Perruche,* RDSS 2001, p. 547

[542] CC, 17 janvier 1975, n° 54 DC ; CC, décision du 27 juillet 1994, n° 343/344, citée par B. Mathieu, RFDA 1994, p. 109

[543] D. Fenouillet, *Pour une humanité autrement fondée,* Droit de la famille, avril 2009, p. 6

violation d'un intérêt légalement et juridiquement protégé[544]. Cependant, *a contrario*, on peut soutenir, que la vie peut être la source du préjudice potentiellement subi. Mais cette revendication s'éloigne des appréciations purement juridiques. Elle pose le problème de la hiérarchie des valeurs. Dès lors, la vie n'est plus un don, mais un choix et donc certaines vies sont considérés comme n'en valant pas la peine. La vie n'est plus un bienfait, car dans le cas d'un handicap grave la vie perd sa qualité satisfaisante. Il est évidemment difficile de fixer la norme générale permettant de juger qu'une vie est oui ou non préjudiciable. Quels critères sont à retenir ? La notion de handicap suppose une appréciation au cas par cas des symptômes à venir. Il est impossible, ou au moins très subjectif, de qualifier tel ou tel handicap comme mineur ou majeur. Le choix semble être évident lorsqu'il s'agit d'éviter les souffrances chroniques, une paralysie totale ou anticiper une très courte espérance de vie. En revanche, ce choix est plus délicat lorsqu'on sait que l'enfant sera *« seulement »* atteint d'un daltonisme. On voit bien qu'aucun qualificatif crédible ne peut être objectivement imposé. Sur le plan préventif, le vrai défi consiste à améliorer la détection précise des malformations congénitales pré et postconceptionnelles, et à améliorer les conditions de vie des personnes handicapées. Pour D. Fenouillet, *« plutôt que de parler de préjudice de vie, il faudrait parler d'accident de vie »*[545]. Mais une protection totale de la vie n'est pas possible ni médicalement, ni juridiquement.

***283**. La revendication du droit de refuser la procréation ne peut être mise en cause tant sous l'angle individuel que collectif.* Même lorsqu'il existe un risque considérable de transmission d'une maladie, la décision appartient à la mère. Pour les pénalistes, le droit de ne pas naître est inexistant, sans exception, même lorsque la vie signifie souffrance permanente sans espoir de guérison. Sur le terrain pénal, la dignité humaine exige de respecter la vie et condamne le fait de donner la mort. Le droit pénal se fonde sur la dignité humaine pour justifier le choix de la mère d'interrompre sa grossesse pour des motifs médicaux, mais il interdit au praticien de porter son concours à la suppression de la vie selon sa propre volonté subjective. L'anormalité congénitale ouvre-t-elle, par dérogation, un intérêt à ne pas naître par la voie d'une interruption médicale de grossesse ? Sachant que le fœtus lui-même ne peut exprimer sa volonté concernant son intérêt, c'est à autrui de pouvoir s'exprimer sur l'intérêt de l'enfant conçu, et le droit actuel donne ce pouvoir exclusivement à la mère. L'enfant à naître ne dispose pas du droit à la vie ni en France, ni en Pologne. En revanche, une fois né, il peut être indemnisé.

---

[544] D. Fenouillet, *Pour une humanité autrement fondée*, Droit de la famille, avril 2009, p. 6
[545] D. Fenouillet, *Pour une humanité autrement fondée*, Droit de la famille, avril 2009, p. 6

284. Plan. La question de l'indemnisation de l'enfant dans le cadre de l'action en *wrongful life* exige d'étudier les situations dans lesquelles le préjudice est lié au comportement fautif de la mère, ensuite les étapes de l'admission de l'action en *wrongful life* (§2).

§ 2: L'indemnisation de l'enfant né

285. Présentation. Le 17 novembre 2000, la Cour de cassation décide que : *« dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X. avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues »*[546]. La jurisprudence postérieure se chargea de préciser les conditions d'indemnisation. Depuis le 13 juillet 2001, la réparation était acceptée en présence d'un lien de causalité entre la faute commise par le praticien-réalisateur et le préjudice subi par l'enfant[547]. Les critiques doctrinales formulées à l'époque reprochaient notamment que la vie ne peut être un préjudice indemnisable car *« l'indemnisation serait la marque de l'anormalité de l'enfant et de la médiocrité de sa vie, qu'il valait mieux de ne pas vivre que de vivre handicapé »*[548]. Cette situation a été clarifiée par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. La vie en soi ne constitue pas du préjudice ni en droit français, ni en droit polonais. Le comportement des parents peut avoir un impact positif ou négatif sur l'état de santé de

---

[546] Cass. Assemblée Plénière du 17 novembre 2000, n° 99-13701 ; JCP, éd. gen., 28 novembre 2002, II, 10018 ; JCP, éd. gén., 2001, II, 10601; JCP, éd. gén., 2000, II, 10438, conclusion par J. Saint-Rose ; Dalloz 2001, jurisprudence, p. 2325, note P. Jourdain ; Dalloz 2001, jurisprudence, p. 332, note D. Mazeaud ; Les commentaires doctrinaux sur l'arrêt « *Perruche* » : G. Mémeteau, *L'action de vie dommageable*, JCP, éd. gén., 2001, I, 270 ; J.-L. Aubert, *Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être*, Dalloz 2001, chronique, p. 489 ; Ch. Radé, Être *ou ne pas être ? Telle n'est pas la question !*, RCA 2001, chronique n° 1 ; L. Aynès, *Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation*, Dalloz 2001, chronique, p. 493 ; G. Viney, *Brèves remarques sur un arrêt qui affecte l'image de la justice*, JCP, éd. gén., 2001, I, 286 ; P.-Y. Gauthier, *La distance du juge, A propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile*, JCP, éd. gén., 2001, I, 287 ; D. Mazeaud, *Réflexion sur un malentendu*, Dalloz 2001, chronique, p. 352 ; M. Gobert, *La Cour de cassation méritait-elle le pilori ?*, LPA 8 décembre 2000, p. 4 ; B. Markesinis, *Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche*, RTDC 2001, p. 77 ; F. Leduc, *Handicap génétique ou congénital et responsabilité civile*, RCA 2001, chronique, n° 4 ; D. Fenouillet, *Pour une humanité autrement fondée*, Droit de la famille, 2001, chronique, n° 7 ; D. Salas, *L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu*, Dalloz, hors-série « *Justice* », mai 2001, p. 14 ; M. Fabre-Magnan, *Avortement et responsabilité médicale*, RTDC 2001, p. 287 ;

[547] Cassation de l'Assemblée Plénière du 13 juillet 2001, Dalloz 2001, II, 10601, conclusion J. Saint-Rose, note F. Chabas

[548] A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, éd. PUF 2009, p. 491

l'enfant à naître (A), Avant d'adopter une attitude hostile face à l'action en vie préjudiciable, les juridictions françaises ont finalement consacré le droit de l'enfant d'être indemnisé (B).

A. La responsabilité parentale à affirmer dans le domaine de procréation

286. Présentation. Dans la plupart des cas, les parents vont décider d'éviter la naissance, or, il n'existe aucune certitude quant à la décision choisie par les parents d'interrompre ou non la grossesse. Ainsi, on peut se poser la question de savoir si en l'absence de faute, le préjudice indemnisable aurait pu être évité ? À défaut de certitude sur l'information reçue, ils peuvent mettre en place la demande d'indemnisation d'une perte de chance[549]. Il convient d'étudier le lien de causalité entre le comportement de la mère et le préjudice subi ou aggravé de l'enfant (1). Le juge ne peut pas se référer aux sentiments de l'enfant confronté à une mère qui a renoncé à la suppression de sa vie en lui infligeant *« une vie plus pénible que le fait de ne pas exister »*[550], mais le magistrat doit se référer à l'existence d'une faute médicale et d'un préjudice. L'idée d'une telle action suggère la consécration d'un principe de responsabilité parentale en matière de procréation quelle que si la technique de procréation : naturelle ou médicalisée (2).

1. Le préjudice lié au comportement fautif de la mère

287. Peut-on envisager une responsabilité parentale en matière de procréation vis-à-vis de l'enfant conçu ? La situation de parents en couple ou un parent seul est assez délicate. Les parents devront se projeter dans l'avenir et situer leur enfant dans cet avenir. Cette projection est d'autant plus difficile que conditionnée par le regard, parfois cruel, que la société réserve aux handicapés de toutes sortes. Dans cette optique, les parents doivent se poser une question difficile : *« Cet enfant dont la vie sera marquée par l'épreuve, avons-nous le droit de le laisser naître ? Puisque nous savons à l'avance que la loi nous donne la possibilité d'agir, ne serions-nous pas, s'il vient au jour, responsables de sa souffrance »*[551]. Il est parfaitement possible d'imaginer toute une série de situations à risque. Le 22 novembre 1983, le Tribunal de Grande Instance du Mans a été confronté avec le cas d'une stérilisation tubaire manquée. Les juges ont rejeté la demande d'indemnisation des époux qui n'apportaient pas la preuve de

---

[549] P. Jourdain, *Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital*, RTDC 1996, n° 3, p. 624

[550] A.-M. Luciani, *La notion de dommage à l'éprouve du handicap congénital*, LPA 27 juin 1997, p. 21 ; Y. Lambert-Faivre, *Éthique de la responsabilité*, RTDC 1998, n° 1, p. 1-13 ; M.-L. Lamau, *La notion de qualité de la vie dans le domaine de la santé – considérations éthiques*, éd. Laennec, décembre 1994, p. 2-6

[551] P. Versprien, *Eugénisme ?*, Études, juin 1997, p. 776

l'existence d'un préjudice distinct de la naissance. Selon les investigations menées par l'enquête judiciaire, la cause de la naissance résidait *« dans les relations intimes des époux »* et non dans l'échec d'une ligature de trompe[552]. En Pologne, l'article 362 du code civil, le fondement de l'action en indemnisation, permet de prendre en compte l'attitude de la mère et plus largement des parents pour fixer le montant d'indemnisation. L'indemnisation des parents peut être même limitée dès que les parents ont provoqué le préjudice subi par le fœtus et lorsqu'ils ont contribué à l'aggravation du handicap ou de l'état de santé du fœtus plus généralement.

288. La négligence délibérée de la mère. Il peut s'agir d'abord de mères qui ont provoqué, soit par négligence, soit volontairement des conditions défavorables au développement de l'enfant[553]. Les possibilités d'abus sont grandes : l'état d'un enfant peut être soit menacé soit aggravé par le tabac, l'alcool, la cocaïne. L'action en *wrongful life* est ici une réaction parfaitement justifiée, car il est de notoriété publique que l'abus de ces substances licites et illicites durant la grossesse est la cause la plus fréquente de retards mentaux. Le fait de fumer provoque un très faible poids chez les nouveau-nés. Dans ces cas précis, la conduite de la mère est volontaire.

289. Les situations dans lesquelles la santé de la mère est en cause. C'est le cas du SIDA lorsque l'enfant est atteint par le virus du SIDA pédiatrique provoqué par une contamination materno-fœtale[554]. Il est difficilement imaginable que la mère porteuse du virus veuille le transmettre délibérément à son enfant, notamment lorsqu'elle est elle-même gravement malade ou incapable de prendre soins du futur enfant. De la même façon, on peut imaginer une femme diabétique qui néglige son régime alimentaire ou une mère malade mentale ayant tendance à auto-violence.

2. L'exigence de vigilance parentale s'étend à tous les types de la procréation

290. La vigilance s'étend à tous les types de procréation. Il peut s'agir d'une hypothèse de procréation médicalement assistée. Aussi bien en France qu'en Pologne, la loi procréative anticipe pour optimiser la meilleure venue au monde d'un enfant. En vertu de l'article 157a

[552] TGI du Mans, 22 novembre 1983, Gazette du Palais 1984, I, sommaires, p. 121
[553] P. Jourdain, *Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital*, RTDC 1996, p. 624
[554] J.-Y. Nau, *Le gouvernement britannique met en place un dépistage systématique du sida chez les femmes enceintes*, Le Monde, 15-16 août 1997, p. 7 ; V. Maurus, *Des naissances moins risquées*, Le Monde, 8 février 1999, p. 9

du code pénal polonais, les préjudices prénataux commis involontairement par un praticien, suite aux opérations médicales indispensables pour éviter les menaces graves pour la santé de la mère, ou de l'enfant à venir, ne peuvent faire l'objet poursuites au pénal. Aucune indemnisation des parents ni de l'enfant n'est admise. En revanche, la complexité de la procréation médicalisée peut provoquer dans certains cas, comme la technique de l'injection intra-cytoplactique de spermatozoïdes, l'accroissement de certaines anomalies chromosomiques dangereuses pour la fertilité de l'enfant. De la même façon, le risque de transmission d'une maladie génétique doit sensibiliser les parents. De nombreux facteurs sont à considérer : la nature et la gravité de la maladie, une éventuelle possibilité de traitement, l'attitude à prendre vis-à-vis de l'enfant, de son handicap. Ces interrogations sont à la fois d'ordre juridique et moral. Pour Madame G. Viney, le fait de donner la vie malgré le handicap et de ne pas interrompre la grossesse, quelles que soient les circonstances, ne peut rendre légitime le reproche de donner la vie formulé par l'enfant contre ses parents[555]. La prise en compte des intérêts de l'enfant doit être contrebalancée par l'argument qu'une telle action porterait atteinte à l'autonomie et au droit de la femme de décider librement de procréer ou de ne pas procréer. Cette dernière n'a aucune obligation morale ni légale d'avoir recours à l'interruption de grossesse chaque fois qu'un risque potentiel se présente. En cas d'un non-respect de sa volonté, le médecin s'expose en Pologne à une sanction pénale d'une amende et d'une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 2 ans (art. 192 du code pénal). L'alinéa 2 de l'article 446(1) du code civil polonais interdit à l'enfant handicapé de déclencher une action en responsabilité contre sa mère, mais l'autorise à tenter une telle action en justice contre un médecin ou un établissement de la santé. En vertu de l'article 446(1) du code civil : *« Dès sa naissance, l'enfant a le droit de demander la réparation du préjudice subi avant sa naissance »*. De la même façon qu'en droit français, c'est bien le handicap et non la naissance qui constitue le préjudice indemnisable. Cette interprétation a été mise en place par la loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale, la protection de l'embryon humain et les conditions de l'interruption de grossesse.

B. La consécration finale du principe de l'indemnisation

291. Présentation. La position des juridictions françaises est marquée par la divergence entre la solution adoptée par les juridictions judiciaires et celle des juridictions administratives. L'admission de l'action *wrongful life* n'a pas été immédiate, mais progressive. Dans un

[555] G.Viney, *Note sous le Conseil d'État du 14 février 1997*, JCP, éd. gén., 1997, I, 4025 ; J. Roche-Dahan, *Note sous Cassation du 26 mars 1996*, Dalloz 1997, jurisprudence, p. 38

premier temps, elles ont rejeté toute action, ensuite elles ont accepté l'indemnisation du préjudice par le biais de la notion de perte de chance, pour finalement autoriser la réparation du dommage (1). Les critères d'indemnisation ont été progressivement précisés (2).

1. De l'hostilité initiale à la consécration de l'action en wronful life par les juridictions françaises

292. Le rejet initial de l'indemnisation par les juridictions de l'ordre judiciaire. L'hostilité initialement affichée face aux demandes d'indemnisation formulées par les parents au nom des enfants a été fondée, en l'absence d'une norme directe, sur des motifs à connotation éthique, puis sur l'absence d'un lien de causalité entre l'infirmité de l'enfant et la faute médicale du médecin. Le 15 décembre 1989, le Tribunal de Grande Instance de Montpellier se prononçait dans une affaire concernant un enfant né atteint de trisomie 21 résultant d'un cariotype erroné. Pour le juge français, la recevabilité de l'action au nom de l'enfant restait inacceptable car l'enfant n'a aucun droit de contester *« ... la décision initiale de ses parents de le concevoir et de mener à terme une grossesse lui ayant donné la vie … »*[556]. Dans certaines hypothèses, le rejet était fondé sur l'absence de lien de causalité entre la faute et le préjudice. Comme exemple de décisions ayant rejeté l'action en *wrongful life* en raison de l'absence du lien de causalité entre la faute et le dommage, on peut faire référence à l'arrêt du Tribunal d'Aix en Provence du 27 mai 1993[557]. En l'espèce, un enfant était né avec un certain nombre de malformations physiques. Les déformations étaient assez graves, parmi lesquels trois doigts attachés à l'épaule et une déformation du membre inférieur. Elles n'avaient pas été détectées à l'échographie ce qui a conduit naturellement à la naissance. Dans une autre affaire où l'enfant étant atteint de trisomie 21, la Cour d'appel de Versailles le 8 juillet 1993 affirma que *« ne saurait être considéré comme une perte de chance le fait d'avoir été mis au monde plutôt que d'avoir fait l'objet d'une interruption de grossesse »*[558].

293. Le retour vers la conception traditionnelle du lien de causalité. Postérieurement à l'arrête du 17 novembre 2000, la Cour de cassation a réaffirmé l'exigence du lien direct de causalité. Si ce lien entre la faute et le dommage doit être direct, la certitude portant sur ce lien n'est plus un critère à retenir. Le 13 juillet 2001, l'Assemblée Plénière a déclaré *« l'enfant*

---

[556] TGI de Montpellier, 15 décembre 1989, JCP, éd. gen., 1990, II, n° 21556 note J.-P.Gridel
[557] TGI d'Aix-en-Provence, 27 mai 1993 cité *in :* Gazette du Palais 16 juillet 1996, p. 820
[558] CA de Versailles le 8 juillet 1993 ; Dalloz 1995, sommaires, p. 98, observation J. Penneau ; Gazette du Palais 1994, p. 149 ; RDSS 1994, p. 268, note E. Alfandari et G. Mémeteau ; Dans le même sens que la décision citée : CA de Paris, 17 février 1989, Dalloz 1989, sommaires, p. 316, observation J. Penneau ; TGI de Perpignan du 12 avril 1994, Gazette du palais 16 juillet 1996, p. 819, observation N. Gombault.

né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier en relation de causalité directe avec les fautes commisses par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché de celle-ci d'exercer son choix d'interruption sa grossesse »[559]. La loi du 14 février 2005 a transposé la loi du 4 mars 2002 dans l'article L.114-5 du code de l'action sociale et des familles. Désormais, l'alinéa 2 dispose dans cet article dispose que : *« La personne né avec un handicap dû à une faute médicale peut demander la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer ».*

294. Le rejet de l'action en wrongful life par les juridictions administratives françaises[560]. Les juges administratifs ont élaborés leurs propres critères de rejet[561]. Ainsi, le 11 mai 1995, la Cour administrative d'appel de Paris a condamné l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris pour négligence. Le médecin avait négligé de procéder à une recherche d'anticorps alors que l'opération était essentielle pour traiter et même pour éviter une infirmité au moins partielle. Dans une affaire d'anomalie congénitale, le juge administratif de Strasbourg saisi d'une demande d'indemnisation, a refusé le 17 juillet 1990[562] d'indemniser un enfant né et atteint de malformations physiques non détectées par l'échographie. Dans son arrêt du 14 février 1997, le Conseil d'État rejeta également la demande d'indemnisation formulée au nom d'un enfant trisomique car *« le fait d'être en vie ne saurait être regardé comme un préjudice subi par l'enfant »*[563]. Aucune réparation n'est admise dès lors que la science médicale n'offre pas de traitement permettant la guérison *in utero.* Agir contre sa mère est inhumain et en conséquence inacceptable. Une interrogation d'ordre éthique s'impose ici. Car le Conseil

---

[559] Assemblée Plénière de la Cour de cassation, 13 juillet 2001, n° 97-17359, n° 97-19282, n° 98-19190

[560] M. Paillet, *L'enfant-préjudice devant le juge administratif et la dignité de la personne*, Mélanges C. Bolze, 1999, p. 262 et s. ; RFDA 1997, p. 374, conclusion V. Pécresse ; JCP, éd. gén., 1997, I, n° 4072, observation J. Petit ; JCP, éd. gén., 1997, n ° 4025, observation G.Viney

[561] I. Poirot-Mazeres, *La notion de préjudice en droit administratif français,* RDP 1997, p. 519-566 ; M.-L. Moquet-Anger, *La responsabilité hospitalière,* in *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, éd. PUF 1997, p. 339-348 ; P. Pierre, *La responsabilité civile médicale,* in Philosophie, éthique et droit, éd. PUF 1997, p. 323- 338 ; M. Laroque, *La réparation de la perte de chance*, Gazette du palais, 7 novembre 1985, p. 607 ; Y. Lambert-Faivre, *L'éthique de la responsabilité,* RTDC 1998, n° 1, p. 1-21

[562] TA de Strasbourg 17 juillet 1990, AJDA 1991, p. 217, note G. Darcy ; Gazette du Palais 1991, p. 52, conclusion M. Heers ; RDSS 1991, p. 69

[563] CE, 14 février 1997, JCP, éd. gén., 1997, I, n° 4025 ; Cette décision a fait l'objet d'une vive polémique doctrinale en France : LPA 1997, n° 64, note S. Alloiteua ; M.-L. Fortuneo-Cavalie, *Responsabilité médicale et naissance d'enfant handicapé: vers « l'oeuf transparent »*, Médecin et droit 1998, n° 33, p. 17 ; Dalloz 1997, sommaire, p. 323, observation J. Penneau ; AJDA 1997, p. 430, note D. Chauveau ; RFDA 1997, p. 375, conclusion V. Pecresse et B. Mathieu ; JCP, éd. gén., 1997, I, n° 4045, p. 370, note P. Murat ; JCP, éd. gén., 1997, I, n° 4025, p. 241, observation G.Viney ; M.-A. Hermitte, *Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés,* Gazette du palais 1997, numéro spécial « *Droit de la santé* », p. 75 ; RDSS 1998, p. 94, note F. Mallot ; M.-L. Moquet-Anger, Médecine et droit, 1999, n° 35, p. 18 ; Ch. Byk, *Journal de médecine légale*, Droit médical 1998, vol. 41, n° 3-4, p. 216 ; JCP, éd. gén., 1997, II, n° 22828, p. 192, note J. Moreau

d'État a néanmoins reconnu aux parents une rente mensuelle à vie. Dans cette perspective l'action en *wrongful life* comporte un risque bien réel de discrimination qui apparaît entre les enfants dont les parents ont réagi ou non devant la justice.

2. Les critères d'indemnisation limitée de l'enfant

295. Qualificatif du dommage subi par l'enfant[564]. Une indemnisation a été reconnue par la Cour de cassation d'abord le 16 juillet 1991[565], ensuite le 3 février 1993[566]. Il convient de souligner que le critère de perte de chance, retenu dans ces deux arrêts, reste extrêmement circonstanciel[567]. En premier lieu, l'indemnisation de l'enfant est possible si ce dernier a perdu la chance d'éviter les conséquences d'une maladie lorsque, par exemple, la mère a contracté la rubéole pendant la grossesse. Dans ce cas, la perte de chance a lieu car la mère correctement informée aurait pu se vacciner. En deuxième lieu, l'indemnisation est attribuée même en l'absence d'une faute médicale. Néanmoins, la perte de chance est bien réelle si l'enfant aurait pu échapper aux souffrances, lorsqu'il est possible d'organiser un traitement *in utero*. La perte de chance peut également intervenir suite à un manque d'information médicale qui a fait perdre aux parents la chance de prendre une décision éclairée. Tel était le raisonnement du Tribunal de Grande Instance de Pontoise le 10 octobre 1995 considérant qu' *« en tout état de cause, l'enfant Jessica avant sa naissance, a été privée du choix dont ses parents devaient disposer pour elle. Les fautes médicales ont dès lors engendré pour Jessica, une perte de chance de voir ses parents, correctement informés, poursuivre ou non la grossesse ... »*[568]. Ces illustrations jurisprudentielles montrent que la loi française a délimité l'indemnisation. Cette dernière n'est pas accordée si la malformation est de nature congénitale et très difficile à traiter. Le simple fait de vivre, de ne pas vivre, de naître ou de supprimer sa vie ne devront être considérés ni comme une chance ni comme une malchance[569].

296. L'indemnisation limitée des dommages subis. J. Hauser estimait que la Cour de cassation avait donné une interprétation manifestement extensive capable d'ouvrir la porte à la revendication d'un nouveau droit subjectif de ne pas naître. Selon l'expression de l'auteur,

---

[564] J. Mestre, *Sur la perte de chance*, RTDC 1991, p. 109
[565] Cass. Civ., 1 chambre civile, 16 juillet 1991, JCP, éd. gen., 1991, II, n° 21947, p. 394, note A. Dorsner-Dolivet ; Gazette du palais 1992, sommaire, p. 152, observation F. Chabas
[566] Cour de cassation, 3 février 1993, cité par L. Finel, RTDC 1997, p. 231-232
[567] I. Vacarie, *La perte d'une chance*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif 1987, p. 903-932
[568] TGI de Pontoise, 10 octobre 1995, Gazette du palais 1996, 16 juillet, p. 820, note N. Gombault
[569] Cour d'appel de Bordeaux, 26 janvier 1995, RTDC 1995, p. 863, observation J. Hauser ; JCP, éd. gén., IV, n° 1568

il s'agit d'une sorte de droit à l'euthanasie prénatale[570]. Le risque d'une certaine systématisation existe depuis, chaque fois que le préjudice aurait pu être évité. Suite aux discussions parlementaires sur la solidarité envers les personnes handicapées puis à l'adoption de la loi du 4 mars 2002, une nouvelle logique a été mise en place. C'est le handicap provoqué ou aggravée pendant la grossesse ou l'accouchement par un médecin qui a commis une faute à l'égard de l'enfant qui est indemnisé et non la naissance elle-même. Quelle que soit ses origines, chaque handicap est indemnisable par la solidarité nationale contrairement à l'indemnisation des parents limitée par la portée de la faute caractérisée[571].

297. Le rejet fondé sur l'absence du lien de causalité entre la faute et le préjudice. Comme exemple de décision ayant rejeté l'action en *wrongful life* en raison de l'absence du lien de causalité entre la faute et le dommage, on peut faire référence à l'arrêt du Tribunal d'Aix-en-Provence du 27 mai 1993[572]. En l'espèce, un enfant est né avec un certain nombre de malformations physiques. Les déformations étaient assez graves, parmi lesquels trois doigts à l'épaule, et une déformation du membre inférieure droit avec un pied-bot droit. Elles n'avaient pas été détectées à l'échographie ce qui a conduit naturellement à la naissance. Pour autant, le tribunal a estimé que les fautes évidentes commises par le médecin n'étaient pas en en lien de causalité direct. Ce raisonnement sera repris par la Cour d'appel de Versailles le 8 juillet 1993. L'enfant était atteint de trisomie 21, mais pour la Cour *« ne saurait être considéré comme une perte de chance le fait d'avoir été mis au monde plutôt que d'avoir fait l'objet d'une interruption de grossesse »*[573].

[570] J. Hauser, RTDC 1995, n° 4, p. 863 ; RTDC 1996, n° 4, p. 872
[571] A. Laude, B. Marthieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, éd. PUF 2009, p. 492
[572] TGI d'Aix-en-Provence, 27 mai 1993 cité *in :* Gazette du palais 16 juillet 1996, p. 820
[573] CA de Versailles le 8 juillet 1993 ; Dalloz 1995, sommaires, p. 98, observation J. Penneau ; Gazette du Palais 1994, p. 149 ; RDSS 1994, p. 268, note E. Alfandari et G. Mémeteau ; Dans le même sens que la décision citée : CA de Paris, 17 février 1989, Dalloz 1989, sommaires, p. 316, observation J. Penneau ; TGI de Perpignan du 12 avril 1994, Gazette du palais 16 juillet 1996, p. 819, observation N. Gombault.

Conclusion du Chapitre 2

298. La reparation reconnue par le droit est une reponse à la violation de la liberté procréative des parents. Si la réparation prévue en droit polonais est reconnue par les juridictions civiles, en France, l'indemnisation au titre de la naissance préjudiciable est reconnue aussi bien par les juridictions judiciaires qu'administratives. La loi du 4 mars 2002 a privé les parents du droit d'agir en réparation intégrale, la compensation au titre de la solidarité nationale est limitée. En droit français, l'indemnisation de l'enfant est subordonnée à la possibilité pour la femme de pouvoir faire un choix d'interrompre ou non la grossesse. Il convient de souligner que les droits français et polonais se rapprochent sur deux points. Premièrement, la femme enceinte ou/et les parents disposent une liberté de supprimer ou de garder un enfant handicapé avant sa naissance. L'avortement n'est pas une chance, mais un choix personnel. Deuxièmement, le préjudice subi par enfant est indemnisé quel que soit les origines du handicap : aussi bien un handicap congénital, qu'un handicap provoqué par une faute commise par un médecin pendant la grossesse ou lors de l'accouchement. Une telle solution illustre le respect du principe de la dignité humaine et de l'égalité devant la loi, les principes fondateurs de deux systèmes juridiques. Si l'expression la *« vie préjudiciable »* semble être adaptée au vu des difficultés qu'un handicap peut engendrer, la notion de *« l'enfant-préjudice »,* parfois utilisée par la doctrine française[574], paraît inappropriée car ni la vie, ni la personne humaine, mêmes handicapées, ne peuvent constituer un préjudice.

[574] M. Paillet, *L'enfant-préjudice devant le juge administratif et la dignité de la personne humaine,* Mélanges C. Bolze 1999, p. 261 et s.

Conclusion du Titre 2

299. La divergence partielle dans la reconnaissance des causes de l'interruption volontaire de grossesse. Le point fondamental de divergence entre les droits français et polonais consiste en la prise en compte de la situation sociale de la femme. En revanche, la grossesse indésirable trouve ses origines dans la défaillance d'un acte médical, ou dans un acte illicite. Le droit à l'interruption volontaire de grossesse reste une liberté fondamentale de la femme. Le rapprochement entre les deux systèmes se manifeste dans l'élargissement progressif du champ des indications concernant l'interruption médicale de grossesse ; elles sont liées à la santé de la femme. Les indications thérapeutiques qui constituaient la cause initiale et exclusive de l'acte ont été remplacées par une catégorie plus vaste, celle des indications médicales. L'existence de ces dernières doit être démontrée pour être ensuite soumise à une appréciation extra-médicale liée d'une part à la décision de la mère, et d'autre part aux règles de droit médical telles que la continuité de soins et la clause de conscience.

300. La reconnaissance du droit à l'indemnisation des parents en cas de la naissance d'un enfant handicapé ou en bonne santé non désiré. Malgré le progrès médical constant, la défaillance d'un acte médical d'interruption de grossesse est toujours possible et susceptible d'entraîner une naissance non désirée. Les préjudices médicaux peuvent être causés principalement par des erreurs de diagnostics prénataux. Ils prennent alors la forme d'un handicap. Deux voies d'indemnisation seront alors ouvertes : l'indemnisation pour les actes médicaux défaillants commis avant la naissance, mais au titre de la naissance elle-même. Si le droit d'indemniser cette naissance préjudiciable est définitivement reconnu, le droit de ne pas naître avec un handicap est pénalement inexistant. Ni en France, ni en Pologne la vie n'est un préjudice.

Conclusion de la première partie de thèse

301. La maîtrise de la procréation comme une manifestation de la liberté individuelle. Cette liberté, qui est assurément le fruit des transformations sociales, du progrès médical et des changements de mentalités, est reconnue dans les deux systèmes pénaux français et polonais. Mais elle n'a pas le même impact pratique dans les deux pays. Cette maîtrise implique le contrôle des capacités procréatrices, des naissances et de l'interruption de grossesse. Le droit à la planification des naissances, et plus largement à la planification familiale, a été progressivement institutionnalisé en France, ce qui n'est pas le cas de la Pologne où la politique de planification familiale apparaît plus comme une simple déclaration inscrite dans la loi pharmaceutique, sans conséquences réelles pour les femmes. On observe également que la réglementation française de la procréation planifiée est marquée par une grande diversité en ce qui concerne la délivrance des contraceptifs. Si par exemple la délivrance de la contraception d'urgence en Pologne s'inscrit dans le régime général de l'accès aux produits contraceptifs, en France elle fait l'objet d'une réglementation spéciale pour les filles scolarisées.

302. La maîtrise de la procréation comme une manifestation de l'autonomie affirmée du patient face à l'acte médical. Le droit médical français, prend en compte la volonté subjective du patient de manière beaucoup plus large que le droit polonais. Il a réservé aux femmes françaises en *« état de détresse »* un droit à l'interruption volontaire de grossesse, alors qu'en Pologne cette circonstance de détresse ne peut être invoquée. Le droit français a intégré également la normalisation de la sexualité vulnérable en attribuant aux personnes handicapées mentales un droit à la stérilisation contraceptive inconnue en Pologne. Cette analyse comparative entre les deux systèmes invite à saisir une opportunité de légiférer et d'introduire au sein du système polonais la stérilisation contraceptive des personnes capables et d'améliorer l'accessibilité pratique aux contraceptifs en Pologne. Si la maîtrise des choix procréatifs est le plus souvent laissée à l'appréciation individuelle, dans certaines hypothèses elle implique l'intervention d'un tiers ou des tiers. L'accès à la procréation des couples en quête de parentalité a donc été généralisé, grâce notamment à l'intervention des nouvelles technologies médicales. Elle peut être, en revanche, pénalement sanctionnée soit au titre des atteintes ayant un impact individuel, soit au titre des atteintes ayant un impact collectif (dans la deuxième partie de thèse : La procréation humaine et les interventions extérieures).

Deuxième Partie :

La procréation humaine et les interventions extérieures

Introduction de la deuxième partie de thèse

303. Combler les espoirs. L'impossibilité de concevoir un enfant par voie naturelle n'élimine pas définitivement le désir de devenir parent. La naissance d'un enfant reste toujours possible grâce aux interventions médicales de la procréation assistée qui reste complexe mais bénéfique pour les couples demandeurs. L'accès à ce type d'interventions devient diversifié et spécialisé. Cependant, le progrès considérable des techniques médicales, qui a apporté de nombreux avantages, fait l'objet d'un encadrement légal, vu l'impact que ces techniques sont susceptibles de provoquer. Les grands principes du droit pénal protègent tous les acteurs de ce processus, c'est-à-dire les parents, les professionnels de santé, et surtout le potentiel enfant. On observe simultanément, d'un rapprochement et la divergence dans la législation sur l'interruption volontaire de grossesse, dans la prise en compte couple et des intérêts de la femme.

304. La procréation médicalement assistée et le statut de l'embryon humain. Le recours à la procréation médicalement assistée n'est pas une prestation médicale ordinaire et banale, mais un long processus biologique, personnel et familial. Les droits français et polonais n'ont pas les mêmes points de vue quant aux conditions d'accès à la conception médicalisée de l'enfant. En revanche, les deux systèmes semblent adopter une même position en ce qui concerne le profil de l'entourage familial de l'enfant conçu par la procréation médicalisée et celui de l'enfant naturellement conçu. Aussi bien en France, qu'en Pologne le désir d'avoir un enfant ne crée un tel droit. Contrairement à la procréation naturelle où la naissance d'un enfant est, en définitive, décidée par la mère, la naissance d'un enfant issue d'une procréation médicalisée suscite la volonté des deux parents ainsi que la satisfaction des conditions médicales. Reposant sur la différence entre des sexes, le profil du couple candidat se rapproche en France et en Pologne. Ce couple bénéficiaire est devenu un véritable patient au sens du droit médical. La finalité sociale de la procréation médicalement assistée se définit également par la référence au bien-être de l'enfant, une notion encore trop abstraite et générale. Il se pose alors la question de la surproduction et de la réelle prise en considération des embryons destinés à l'implantation utérine. Les deux systèmes français et polonais sont défavorables à la destruction des embryons. D'un côté, la loi du 6 août 2004 a instauré le principe de recherches limitées sur les embryons humains et, par la voie d'exception, le recours aux *« bébés-médicaments »*, une exception pérennisée par la loi du 7 juillet 2011. Il convient de s'interroger sur la réalité du phénomène de l'acharnement procréatif, de la violence reproductive, de la faible prise en charge des embryons faisant l'objet d'une

sélection génétique lors de procédure de la procréation médicalisée, enfin de la surproduction des embryons humains. Avec une nouvelle révision de la loi de bioéthique le 7 juillet 2011, le législateur français a encouragé le don d'ovocytes et de gamètes. Il a élargi les recherches sur les embryons *in utero* possible sur l'embryon conçu *in vitro* à deux conditions : lorsqu'elles ne sont pas susceptibles de porter une atteinte à l'intégrité de l'embryon et si elles favorisent l'amélioration des techniques d'assistance médicale à la procréation.

305. Vers une nécessaire harmonisation. Ce sont ces potentialités offertes par la médecine, qui ont incité les pénalistes à élaborer des règles protectrices de l'intégrité génétique singulière de l'homme en conformité avec des grands principes, de la dignité humaine et de l'indisponibilité du corps humain. Basés sur ces principes, les droits français et polonais s'opposent à la gestation pour autrui, au clonage reproductif, à l'eugénisme génétique et aux mélanges entre espèces, même si le conseil génétique se trouve en voie d'expansion considérable. Par conséquent, les droits français et polonais ont interdit les manipulations génétiques à caractère eugénique permettant une *« normalisation génétique »* en fonction des critères arbitraires. Les atteintes ne sont pénalement permises que par voie d'exception. L'embryon humain reste considéré, dans les deux systèmes pénaux, comme une *« personne en devenir »* à l'opposé d'une personne déjà née, donc une *« personne humaine »*. Simultanément, le processus de la globalisation et la crainte d'un éventuel retard médical et technologique ont inspiré les législations nationales française et polonaise vers une harmonisation et vers une prise de position face à des phénomènes tels que le tourisme procréatif, les manipulations génétiques sur l'embryon, les crimes contre l'humanité comme le génocide biologique et la purification ethnique. Les interventions extérieures peuvent alors avoir un impact positif favorisant et facilitant le choix procréatif de la mère ou du couple (Titre 1). Mais dans certaines hypothèses, elles peuvent avoir un impact négatif et destructif allant à l'encontre de la volonté de la mère, des parents, même des communautés entières. Dans ces cas, elles fondent l'objet d'une sanction pénale (Titre 1).

TITRE 1
LA PERMISSION DES INTERVENTIONS EXTÉRIEURES

306. L'accès à la procréation médicalisée en voie d'expansion contrôlée. Grâce aux interventions extérieures, la réalisation d'un projet parental aboutissant à la naissance d'un enfant devient possible et accessible. Le recours à une procédure de procréation médicalement assistée est réservé aux couples-demandeurs, victimes d'une infertilité pathologique diagnostiquée. Si l'objectif du recours à cette procédure médicale se définit comme le fait *« de remédier à l'infertilité »*, naturellement la procréation médicalement assistée n'a aucune vocation thérapeutique allant dans ce sens. En revanche, sa mise en place est bénéfique, car elle peut intervenir aussi bien pour répondre à un projet parental en cours, qu'à titre préventif par exemple lorsque l'altération de fertilité est liée aux maladies ou aux accidents de la vie. Il s'agit ici d'une double prévention. D'un côté, la future conception de l'enfant sera assurée par une autorisation préalable de la conservation des gamètes. De l'autre côté, la future existence de l'enfant fait l'objet d'analyses préalables effectuées sur les embryons congelés en vue de détecter un risque de transmission de maladie. Ainsi, les futurs parents disposent d'éléments suffisants leur permettant de prendre la décision finale, y compris de faire appel à un tiers-donneur. Pour permettre aux futurs enfants de vivre dans un environnement familial optimal pour leur plein développement, le couple doit être bisexuel, stable et en âge de procréer. La volonté d'offrir un cadre familial naturel et complet, à savoir en présence de deux parents, a conduit à l'interdiction de toute insémination posthume. Cette exigence sera réaffirmée par la dernière révision de la loi bioéthique votée le 7 juillet 2011. Selon Monsieur J.-B. Thierry *« le législateur cherchait à faire correspondre la naissance de l'enfant conçu grâce à une technique médicale avec la naissance d'un enfant conçu naturellement »*[575]. Le projet parental permet de préserver les embryons conçus *in vitro.* Ils seront transférés directement au couple demandeur, soit à un couple d'accueil après une décision judiciaire. L'avenir du projet en général et de ces embryons en particulier dépend de la situation personnelle du couple.

307. Deux hypothèses doivent être étudiées. En premier lieu, une éventuelle destruction des embryons. En deuxième lieu, l'extinction de l'existence du couple susceptible de conduire à l'accueil d'embryons par un autre couple demandeur. Cette dernière disposition s'avère

[575] J.-B. Thierry, *Présentation de la loi du 7 juillet 2011relative à la bioéthique,* éd. Lamy, coll. Droit de la santé, septembre 2011, n° 109, p. 2 ; M. Jacub, *Un crime parfait : l'assistance médicale à la procréation* in *Crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique,* éd. Flammarion, coll. Champs 2002, p. 202

particulièrement bénéfique pour les couples infertiles, qui ne sont plus condamnés pour atteinte, ou tourisme procréatif. Mais également pour les embryons conçus dont l'existence biologique suspendue dans un laboratoire pourra enfin aboutir à une vraie vie. L'accès à la procréation médicalisée n'est pas inconditionnel pour les parents demandeurs ; l'intérêt de l'embryon humain est directement pris en compte. Sa représentation pénale est forte, elle se réfère soit à la finalité de l'assistance médicale à la procréation, soit à son intégrité biologique *stricto sensu*. Le droit polonais marque dans ce domaine sa particularité, qui consiste à protéger constitutionnellement et pénalement l'intégrité biologique de l'embryon humain de manière explicite. Cette expansion contrôlée des pratiques de la procréation médicalement assistée est étudiée dans le chapitre premier.

308. La reproduction humaine médicalisée accessible, mais limitée. La procréation par voie médicale est doublement réduite : pour préserver le patrimoine génétique de l'espèce humaine et pour éviter le développement des techniques médicales susceptibles de remettre en cause des grands principes du droit. Ces limites sont parfaitement justifiées, car le progrès scientifique et médical ne peut être correctement exploité, que s'il est associé à une évolution de la conscience et des mentalités individuelles. Par conséquent, le droit pénal interdit, au nom de la dignité humaine, les transformations des repères fondateurs de l'homme, sa subjectivité, son individualité. Si l'espèce humaine dispose d'un véritable statut pénal, les dangers bien réels des nouvelles applications biomédicales permettant de se questionner sur l'efficacité de la protection des générations futures, et particulièrement à l'égard du principe de la dignité humaine. Juridiquement, on note une évolution du statut de l'embryon humain. Il se définit par un critère biologique d'implantation : l'embryon déjà implanté devient un sujet de droit, l'embryon non implanté reste toujours un objet de droit réduit à sa dimension biologique. Tout en excluant les pratiques de la programmation génétique, le droit autorise certaines interventions médicales de manière réduite, plus particulièrement l'analyse génétique autorisée à titre individuel excluant toute connotation eugénique. Encore une fois, la référence aux grands principes du droit sert de base pour condamner, dans les deux systèmes pénaux les pratiques telles que le clonage reproductif, la maternité de substitution et l'insémination *post mortem* qui restent illégales. Ces limites du droit à la reproduction nécessitant des interventions médicales extérieures sont analysées dans le chapitre deuxième.

CHAPITRE 1
La généralisation du droit à la reproduction

309. La transposition de l'activité médicale dans les périmètres du droit pénal. Les législations nationales, dans leur globalité, montrent que le recours à la procréation médicalisée ne peut être considéré comme un droit général, comme un substitut légal à la procréation sans rapport sexuel traditionnel. Cette procréation médicalisée conserve partiellement son objectif palliatif. Le fait de garder les indications médicales objectives, comme des conditions du recours à la procréation, témoigne que les législateurs français et polonais ont opté pour le rejet de toute forme de revendications purement subjectives des couples. Dans le même temps, tout caractère curatif de l'intervention médicale est par définition exclu. Car l'assistance médicale à la procréation ne soigne pas l'infertilité pathologique, elle n'élimine pas les causes de la transmission d'une maladie. Il s'agit donc simplement de mettre la technologie au service d'un couple.

310. La loi comme fruit d'un consensus. L'idée d'associer la révision programmée de la loi à la consultation nationale dans le cadre des États-généraux pratiqués en France est totalement étrangère au système polonais où les projets consécutifs relatifs à la procréation médicalisée ont été déposés au Parlement dans la Commission spéciale. Le but de recueillir l'opinion de ces citoyens représentatifs signifie, en quelque sorte, de rechercher une légitimité sociale, un consensus heureux face à la multitude de choix individuels. *« C'est de cette ambivalence d'attitude entre la consommation de biens et de services de haute technologie, d'une part, et le citoyen inquiet des conséquences de la puissance de la technoscience sur la nature et l'humanité, d'autre part, qu'est né le succès de la bioéthique en tant que phénomène de catharsis des changements sociaux »*[576]. Dans tous les cas, la finalité de la procréation médicalement assistée reste l'aboutissement du projet parental par la naissance d'un enfant

[576] Ch. Byk, *L'apport des États-Généraux aux débats bioéthique*, Droit et médecine 2009, p. 102 ; Sur la procréation médicalement assistée en France : C. Taglione, *Le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'épreuve de la révision des lois bioéthiques*, LPA du 17 juin 2003 ; B. Mallet-Bricout, *L'assistance médicale à la procréation dans la loi « bioéthique » du 6 août 2004 : quelques avancées ... dans la continuité*, Droit de la famille 2004, n° 46 ; J. Moutet, *Commandes scientifiques d'enfants : pouvoirs du droit ou filiations prothèses*, RDSS 1986, p. 379 ; A. Prothais, *Les paradoxes de la pénalisation. Enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption*, JCP, éd. gen., 1997, I, 4055 ; J. Robert, *La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit*, Revue de Droit Public 1985, p. 1254 ; D. Thouvenin, *La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine*, Dalloz 2005, chronique, p. 116 et 172 ; C. Taglione, *La protection des acteurs de l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois bioéthiques*, LPA, 1 juillet 2003, p. 4 ; I. Dubois, (sous la dir.) *Progrès médicaux et droit européen*, Documentation Française 1999 ; F. Bellivier, L. Brunet, C. Labrusse-Riou, *La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ?*, RTDC, 1999, p. 529

désiré. La généralisation du droit de l'accès à la procréation est réaffirmée sur le terrain du droit pénal et civil (Section 1). Le droit pénal intervient dans ce domaine en encadrant la situation de l'embryon humain (Section 2).

SECTION 1
La dimension civile du droit à la reproduction : le projet parental et sa réalisation

311. L'exigence préalable d'un projet parental. Sémantiquement, la demande parentale fait référence à la manifestation de la volonté. En revanche, le projet parental suppose une persévérance dans le temps, la succession des étapes suivies de l'aboutissement attendu. Dans tous les cas, le choix des adjectifs *« parental »* met l'accent sur le caractère collectif et sur la notion de couple. Cette construction ne laisse pas de doute quant aux finalités du projet. La convention portant sur la procréation médicalement assistée est un véritable engagement à la fois individuel et collectif des parents qui dure dans le temps et qui exige de nombreuses manipulations médicales. La poursuite du projet parental demande la présence du couple tout au long de la procédure. Elle n'empêche pas, que les parents valorisent leurs droits individuels. Mais dans le même temps, il existe un certain nombre de dispositions appliquées à l'égard des couples comme une entité. La généralisation du droit de l'accès à la procréation est définitivement réaffirmée sur le terrain du droit pénal et civil. D'un point de vue civil, le futur enfant devra faire l'objet d'un projet parental comme l'exige le nouvel article L.2141-4 du code de la santé publique. L'existence préalable d'un couple est exigée, sa structure bénéficie d'une plus grande souplesse juridique (§ 1). Le type de fonctionnement de ce couple de parents d'intention aura u impact sur le destin des embryons (§ 2).

§ 1 : Le profil du couple candidat

312. Le couple est né. Le couple se rencontre, il se forme, il se développe, il vit son existence, il élabore un projet parental. Comment apprécier l'assistance médicale à la procréation face à la multitude de compositions familiales ? Est-elle une simple prescription surveillée par le pouvoir médical ou plutôt un acte civil socialement contrôlé ? Le couple vient avec sa demande parentale, une notion n'ayant aucune connotation juridique, mais qui évoque la manifestation d'une volonté commune. La motivation au sein d'un couple

demandeur et d'un couple receveur reste décisive pour la poursuite du projet parental. L'accès à la procréation médicalement assistée est réservé aux couples demandeurs répondant aux critères légaux objectifs tels que l'impossibilité avérée de concevoir naturellement d'une part, et disposant d'un projet parental d'autre part. L'incapacité de concevoir n'est pas seulement déclarative, mais elle doit faire l'objet d'un diagnostic de l'infertilité pathologique. La complexité de la procédure médicale a conduit à la prise en compte particulière du couple, qui est devenu ainsi un seul et même patient. Deux types de critères sont imposés par la loi : les indications médicales objectives et les conditions subjectives liées à la structure du couple. L'accès au processus de procréation médicalisée est ouvert aux couples qui ne peuvent concevoir un enfant naturellement (A), la loi décrit le profil du couple-demandeur (B).

A. Le critère prépondérant tenant à l'impossibilité de concevoir naturellement

313. Présentation. L'article L.2141-2 du code de la santé publique français dispose que *« L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué ... »*. Le caractère pathologique constitue une indication médicale *stricto sensu*, tout comme le risque de transmission d'une maladie en vertu du nouvel article L.2141-2 du code de la santé publique issu de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique. L'article 18 du projet polonais de la loi de bioéthique dispose que les procédures de procréation assistée ne peuvent être assurées s'il y a des contre-indications médicales à la collecte des gamètes sauf s'il y a des contre-indications médicales au transfert d'embryons. Cette formulation est donc assez générale, elle met l'accent sur les besoins et les facultés purement biologiques des donateurs. En réalité, cette pratique médicale qui est une source viable permettant de préciser la nature exacte des infertilités pathologiques (1) pour éviter plus particulièrement la transmission d'une maladie à un enfant ainsi conçu (2).

1. Le diagnostic de l'infertilité pathologique

314. L'article L.2141-2 du code de la santé publique définit l'objectif de l'acte comme le fait « de remédier à l'infertilité ». L'infertilité est une notion qui médicalement exige un certain écoulement de temps. Elle peut être qualifiée comme telle lorsque, au bout de deux ans, aucune grossesse ne survient chez un couple dont les deux membres vivent ensemble et

ont des rapports sexuels réguliers non protégés. L'exigence d'infertilité est donc imprécise, mais son diagnostic est fondamental pour le traitement postérieur. Elle constitue une c*onditio sine qua non* également dans l'article 16 du projet polonais, l'indication médicale objective est définie comme l'inefficacité avérée du traitement de l'infertilité. Par conséquent, les causes naturelles telles que le vieillissement doivent être exclues et la procédure ne peut s'appliquer aux femmes ménopausées et celles qui ont volontairement supprimé leur capacité de procréer. Dans la pratique médicale, il convient avant tout d'observer la fréquence des tentatives de concevoir, l'existence ou non de grossesses spontanées, de fausses couches et l'âge des parents. Cette enquête ne peut être complète sans examen médical *stricto sensu* des origines de l'infertilité comme par exemple : les anomalies du spermogramme, les altérations tubaires, l'azoospermie, ou l'absence de trompes où les malformations génitales de différentes origines. Les qualifications médicales et l'identification du malade ou des malades (l'infertilité masculine et féminine) s'avèrent décisives pour le choix de la technique à appliquer. Selon les cas précis, l'infertilité masculine pourra être soignée principalement par l'insémination avec le sperme du conjoint, du concubin, d'un tiers donneur. La fécondation *in vitro*, et les différents transferts *in utero* sont réservés pour l'infertilité féminine. Dans tous les cas, il s'agit d'une infertilité liée à une maladie et non à une cause naturelle. D'où l'intérêt de la diagnostiquer le plutôt possible, sauf lorsqu'il existe des situations pathologiques telles que la ménopause susceptibles d'apparaître précocement. Le recours à la procréation médicalisée est permis également à l'égard des infertilités n'ayant aucune cause physique mais liées à des problèmes d'ordre psychique.

315. L'altération potentielle de la fertilité et la cryoconservation. L'article L.2141-1-1 du code de la santé publique a élargi les champs d'application de l'assistance médicale à la procréation en autorisant l'autoconservation des gamètes (ovocytes, tissus, sperme)[577]. Cette opération de cryoconservation intervient à titre préventif dès que l'un des membres du couple est exposé à un traitement potentiellement stérilisant[578]. Cette conservation préventive et parfois réparatrice est, en pratique, préconisée dans les services de cancérologie aux femmes atteintes de tumeurs lorsqu'elles sont exposées à une irradiation corporelle à l'occasion d'une greffe de moelle. La conservation du sperme reste automatique en cas de radiothérapie ou de

[577] **Le nouveau article L.2141-1-1 du code de la santé publique issue de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique dispose :** *« Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'améliorer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité ... »*

[578] Circulaire du 29 mars 2004 relatif à l'organisation des soins en cancérologie en pédiatrie

chimiothérapie. Cependant, malgré l'autorisation de conservation des gamètes, elles ne peuvent être utilisées en vue d'une assistance médicale à la procréation effectuée *post mortem.* Il serait bénéfique d'appliquer le même raisonnement en Pologne, là où la question n'est pas encore tranchée. Madame J. Haberko propose *« enfin de protéger l'embryon contre son maintien en état de cryoconservation et prenant en compte l'intérêt de l'enfant, de consentir à un transfert d'embryon en faveur d'une autre femme, tout en donnant priorité aux couples mariés »*[579].

2. L'élimination du risque de transmission d'une maladie

316. Les précisions concernant la deuxième indication médicale. C'est cette deuxième indication médicale qui a été progressivement élargie. Elle est mentionnée dans l'article 16 alinéa 2 du projet polonais de la loi bioéthique. Il interdit l'accès aux couples dont les maladies sont d'origine génétique. Il exige également, sans l'indiquer expressément, que le risque de transmission d'une telle maladie à l'enfant à naître empêche le déclenchement de la procédure. En France, l'article L.2141-2 du code de la santé publique protégeait l'enfant à naître d'une maladie d'une particulière gravité dans le cadre de la procréation médicalisée. Avec la loi du 6 août 2004, le législateur a pris en compte la contamination interne du couple par une maladie transmissible grave portée par l'un ou l'autre membre du couple. Ainsi, il a autorisé les pratiques préexistantes et déjà mentionnées dans l'arrêt du 10 mai 2001[580] préconisant la *« prise en charge en assistance médicale à la procréation de patients à risque viral »*. Il s'agit de personnes séropositives au virus d'immunodéficience humaine (VIH) et des porteurs du virus de l'hépatite C[581]. Dans ce cas, le couple peut envisager alternativement, de faire recours à un tiers donneur en vertu de l'article L.2141-7 du code de la santé publique. L'objectif de cette disposition consiste, d'un côté à démocratiser l'accès à la procréation médicalisée indépendamment de l'état de santé des demandeurs et de l'autre côté de protéger le futur enfant contre les risques de transmission d'une maladie grave. Il a été inspiré par l'Académie Nationale de Médecine et le Comité Consultatif National d'Éthique qui ont vivement recommandé aux équipes d'aide médicale à la procréation *« d'amener les couples à privilégier la technique de procréation qui semble la moins risquée, c'est-à-dire*

---

[579] J. Haberko, A. Grabiński, *L'intérêt de l'enfant à naître et assistance médicale à la procréation regards croisés franco-polonais*, Médecine et droit 2011, p. 172

[580] L'arrêt du 10 mai 2001, JO du 15 mai 2001, p. 7735

[581] Le Comité Consultatif National d'Éthique se prononçait sur cette question le 8 novembre 2001 dans l'avis n° 69 sur *« L'assistance médicale à la procréation chez les couples présentant un risque de transmissions virales ; réflexions sur responsabilités »*. Il a sensibilisé notamment les médecins à des situations délicates où l'enfant pourra être effectivement exposé à la contamination

l'insémination artificielle avec sperme traité »[582] La gravité de la maladie ainsi que l'infertilité sont appréciées par les médecins après un diagnostic. Au nom de la prévention, ils procèdent donc, en quelque sorte, à une sélection notamment pour les couples à risque. Le refus peut se justifier à chaque fois que la maladie est *« grave »*. Une seule liste est dressée par l'article R.2141-4 du code de la santé publique issu du décret du 22 décembre 2006 relatif au don de gamètes et à l'assistance médicale à la procréation[583]. Dans le délai de six mois après la date de congélation, les praticiens procèdent aux analyses sur d'embryons susceptibles de faire l'objet d'un accueil. Ils appliquent les marqueurs biologiques d'infection. L'infectivité concerne les infections par le virus VIH 1et 2, les virus des hépatites B et C, enfin la syphilis. De la même façon, l'accueil est bloqué lorsqu'il y a un risque potentiel de transmission de la maladie de Creutzfeld-Jakob ou d'encéphalopathies subaigües spongiformes transmissible.

B. Le critère secondaire tenant à la structure du couple

317. Présentation. La reproduction repose essentiellement sur la différence des sexes. Le profil du couple est défini en France par l'article L.2141-2 du code de la santé publique ainsi : *« l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert d'embryons ou à l'insémination ... »*. Le projet polonais de la loi de bioéthique du 10 décembre 2008 opte pour une version plus classique, et aussi biologique de la relation parent-enfant. Néanmoins, on observe, que dans les deux systèmes, il existe une ressemblance de conditions liée aux exigences médicales et une divergence liée à une communauté de vie. Contrairement aux dispositions françaises favorisant l'aspect médical des opérations, la loi polonaise met l'accent sur l'importance de l'institution matrimoniale donc sur l'aspect civil. Par conséquent, le droit français semble être plus réactif et souple face aux mouvements sociaux par rapport au droit polonais qui est fidèle à la structure traditionnelle du mariage. La condition du couple s'avère doublement importante. Tout d'abord, elle est décisive pour pouvoir satisfaire les conditions d'accès à la procédure de la procréation médicalisée. Ensuite, le fonctionnement au sein d'un couple, plus particulièrement son engagement face aux embryons congelés est décisif pour une survie ou une destruction éventuelle des embryons. C'est donc l'intérêt de l'enfant non encore conçu qui

---

[582] X. Labbée, *Respect et protection du corps humain, L'enfant conçu ex utero chose sacrée ?*, Juris-Classeur Civil, Fascicule 52, Art. 16 à 16-13 ; Avis du Comité Consultatif National d'Éthique n° 56 du 10 février 1998 confirmé par l'avis 8 novembre 2001;

[583] Décret n° 2006-1660 du 22 décembre 2006 relatif au don de gamètes et assistance médicale à la procréation

doit être pris en compte. Le code de la santé publique n'évoque pas directement la notion de l'intérêt de l'enfant conçu dans la procréation médicalement assistée car son statut varie en fonction de plusieurs facteurs médicaux et de la situation des parents. Cependant, on peut présumer indirectement que l'exigence de la stabilité du couple, même si elle est moins stricte qu'en droit polonais, manifeste la volonté du législateur français de protéger l'intérêt de l'enfant. L'embryon humain devient objet et non plus sujet du contrat entre les deux parents et le monde médical. La stabilité, qui n'est plus fixée à deux ans depuis la loi du 7 juillet 2011, peut être déduite indirectement par le maintien du projet parental par deux membres du couple. Le couple doit satisfaire aux conditions formelles liées à son profil (1), la loi encadre également le mode d'accompagnement du couple tout au long de la procédure médicale (2).

1. Le profil donnant l'accès à la procréation médicalisée

318. L'exigence de deux parents de sexes différents et en âge de procréer. L'objectif postulé par les législateurs consiste à assurer pour les futurs enfants un environnement optimal sur le plan psychologique et médical, qui serait semblable à celui de l'enfant naturellement conçu. Les demandes des familles monoparentales motivées par pure convenance personnelle sont écartées, aussi bien lorsqu'elles sont motivées par le désir d'une maternité très tardive[584]. Car accepter une telle revendication pourrait signifierait qu'on accorde plus d'importance à l'intérêt individuel qu'à l'intérêt collectif. Seuls les couples hétérosexuels peuvent accéder à la procédure. La fameuse phrase de J. Carbonnier *« A chacun son droit, à chacun sa famille »*[585] ne s'applique pas ici, car les couples homosexuels ne peuvent recourir ni à la procréation médicalement assistée, ni à l'adoption en tant que couple. Cette interdiction reste absolue en France et en Pologne, malgré l'acceptation sociale croissante pour les couples homosexuels notamment en France[586]. Cependant, leur mariage n'est pas encore reconnu

---

[584] Conseil d'État, *Sciences de la vie, De l'éthique au droit,* La Documentation Française 1988, p. 57

[585] J. Carbonnier, *Essai sur le droit,* Defrénois 1995, p. 181; I. Copard, *L'homosexualité à l'épreuve de la famille,* Revue de droit prospectif 2003, n° 2, p. 702 ; A.-D. Merville, *La réforme du statut du conjoint survivant par la loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001, Le conjoint membre à part entière de la famille,* JCP, éd. gen., 2002, I, 185

[586] En revanche, dans certains pays européens tels que la Belgique, la Grèce, l'Espagne ou la Grande-Bretagne, l'assistance médicale à la procréation reste un acte médical accessible à toutes les femmes indépendamment de leur situation civile ; P. Agallopoulou, *La loi hellénique concernant les procréations médicalement assistées,* Droit de la famille 2004, chronique n° 11 ; F. Dreyfuss-Netter, *Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ?,* Dalloz 1998, chronique, p. 102 ; F. Millet, *L'homoparentalité : essai d'une approche juridique,* Defrénois 2005, p. 743 ; P. Murat, A. Gouttenoire, *L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant,* Droit de la famille 2003, chronique n° 1 ; M-T. Meulders-Klein, *Les droits de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées,* RTDC, 1988, p. 645 ; G. Taormina, *Le droit de la famille à l'épreuve des progrès scientifiques,* Dalloz 2006, p.

légalement ni en France ni en Pologne. Le droit polonais a pris une position ferme face à cette question. En France, la création du Pacte Civil de Solidarité du 15 novembre 1999, inexistant en Pologne, a déclenché une vive polémique sur une éventuelle ouverture de la procréation médicalisée aux homosexuels français. Selon ces derniers, elle pourrait remédier aux discriminations dont ils sont victimes et au phénomène répandu de tourisme procréatif. Avec la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libertés[587], le Pacte Civil de Solidarité gagna de l'ampleur, et il se rapprocha inexorablement du mariage, certains défenseurs de la cause l'ont même baptisé de *« quasi mariage »*. Ces derniers ont proposé, lors de la consultation sociale sur révision des lois bioéthiques en 2009, de reformuler l'article L.2141-2 al. 2 du code de la santé publique, en légalisant la procréation médicalisée *« ... pour pallier l'impossibilité de procréation naturelle, quelle qu'en soit la cause »*[588]. Naturellement, cette formulation assez vague n'a pas été suivie dans les conclusions du rapport du Monsieur le député J. Léonetti du 10 janvier 2010 sur les États-généraux en bioéthique. Dans sa version finale issue de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, l'article L. 2141-2 du code de la santé publique tranche en exigeant que ce soit l'homme et la femme en âge de procréer.

319. La différence des sexes maintenue. La rédaction de l'article L.2141-2 du code de la santé publique issue de la loi du 6 août 2004 a été maintenue par la loi du 7 juillet 2001 : elle précise que *« ... l'homme et la femme formant le couple ... »*. Ainsi la conception bisexuelle de la filiation se confirme en droit français. Il convient de souligner une certaine similitude de positions des défenseurs des couples hétérosexuels en France et en Pologne. Ils soulèvent notamment les dangers liés à l'ambiance psychologique au sein des couples homosexuels. L'argument majeur consiste à dire que l'homosexualité ne peut pas offrir à l'enfant le bénéfice d'un double rattachement parental sexué[589], ainsi que de vraies chances d'épanouissement. Il faut cependant souligner que l'hétérosexualité en elle-même ne peut non plus donner une garantie absolue de bien-être à l'enfant. Le même argument de bien-être du futur enfant est pris en compte en Pologne par la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi

---

1071 ; D. Siroux, *Filiation dissociée et accès aux origines : un chemin différent entre secret et mensonge, anonymat et variété(s)*, Gazette du palais 9-10 juin 2006, p. 27 ; G. Kessler, *La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant*, Droit de la famille 2005, étude n° 16

[587] La loi n° 2006-728 du 32 juin 2006 portant réforme des successions et des libertés, JORF, 24 juin 2006, p. 9513 ; Ph. Simler, P. Hilt, *Le nouveau visage du PACS : un quasi mariage*, JCP, éd. gén., 2006, I, 161

[588] Juris-Classeur Civil, P. Murat, *Respect et protection du corps humain, Assistance médicale à la pro création*, Fascicule 40, les articles 16 à 16-3 du code civil, 2007, p. 24

[589] P. Murat, *Respect et protection du corps humain, Assistance médicale à la procréation*, Juris-Classeur civil, Articles 16 à 16-3, Fascicule 40, p. 23

relatif à la bioéthique[590]. Car ce projet accorde l'accès exclusif à la procédure médicale aux couples mariés, donc bisexuels. Encore une fois, les législateurs ont choisi de faire prévaloir le lien biologique entre les parents et les enfants. En revanche, un traitement différent est appliqué à l'égard des transsexuels, dès que l'infertilité est de nature pathologique. Il est donc parfaitement possible de demander une assistance médicale à la procréation par un couple dont la femme est devenue transsexuelle après avoir modifié son sexe à l'état civil.

320. La loi impose également une condition biologique: l'âge de procréer. La considération de l'âge a été introduite à titre préventif en vue, sans doute, d'éviter les éventuels abus des femmes ménopausées désirant devenir mères tardivement. Il s'agit aussi d'optimiser la réussite de l'opération. Simultanément, on déduit que ce sont des préoccupations éthiques et purement sociales et médicales qui ont conduit le législateur à instaurer cette condition. L'arrêté du 12 janvier 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques recommandait de prendre en compte les femmes jusqu'à trente-sept ans si leur fonction ovarienne était satisfaisante. La Caisse nationale d'assurance maladie estime également, que le critère de l'âge de la femme doit être observé dans la prise en charge des tentatives de fécondation *in vitro.* L'article 16 al.3 du projet polonais de la loi de bioéthique fixe l'âge de procréation à 40 ans pour une femme, pour qu'elle puisse avoir recours à la procédure. Selon le *« Bilan d'application de la loi de bioéthique »* publié en octobre 2008 par l'Agence de la biomédecine, en l'absence de toute imitation légale *« la pratique fixe un seuil d'acceptation des demandes d'assistance médicale à la procréation à 45 ans pour un femme et 60 ans pour un homme »*[591].

321. L'exigence de la communauté de vie relativisée. Indépendamment du statut civil du couple, une certaine *« stabilité de la vie commune »* a été longtemps exigée en France. Elle se définissait par la durée de la vie commune fixée à deux ans minimum. Les candidats ont dû être, sous le régime de la loi du 6 août 2004 *« ... en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans »*. Cette exigence ne pose pas de problèmes majeurs, sauf naturellement, si la vie sentimentale d'un couple a été bouleversée par des recompositions familiales successives. Il peut donc s'agir de relations passagères, de courtes aventures extra conjugales, ou encore de liaisons amoureuses à long terme, conduisant à la naissance d'un enfant sans que le divorce n'intervienne. La lecture du code de la santé publique témoigne que le législateur français a plus privilégié l'aspect médical que l'aspect civil de la procédure. L'adultère ne provoque plus de jugements moraux,

[590] Commission spéciale chargée d'examiner le projet de la loi relative à la bioéthique, Compte rendu n° 14, séance du 11 mai 2010, p. 10 et s.
[591] Agence de la Biomédecine, *Bilan d'application de la loi de bioéthique*, octobre 2008, p. 33

car il relève de la sphère privée, de l'intimité de la personne en question. La loi du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et les enfants adultérins a instauré une égalité successorale et une égalité des filiations entre les enfants du même père et de la même mère[592]. De ce fait, on peut déduire qu'en principe la procréation médicalisée ne peut pas être interdite aux couples vivant en concubinage, même en concubinage adultérin. Jusqu'en 2011, la preuve de la durée de vie commune pourrait se faire par un certificat de concubinage, un contrat de Pacte Civil de Solidarité, un contrat de bail, ou les factures.

322. L'abandon définitif de la durée de deux ans de vie commune en droit français. La condition de vie commune du couple ne peut plus motiver le refus du droit à la procréation assistée depuis la loi du 7 juillet 2011 qui a supprimé la durée préalable de deux ans de vie commune dans le nouvel article L.2141-2 du code de la santé publique. Comment interpréter cette évolution? Elle reflète sans doute la spécificité de la société française, assez différente de la société polonaise, dont la structure familiale est plus souple. Cependant, cet assouplissement quant aux conditions subjectives liées à la structure du couple est associé au maintien des conditions médicales. L'accès à la procédure n'est, en aucun cas, un caprice du moment. Les indications pathologiques devront être confirmées et précédées par des tentatives infructueuses de concevoir.

323. L'examen de la situation sociale du couple. L'article L.2141-2 du code de la santé publique ne se prononce pas sur le *« modèle social »* du couple. La solution privilégiée par le législateur français va à l'encontre de la réalité de la vie sociale en France. En principe, les comportements personnels des membres du couple demandeur sont considérés comme relevant de la sphère de leur vie privée. En revanche, l'équipe médicale qui étudie la motivation des futurs parents peut se pencher, à juste titre, sur la conduite personnelle du père-candidat et de la mère-candidate. Les médecins sont obligés de vérifier le *« profil biologique »* du couple. Les analyses médicales sont susceptibles de relever la présence des drogues ou d'alcool. Si le but recherché de la procréation médicalisée est la conception et la naissance d'un enfant, il appartient à l'équipe médicale d'évaluer la situation et de donner oui ou non le feu vert à la procédure. Le 18 avril 2006[593], la Cour européenne des droits de l'homme a refusé le droit d'accès à la procréation médicalisée à un couple marié, dont le père a été condamné à une peine de prison à perpétuité. Cette décision du juge européen ne doit

[592] L'article 310-1 et s. du code civil français crée par l'Ordonnance du 4 juillet 2005 dispose : « *tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leurs père et mère. Ils rentrent dans la famille de chacun d'eux* »

[593] CEDH du 18 avril 2006, affaire Dickinson c/Royaume-Uni, Just 4436/04

pas être interprétée comme si le juge exigeait un casier judiciaire vierge au couple demandeur. Il ne voulait pas une instaurer un *« couple-modèle »*, ni de discriminer les pères prisonniers, ni d'instaurer un *« mauvais couple »*. Au contraire, il a estimé que la procréation médicalement assistée devait, tout en répondant au désir d'avoir un enfant, prendre en considération directement l'intérêt de l'enfant qui peut être éventuellement exposé aux souffrances psychiques ou à une stigmatisation sociale liée à la situation des parents. Il faut souligner que les lois françaises ne fond aucune référence à la notion de l'intérêt de l'enfant contrairement au projet de la loi bioéthique du 10 décembre 2010 en Pologne qui mentionne à plusieurs reprises cette notion.

324. Le projet polonais accorde l'accès à la procréation uniquement aux couples mariés sans préciser la durée de la vie conjugale. La communauté de vie est définie, de manière assez stricte, dans l'article 16 du projet évoqué. La procédure de l'assistance médicale à procréation s'adresse uniquement aux couples mariés dont le traitement de l'infertilité n'a pas été efficace. Cette vision est conforme avec l'esprit de la Constitution de la République de Pologne ainsi qu'aux dispositions de code de la famille qui privilégient l'intérêt de l'enfant. La cessation du mariage tout comme le retrait du consentement met fin au projet parental selon la disposition de l'article 21§3 du projet polonais de la loi de bioéthique.

325. L'interdiction du transfert d'embryon post mortem. La procréation médicalisée est exclusivement légal pour un couple vivant[594]. L'implantation utérine des embryons congelés après le décès du mari ou du concubin est interdite. Cette interdiction s'inscrit dans une logique générale de la procréation médicalement assistée, car être veuve ne signifie pas u'on ne peut enfanter. La loi du 7 juillet 2011 a maintenu le principe général selon lequel la mort d'un des membres du couple met définitivement fin au projet parental et toute insémination posthume est interdite[595].

---

[594] Cette solution a dominé dans la jurisprudence française : TGI de Rennes, 30 juin 1993, JCP, éd. gén., 1994, II, 22250, note C. Neirinck ; TGI de Toulouse, 11 mai 1993 ; CA de Toulouse, 18 avril 1994, affaire dite « *Pires* »

[595] P. Morin, *L'interdiction opportune de l'implantation post mortem d'embryon*, Defrénois 2004, art. 37892 ; C. Byk, *Jurisprudence des tribunaux français, inséminations artificielles et changements dans l'éthique de la reproduction*, RGDM 2003, n° 10, p. 95 ; C. Neirinck, *Le couple et l'assistance médicale à la procréation* , LPA, 13 août 1999, p. 3 ; B. Renau, *Procréation médicalement assistée et la filiation*, AJF, 2003, n° 5, p. 165 ; C. Chabaut, *A propos de l'autorisation du transfert d'embryons post mortem*, Dalloz 2001, Point de vue, p. 1395 ; F. Dreifuss-Netter, *Adoption ou l'assistance médicale à la procréation : quelles familles ?*, Dalloz 1998, chronique, p. 100 ; F. Lesaulnier, *L'enfant né d'une procréation médicalement assistée et le secret de l'identité de l'auteur du don*, Médecin et droit juin 1998, p. 16 et s. ; Ph. Malaurie, *Couple, procréation et parenté*, Dalloz 1998, chronique, p. 27 ; C. Taglione, *Le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'épreuve de la révision des lois bioéthiques*, LPA 2003, n° 120, p. 4

2. Le couple candidat comme un patient

326. L'identité de fait entre le couple et les parents. L'article L.2141-10 du code de la santé publique dispose que l'équipe médicale est chargée de *« vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption »*. La confirmation de la demande est écrite. Ces demandeurs de prestation médicale disposent d'un certain nombre de droits, ils deviennent subitement des patients à part entière. Ils peuvent être définis comme le *« couple bénéficiaire »*[596]. Le couple consent simultanément aux différents actes : le prélèvement des gamètes, une fécondation i*n vitro*, la conservation des embryons, l'implantation dans l'utérus, enfin la surveillance de la grossesse. Les consultations médicales sont organisées dans une *« pièce pour les entretiens des couples avec l'équipe médicale »*. Le consentement est recueilli simultanément *« dans le respect de la confidentialité »*. Le couple consent à la convention. Le couple-patient est donc une nouvelle entité. La loi valorise le consentement en exigeant son renouvellement annuel selon l'article L.2141-2 du code de la santé publique. Le défaut d'un consentement, met fin au projet parental. Le consentement des couples à l'utilisation des embryons surnuméraires pour la recherche est explicitement évoqué par l'article L.2141-4 du même code. Il peut être interprété comme la manifestation du droit au respect de l'intégrité corporelle en cas d'opposition à l'implantation exprimée par la femme et d'opposition à l'utilisation de l'embryon formé à partir de l'une des gamètes donnés par l'homme.

327. Le consentement conserve sa valeur fondamentale. Le principe du consentement reste le pilier de la procédure. Il doit toujours intervenir préalablement à l'insémination ou au transfert. En effet, cette exigence constitue une sorte de garantie pour le praticien que le couple est vivant, consentant et qu'il n'est pas séparé. Cette précaution semble être parfaitement justifiée à l'égard du droit de filiation et d'une éventuelle responsabilité du praticien. La convention est nulle en cas de séparation ou toute autre forme de dissolution du couple. Cette décomposition du couple rend impossible l'implantation de l'embryon formé avec l'ancien partenaire dans le cadre d'un nouveau couple. L'article 17§1 du projet polonais de la loi de bioéthique impose un consentement écrit et préalable des deux époux. Les informations concernent des détails de la procédure des risques médicaux, psychologiques et

[596] B. Pitcho, *Statut juridique du patient*, thèse de Montpellier I, 2002, p. 489 ; De la même façon, le CCNE a qualifié, le 23 octobre 1984, les parents de *« patients à l'acte médical »*.

juridiques pour les donneurs de gamètes. Le moment de la récolte des gamètes constitue une première étape de la procédure. Elle est réalisée dans les établissements habilités, elle implique le recueil mécanique et manuel de sperme qui ne peut être mélangé postérieurement. Si le recueil manuel effectué par le patient lui-même ne provoque pas de controverses, la procédure se complique lorsque le père d'intention se trouve dans un état où il ne peut pas exprimer son consentement directement par exemple dans le coma[597]. Chez la femme, les ovocytes sont obtenus après une stimulation ovarienne hormonale[598]. A ce moment de la procédure, le couple ne constitue pas encore un patient unique, car en vertu de l'article L.2131-4-1 du code de la santé publique les consentements écrits des deux membres sont recueillis également en cas de diagnostic préimplantatoire. Le médecin se trouve donc en face des deux patients individuels réunis. Il procède alors à la création d'embryons surnuméraires selon l'article L.2241-3 du code de la santé publique. Ils fondent ensuite l'objet d'un contrat de conservation, un contrat privé de toute dénomination[599]. Cette étape paraît cruciale pour l'embryon exposé à la congélation, la décongélation et aux interventions médicales. Le législateur a tenté d'assurer la protection de l'embryon en imposant le principe de congélation continue. Le nouvel article L.2141-1 du code de la santé publique autorise la technique de congélation ultra rapide des ovocytes. La dernière étape consiste à l'implantation utérine de l'embryon, voire des embryons pour assurer les chances d'apparition d'une grossesse. Il est permis de constater que *« la procréation artificielle peut être analysée comme un contrat cadre donnant naissance à de multiples contrats à exécution successive »*[600]. Cette procédure est segmentée, le consentement doit être systématiquement renouvelé. La révocation par écrit de la femme ou de l'homme met fin à l'assistance médicale à la procréation. On constate donc, que le consentement conserve un rôle décisif tout au long de la procédure médicale : avant, pendant et même après lorsque par exemple, il est indispensable d'avoir recours à un tiers donneur. En vertu de l'article L.2141-10 du code de la santé publique : *« Les époux, les partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou les*

---

[597] Une telle hypothèse à apparu dans l'affaire Blood. Une ressortissante britannique a fait le recours à une méthode appelée électro-éjaculation du sperme réalisé sur son mari se trouvant dans le coma. Quelques heures plus tard, le mari a décédé et Madame Blood a demandé l'autorisation d'insémination. Après le refus elle a interjeté l'appel, puis elle a obtenu le sperme cryoconservé en vue de procéder à l'insémination en Belgique. La décision a été motivée par le principe de la libre circulation des personnes dans les pays de l'Union Européenne, J.-S. Bergé, *Le droit communautaire dévoyé : le cas Blood*, JCP, éd. gen., 2001, I, n° 206 ; J.-J. Lemouland, *Tourisme procréatif*, LPA 28 mai 2001, p. 24

[598] Ces actes médicales ne concernent encore du couple-patient, ils sont réalisés séparément en vertu de l'article L. 2141-1 et L. 1244-5 du code de la santé publique

[599] Certains auteurs par exemple X. Labbée ont proposé d'assimiler le contrat de conservation au dépôt ; X. Labbée, *Respect et protection du corps humain, l'Embryon humain « ex utero »*, Juris-Classeur civil, articles 16 à 16-13, n°33

[600] C'est la constatation faite par B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, thèse de Montpellier 1, 2002, p. 494, n° 696

concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneurs doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le code civil, leur consentement au juge ou au notaire ».

32. Plan. L'accès à la procréation médicalisée exige la satisfaction aux conditions relatives au couple pour que le projet parental établi par ce couple puisse être réalisé (§2).

§ 2 : Le projet parental : sa mise en œuvre et son extinction

329. Faut-il répondre obligatoirement à une demande parentale ? Le droit d'avoir un enfant à tout prix et quel que soient les conditions n'existe pas[601]. La loi impose la consultation et les entretiens avec les membres de l'équipe médicale du couple sur l'avenir du projet parental, mais son caractère n'est pas précisé. Toutes les causes semblent donc légitimes : le divorce, la séparation, les désaccords, les mésententes au sein du couple. La réalisation du projet parental exige que les gamètes proviennent d'au moins de l'un des deux membres du couple. En pratique, les parents disposent d'un droit absolu sur leurs embryons, c'est *« jus vitae necisque »*[602]. Le projet polonais de la loi de bioéthique prévoit la création d'un registre central contenant les informations sur le stockage et la conservation des embryons, les demandes des parents mariés, les *« offres »* du transfert. Il est proposé dans l'article 26 du projet de conserver ces informations pendant 30 ans. En vue d'optimiser l'accès à la procédure, les couples candidats peuvent consulter notamment : les données générales sur le développement de la médecine embryonnaire, le registre de consentements à l'utilisation des gamètes, l'identification et les caractéristiques des gamètes à transférer et le nombre d'échantillons des gamètes. Il convient d'examiner les conditions dans lesquelles le projet parental est mis en place (A), ensuite les conséquences d'une extension du projet (B).

A. La réalisation du projet parental

330. Présentation. La mise en œuvre du projet parental signifie toujours qu'il faut préserver

[601] G.-M. Faure, *Le désir d'enfant à l'épreuve du droit*, thèse de Université de Toulouse, 1991; I. Dastugue, *La procréation artificielle. Droit à l'enfant et droits de l'enfant*, thèse de Université de Clermont I, 1987 ; J.-R. Binet, *L'enfant conçu et le projet parental devant le juge administratif*, Droit de la famille, 2006, étude n° 14

[602] L'expression latine « *jus vitae necisque* » se traduit en français comme « *le droit de vie et de mort* », un droit absolu, que les parents exercent sur leurs embryons

l'embryon conçu *in vitro*. Les embryons seront transférés directement aux couples demandeurs à l'origine du projet parental soit aux couples d'accueil. La loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique a repris la notion de couple candidat aux réalités des familles françaises. Le projet de loi polonaise applique la même logique, le couple candidat doit être marié ce qui répond à la vision sociale dominante de la famille en Pologne. Le droit français fixe les modalités du transfert vers le couple à l'origine de la conception de l'embryon (1), et vers le couple d'accueil (2).

1. Le transfert direct

331. Le transfert direct concerne le couple ayant demandé la procréation médicalisée. La loi permet de tenter une fécondation multiple car en vertu de l'article L.2141-3 du code de la santé publique, les deux membres du couple peuvent décider par écrit que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons. L'article L.2141-1 du même code autorise à ce titre la technique de congélation ultra-rapide des ovocytes. Le même article dispos que *« La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation privilégie les pratiques et procédés qui permettent de limiter le nombre d'embryons conservés »*. Il convient de souligner, que le projet polonais prévoit, en principe, la création d'un nombre limité d'embryons, à savoir deux au maximum, ce qui exclut logiquement la technique de la congélation préventive. Si la proposition polonaise tente de limiter le nombre de réductions embryonnaires postérieures à l'implantation, il semble que cette pratique ne peut être complètement éradiquée. Depuis la loi du 6 août 2004, l'article L.2141-3 dispose : *« un couple dont les embryons ont été conservés ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation in vitro avant transfert de ceux-ci »*. Elle était toujours mal vécue par les couples[603].

332. L'exigence formelle d'un consentement écrit. Le transfert se réalise souvent dans les deux premiers jours après la conception *in vitro.* Si la loi ne précise pas ce délai, il est nécessaire d'implanter l'embryon assez vite pour éviter un certain nombre de complications, telles que des déformations, des lésions graves, des risques de contamination ou une simple destruction. Contrairement aux propositions polonaises, le droit français permet d'opérer une sélection génétique préalable à l'implantation dans le cadre d'un diagnostic préimplantatoire effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro.*

[603] Dictionnaire Permanent : Bioéthique et Biotechnologies, étude : « *Embryon in vitro »o* n ° 25, p. 819

2. Le transfert vers le couple d'accueil

333. La similitude des conditions d'accès à la procédure entre deux types de couples. Il constitue la réponse à la demande parentale d'un autre couple qui devra remplir les mêmes critères que le couple ayant recours à la fécondation *in vitro.* Toutefois, l'article L.2141-5 du code de la santé publique ajoute, que les indications médicales auxquelles doit répondre le couple d'accueil concernent de l'impossibilité de concevoir sans un recours d'un tiers donneur. Ce transfert gratuit et noble constitue une alternative beaucoup plus avantageuse que la simple destruction d'embryons surnuméraires. L'accueil intervient dans les deux cas de figure prévus par le code de la santé publique : soit après le consentement du couple d'origine de l'embryon (art. L.2141-5 al.1), soit après le décès au sein de ce couple (art. L.2141-5 al.2). La différence apparaît dans le déroulement de la procédure. Parce que, le transfert est ici subordonné à l'obtention d'une décision judiciaire ainsi qu'à une autorisation d'accueil délivrée pour une durée de trois ans (art. L.2141-6). Il convient de souligner la volonté du législateur de sanctionner spécifiquement la méconnaissance de ces modalités au titre de l'article 511-16 du code pénal qui punit de sept ans d'emprisonnement et de 1 000 000 euros d'amende l'obtention d'embryons humains en violation des dispositions de l'article L.2141-6 du code de la santé publique. Cette incrimination semble être destinée à lutter contre le trafic des gamètes et le tourisme procréatif en général. Le don reste anonyme, gratuit, consenti par écrit et confirmé par une décision de l'autorité judiciaire. L'accueil de l'embryon est subordonné à des règles de sécurité sanitaire. *In fine*, toute connotation commerciale est écartée en vertu du dernier alinéa de l'article L.2141-6 *: « Seuls les établissements publics ou privés à but non lucratif autorisés à cet effet peuvent conserver les embryons destinés à être accueillis et mettre en œuvre la procédure d'accueil ».*

334. Le déplacement et le transfert d'embryons. Pour décourager les trafics illégaux lucratifs, l'article 511-23 du code pénal français mentionne une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. L'article 511-25 du même code punit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le non-respect de la règle de l'anonymat et des prescriptions sanitaires liées au transfert d'embryons dans le cadre de la procédure d'accueil. L'autorisation judiciaire préalable est exigée. L'article 24§1 et §2 du projet de la loi de bioéthique en Pologne fixe les limites du transfert de l'embryon vers une autre femme. De la même façon qu'en France, la décision est prise dans le même sens par le

tribunal. Elle pourra être bloquée lorsque les parents d'origine auront retiré le consentement simultanément, en cas de mort de la mère génétique et après l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date de la création. Les membres du couple d'accueil doivent disposer d'une capacité juridique pleine. Préalablement à la décision du tribunal, une enquête pourra être menée sur la vie que mène le couple, c'est-à-dire les qualifications personnelles, les attitudes, comportements. Le transfert vers le couple non marié n'est pas proposé dans le projet. Cependant, à titre exceptionnel, le tribunal peut accorder une autorisation au transfert à une femme non mariée à condition qu'elle puisse remplir les conditions imposées par l'article 16 du projet polonais. Comme le souligne Madame J. Haberko, le déplacement d'embryons et leur transfert vers un autre couple devra rester en conformité avec le respect des principes constitutionnels polonais de la protection de l'intérêt de l'enfant et du mariage. Pour une femme non mariée *« il ne faut toutefois pas oublier que, d'une part, il s'agit d'une mesure exceptionnelle et, d'autre part, que la possibilité d'un transfert en faveur d'une femme célibataire trouve sa limite dans l'appréciation laissée au juge »*[604].

B. L'extinction volontaire et involontaire du projet parental

335. Présentation. L'avenir du projet dépend principalement de la situation personnelle du couple. Elle va déterminer le destin, la survie ou non de l'embryon en cas de non réalisation ou d'extinction du projet. Lorsqu'elle est volontaire, c'est souvent les conditions psycho-sociales qui sont à l'origine de la décision ; lorsqu'elle est involontaire, c'est souvent le décès qui provoque l'extinction du projet parental. L'accord des volontés chez les membres du couple est indispensable pour la poursuite du projet, la volonté divergente d'un seul membre du couple fait légitimement obstacle au transfert d'embryon. Cette volonté est systématiquement vérifiée, parce que l'article L.2141-4 al.1 du code de la santé publique dispose *« Les deux membres du couple dont les embryons sont conservés, sont consultés chaque année par écrit sur la question de savoir s'ils maintiennent leur projet parental »*. Simultanément, le dernier alinéa du même article dispose : *« Lorsque les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, ont consenti, dans les conditions prévues aux articles L.2141-5 et L.2141-6, à l'accueil de leurs embryons et que ceux-ci n'ont pas été accueillis dans un délai de cinq ans à compter du jour où ce consentement a été exprimé par écrit, il est mis fin à la conservation de ces embryons »*. La fin du projet parental entraîne la

[604] J. Haberko, *Avis juridique sur la proposition de la loi relative à la modification de la loi relative au prélèvement, à la conservation et à la greffe de cellules, tissus et organes*, Bureau des Analyses du Sejm, acte n° 2707, mars 2010, non publié ; J. Haberko, A. Grabiński, *L'intérêt de l'enfant à naître en assistance médicale à la procréation : regards croisés franco-polonais*, Médecine et droit 2011, p. 167-173

destruction des embryons (1), mais les embryons peuvent faire l'objet d'une *« adoption prénatale »* (2).

1. La conséquence négative : la destruction des embryons

336. L'arrêt de la conservation peut intervenir en vertu de la loi. Dans cette hypothèse, la destruction est subordonnée à une condition de durée de conservation d'au moins cinq ans. La loi suit ici l'attitude du couple. La conservation sera donc interrompue en vertu de l'article L.2141-4 *« S'il n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce qu'il soit mis fin à la conservation de leurs embryons »*. L'arrêt de la conservation intervient en cas de *« désaccord des membres du couple sur le maintien du projet parental ou sur le devenir des embryons »*. Dès lors que la poursuite du projet parental n'est pas maintenue et après l'expiration d'un délai de cinq ans, la conservation est donc interrompue. Il en est ainsi lorsque l'embryon est transmis par le couple au profit de recherches, car ensuite il ne pourra être transféré en vertu de l'article L.2151-5 du code de la santé publique. En l'état actuel du droit français, aucune disposition ne permet aux établissements de santé, après l'expiration du délai de cinq ans, de maintenir en vie les embryons dont l'arrêt de conservation a été demandé par les parents sur leur propre initiative. On constate donc que leur destruction n'est pas automatique, mais leur conservation reste limitée. Au niveau européen, le devenir des embryons congelés d'un couple séparé a été tranché par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Evans contre Royaume-Uni le 7 mars 2006[605]. Elle a jugé que l'interdiction de poursuivre la procréation par fécondation *in vitro* en cas de retrait du consentement de l'un des membres du couple ne constitue pas une violation de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il semble que le projet polonais relatif à la loi de bioéthique soit beaucoup plus restrictif, car il préconise de créer au maximum deux embryons à condition qu'ils fassent l'objet d'un transfert simultané. Dans cette perspective, la destruction sera beaucoup plus liée aux manipulations médicales qu'au désistement des parents.

337. La perte accidentelle des embryons. Naturellement, d'autres hypothèses peuvent être envisagées, par exemple la destruction accidentelle d'embryons ou la défaillance dans la conservation. Cette conservation est confiée aux établissements habilités qui ont un but non lucratif chargés de respecter des bonnes pratiques. Le projet polonais ne se prononce pas sur la question de la destruction accidentelle des embryons, ce qui permet de supposer que dans

[605] CEDH, affaire Evans c/Royaume-Uni,7/03/2006, n° 6339/05, in Dictionnaire Permanent : Bioéthique et Biotechnologies, p. 6469 ; E. Dreyer, *La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique*, Dalloz 2006, p. 748

cette hypothèse seront appliquées les règles générales de la responsabilité médicale. En France la jurisprudence administrative se prononçait en faveur de l'indemnisation lorsque les embryons surnuméraires fondent l'objet d'un projet parental. Le 6 décembre 2005, la Cour administrative d'appel de Douai a jugé que le préjudice né de la perte d'embryon par un hôpital n'est pas un préjudice indemnisable en l'absence de projet parental du couple ayant perdu ces embryons. Aucune réparation ne pourra être attribuée pour la perte d'embryons humains conservés *in vitro*[606]. De la même façon, on peut présumer qu'en cas de destruction accidentelle involontaire, aucune responsabilité de l'établissement public de santé ne sera prononcée dès que les embryons auront été abandonnés, ils ne fondent plus l'objet d'un projet parental. En revanche, en cas de cessation d'activité, le maintien en vie des embryons conservés constitue en lui-même un intérêt juridiquement protégé par l'article R.2141-1 et R.2142-1 du code de la santé publique.

2. La conséquence positive : « l'adoption prénatale » des embryons orphelins

338. Le décès d'un membre du couple. La loi du 27 juillet 1994 a privé la veuve survivante de demander l'implantation de l'embryon en cas de décès. Avec la mort, ce sont les causes de la convention portant sur la procréation médicalisée qui ont disparu. La restitution des gamètes a été donc systématiquement refusée[607]. C'est le cas de la loi du 6 août 2004, réaffirmée par la loi du 7 juillet 2011, qui dans le nouvel article L.2141-2 dispose que *« ... Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple »*. Mais l'article L.2141-4 précise que *« ... S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'eux, les deux membres du couple peuvent consentir à ce que leurs embryons soient accueillis par un autre couple ... »*. La disposition indique donc précisément quel est le profil des potentiels destinataires : ils sont vivants. Ce profil sera le même que pour un couple demandeur d'origine. Le survivant est consulté en vertu de l'article L.2145-5 du code de la santé publique *« par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple »*. Logiquement, il s'agit donc des embryons congelés surnuméraires. En revanche, l'article L.2141-6 dispose que *« le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives »*. Une seule dérogation légale sera dictée par la nécessité thérapeutique qui

[606] CAA de Doua, 6 décembre 2005, n° 04DA00376, Dictionnaire Permanent de Bioéthique et des Biotechnologies, p. 6525 ; AJDA 2006, p. 442 et s.
[607] De très nombreuses décisions le témoignent : TGI de Créteil, JCP, éd. gen., 1984, II, 20321, TGI de Toulouse du 26 mars 1991, LPA, 26 avril 1991, p. 4 ; TGI de Toulouse du 11 mai 1993, JCP, éd. gen., 1995, II, 22472, note C. Neirinck

autorise le médecin d'accéder aux informations médicales non identtifiées concernant le couple ayant renoncé à la procédure.

339. Le décès d'un membre du couple et l'interdiction de la procréation posthume. La survie de la mère après le décès du père n'ouvre pas de droit à l'insémination posthume. En l'état actuel du droit français et en vertu de l'article L.2141-5 du code de la santé publique issu de la loi du 7 juillet 2011, si les veuves désirent assurer la survie et le développement de l'embryon congelé, elles doivent accepter l'accueil de leur embryon par un autre couple. Aucune disposition testamentaire, ni le remariage éventuel n'ouvrent le droit au transfert de l'embryon provenant de liaison avec le mari décédé. La Cour de Cassation a tranché le 9 janvier 1996 que même si le mari gravement malade manifeste sa volonté de transférer l'embryon lors de la procédure de la procréation médicalisée, et qu'il décède avant que l'implantation n'intervienne, le transfert ne peut plus être réalisé[608]. Le transfert pourra être interdit en Pologne si la loi bioéthique est votée, car l'article 24§1 du projet propose d'interdire le transfert en cas de décès de la mère biologique ou, selon l'article 21§3 lorsque le donneur de gamètes est décédé, ce qui exclut définitivement toute implantation post mortem.

340. Le décès des deux parents. Il faut se demander, si dans cette hypothèse particulière, l'embryon conçu *in vitro* doit être impérativement détruit. Qui devra décider du sort des embryons ? Il semble qu'aucun dispositif ne règle cette question. Peut-on donc *« hériter »* des embryons congelés, sachant qu'en vertu de l'article 16 du code civil, le corps échappe au champ du droit patrimonial ? Les articles L.2141-5 et L.2141-6 du code de la santé publique permettant également, à titre exceptionnel, aux deux membres du couple ayant eu recours à la procréation médicalement assistée de consentir par écrit à l'accueil des embryons congelés par un autre couple ne vont pas s'appliquer car il s'agit des parents vivants. Le législateur français n'intervient pas sur cette question, ce qui ne permet pas, par exemple, aux parents du couple défunt *« d'adopter »* les embryons orphelins. Ce vide pourra éventuellement faire l'objet d'une nouvelle disposition. A ce titre, on ne peut accepter une loi qui autorise *« l'adoption »* des embryons dont les deux parents ont disparu de manière naturelle ou accidentellement, mais qui ont laissé une disposition écrite permettant de mettre leur embryon en situation d'accueil. Sans doute, une telle solution permettra d'éviter la destruction des embryons congelés après l'expiration du délai légal de cinq ans. Une telle législation semble être également envisageable à l'égard de la loi déjà existante car le droit civil connaît des dispositifs concernant le cadavre humain. Actuellement, la mort fait obstacle à la

[608] Cass. Civ., I Chambre civile du 9 janvier 1996, Dalloz 1996, p. 26 ; JCP, éd. gén., 1996, II, 22666, note C. Neirinck ; Dalloz 1996, p. 376, note F. Dreifuss-Netter ; Defrémois 1996, art. 36300, note J. Massip

poursuite de la procréation médicalisée et l'implantation posthume. Une telle adoption pourrait combler les besoins de parentalité chez de nombreux couples demandeurs.

341. La protection pénale accordée à la vie en formation n'est pas similaire ne France et en Pologne. Les deux systèmes juridiques ont leur propre représentation pénale de l'embryon humain (Section 2).

SECTION 2
La dimension pénale du droit à la reproduction : la représentation pénale de l'embryon humain et la protection de la filiation

342. Présentation. La banalisation des embryons humains, des gamètes et des cellules embryonnaires, leur considération comme de simples matériaux biologiques utilitaires est dangereuse pour la société. Dans cette optique, la loi pénale se dirige vers la valorisation du genre humain. La particularité d'une intervention telle que la procréation médicalement assistée tient au fait que, d'une part, on assiste à la surcréation d'embryons et d'autre part, le praticien utilise l'ovule et le sperme en grande quantité. C'est à ce moment, que les législateurs ont opté pour le refus de la marchandisation de la reproduction humaine.

343. L'objet de la protection pénale. Dans le cadre de la procédure de la procréation médicalement assistée, la loi pénale s'oriente dans une double direction. En premier lieu, elle comporte des dispositions qui concernent la phase anté-natale et destinés à protéger les gamètes et les embryons humains (art. 511-19-2 du code pénal français). En deuxième lieu, elle protège la filiation de l'enfant après sa naissance (art. 227-12. du même code). La loi polonaise est marquée par une disposition de l'article 157a qui reste insatisfaisante dans la mesure où elle ne garantit aucune protection directe et réservée à l'embryon *in vitro.* L'article 38 de la Constitution ainsi que la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel confirment que la protection juridique s'entend pour les enfants conçus se trouvant dans la phase prénatale, sans indiquer expressément l'embryon i*n vitro*. La représentation pénale de l'embryon fait référence à la finalité de l'assistance médicale à la procréation, ou à son intégrité biologique (§ 1). La représentation civile de l'embryon humain se traduit par référence aux règles de la filiation. L'absence d'une harmonisation au niveau européen et la difficile accessibilité pratique ont conduit au développement du tourisme procréatif à l'échelle internationale qui séduit de plus en plus de nombreux demandeurs (§ 2).

§ 1 : La prise en compte de l'intérêt de l'embryon humain

344. Présentation. L'enfant reste toujours le symbole de l'innocence, l'objet de toute attention de ses parents. Il convient de souligner, que pour l'embryon *in vitro* et *in utero*, il existe une réalité autrement plus complexe et marquée par un discours bioéthique souvent volontairement ambivalent. Sur le terrain de la pratique, l'embryon *in vitro* est parfois assimilé au matériel biologique créé en vue d'explorer les potentialités dans un double chemin. Soit il sera prédestiné à l'intégration sociale après sa naissance, soit il va servir à améliorer la future intégration sociale des autres embryons (médecine prénatale, embryologie). La lecture des codes pénaux français et polonais montre que le droit criminel réagit en fonction de la *summa divisio* classique. D'une part, ils pénalisent les *« violences »* éventuellement subies par l'embryon *in vitro.* D'autre part, ils dépénalisent un certain nombre d'actes jugés légalement permis, voire au service des intérêts supérieurs. A un stade si précoce de développement, tel que le stade *in vitro,* parler d'une véritable intégrité physique de l'embryon humain semble être inapproprié. En réalité, il s'agit d'une intégrité biologique. Les législateurs se sont prononcés également sur la situation juridique des gamètes ; ils différencient la situation pénale de l'embryon humain en fonction à la fois de son environnement biologique et du stade de la procédure de l'assistance médicale à la procréation. L'embryon humain est pénalement représenté par référence à la finalité de la procréation médicalement assistée (A), et par référence à son intégrité biologique (B)

A. La représentation pénale de l'embryon humain par référence à la finalité de l'assistance médicale à la procréation

345. Présentation. L'article 12 du projet polonais relatif à la loi de bioéthique dispose que *« Le recours à la procréation médicalement assistée devra être justifié par des indications médicales et le bien-être de l'enfant »*. En France, l'assistance médicale à la procréation est définie par l'article L.2141-1 du code de la santé publique comme des *« pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle »*. L'approche polonaise se soucit de l'intérêt de l'enfant (1). Alors qu'en France c'est plus la finalité de procréer qui prime, car le droit pénal protège l'embryon contre les détournements

d'embryon à des fins commerciales, industrielles ou expérimentales (2),

1. Vers une meilleure prise en compte de l'intérêt de l'enfant à naître

346. La notion de l'intérêt de l'enfant à naître en droit français. La situation de l'enfant à naître lors de la procédure de procréation médicalisée va être analysée sous un double angle, d'un point de vue biologique et d'un point de vue d'environnement. Les notions de l'intérêt de l'enfant ou de bien-être de l'enfant ne sont pas connues en droit pénal français. Selon l'article 3 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant ratifiée par la France et par la Pologne, *« l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »*. Il faut donc transposer l'intérêt général de l'enfant à celui de l'enfant à naître en matière de procréation. L'approche du droit français est implicite. Le contenu de la notion en question se construit indirectement par référence à l'environnement familial. L'article L.2141-10 du code de la santé publique évoque cette notion dans deux situations liées à la condition familiale. En premier lieu, le recours à la procédure de procréation assistée est refusé lorsque le médecin constatera que les parents demandeurs n'ont pas rempli les conditions légales. Leur s motivations sont étudiées. En deuxième lieu, le médecin après avoir consulté une équipe pluridisciplinaire, peut proposer aux demandeurs un délai supplémentaire de réflexion jugé nécessaire pour la décision finale. Les pénalistes, sensibles au principe d'autonomie du droit pénal, devront éviter toute référence au droit civil. L'intérêt de l'enfant à naître ne devra pas être écarté. Comme il a été souligné par le Ministre d'État et Garde des Sceaux, Madame M. Alliot-Marie, *« c'est un principe abstrait et difficile à appréhender, mais nous y sommes très attachés »*, il permet donc *« d'apprécier la frontière entre les procréations médicalement assistées susceptibles d'être autorisées et les interventions biomédicales qui reviendraient à consacrer une sorte de droit à l'enfant »*[609]. Pour Madame A. Dionisi-Peyrusse, la notion de l'intérêt de l'enfant à naître est très abstraite et pour cette raison elle est restreinte dans la loi du 7 juillet 2011[610]. Selon Madame A. Mirkovic, le besoin de paternité tout en restant une cause noble, ne doit pas signifier que l'intérêt de l'enfant soit *« sacrifié par l'impatience des adultes »*[611]. Pour elle, l'engagement dans le temps souvent précaire au sein des couples libres et même pacsés reste une condition essentielle permettant de privilégier la perspective d'une plus grande stabilité pour l'enfant. Cette position n'est pas partagée par Monsieur J.-B.

[609] Rapport du Sénat n° 2235 par J. Leonetti, 10 janvier 2010, p. 23
[610] A. Dionisi-Peyrusse, *Assistance médicale à la procréation dans la loi du 7 juillet 2011*, AJF, octobre 2011, p. 495
[611] A. Mirkovic, *Première lecture du projet de loi bioéthique : l'intérêt de l'enfant sacrifié à l'impatience des adultes ?*, Dalloz 31 mars 2011, n° 13, p. 892-893

Thierry, qui estime que le statut civil du couple importe peu, dès que les conditions légales d'accès à la procréation médicalisée n'ont pas été réduites[612,]. Le recours à la notion de l'intérêt de l'enfant n'est pas toujours explicite en droit français, mais il reste un critère pour poser les limites à l'accès à la procréation médicalisée et aux recherches sur embryon. Dans cette première hypothèse, l'article L.2141-6 du code de la santé publique a gardé l'intervention de l'autorité judiciaire dans la procédure de l'accueil de l'embryon. Il dispose : *« Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L.2141-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique »*. Cette disposition mentionne donc l'intérêt de l'enfant à naître en cas de don d'embryon. En pratique, on peut supposer que le magistrat va se pencher sur le contenu du dossier médical et proposera un entretien avec le couple-demandeur. Dans la deuxième hypothèse, la recherche sur l'embryon est toujours interdite, mais permise à titre exceptionnel lorsque, selon l'article L.2151-5, elle permet de *« développer les soins au bénéfice de l'embryon et à améliorer les technique d'assistance médicale à la procréation ne portant pas atteinte à l'embryon »*.

347. La notion de bien-être en droit polonais. Les propositions législatives relatives à la loi de bioéthique en Pologne évoquent la notion de bien-être de l'enfant. Cela s'inscrit dans la tradition de droit polonais où l'intérêt de l'enfant tout comme la protection de la famille ont une valeur constitutionnelle[613]. On peut observer qu'il y a des ressemblances entre le projet polonais et la législation britannique en vigueur[614]. L'évaluation du bien-être constitue au Royaume-Uni un critère intégré, déterminant l'accès à la procédure et évalué par Human Fertilisation end Embryology Authority. Il convient d'observer qu'en Pologne, aucun article du projet de la loi de bioéthique ne fait de précisions sur la notion en question. Elle est mentionnée pour la première fois dans l'article 3 du projet à caractère introductif « *Cette loi protège la dignité humaine, le bien-être de l'enfant, la famille et le mariage* ». Tout comme chez les Britanniques, l'article 12 du projet dispose : *« le bien-être de l'enfant constitue une des indications du recours à la procréation médicalement assistée »*. Les articles 9 et 10 du projet proposent d'interdire la création d'embryons en dehors du corps de la femme à des fins

[612] J.-B. Thierry, *Présentation de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*, éd. Lamy, coll. Droit de la santé, chronique, n° 109, septembre 2011

[613] Le principe de l'intérêt de l'enfant est l'un de plus fondamental en droit polonais, inscrit dans la Constitution, le code de la famille. Comme indique T. Sokołowski, les parents doivent assurer les conditions convenables de la vie aussi bien sur le plan physique, que spirituel, in T. Sokołowski, *Droit de la famille*, Poznań 2006, p. 123

[614] M. Gałazka, *Droit pénal face à la procréation réalisée hors de l'organisme*, Lublin 2005, p. 248

autres que leur transfert *in utero*. Dans le même esprit, l'article 11 affirme, que les recherches génétiques sur l'embryon humain ne sont accessibles que exceptionnellement pour des raisons thérapeutiques ayant pour finalité le bien-être de l'enfant. En vertu de l'article 16 du projet, le Président du Conseil National de Biomédecine peut, en se référant au bien-être de l'enfant, accorder l'accès exceptionnel à la procédure à une femme qui a dépassé l'âge légal de 40 ans à condition d'avoir moins de 45 ans. Dans cette hypothèse, on voit que le problème à résoudre est celui d'un conflit positif entre les désirs concurrents des parents et le bien-être de l'enfant. L'article 29 du projet polonais est une disposition unique qui illustre la prise en compte directe de l'intérêt de l'enfant. Selon cet article, l'enfant devenu adulte peut accéder aux informations le concernant ainsi que ses parents génétiques (art. 29§2), ou peut faire effacer ces données à sa demande (art. 29§3).

2. Les activités médicales pénalement prohibées

348. La protection pénale de finalité de la procréation médicalisée. La protection pénale de la finalité de la procréation médicalisée est directement indiquée dans l'article 511-24 du code pénal car « *Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L.2141-1 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ». La finalité médicale a été réaffirmée par la loi du 7 juillet 2011 dans l'article L.2141-1 du code de la santé publique. L'assistance médicale à la procréation, selon cet article, inclue des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des embryons, des tissus germinaux, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle. La répression est également prévue dans le projet polonais de loi de bioéthique : l'article 55 propose une peine d'amende, une peine restrictive ou privative de liberté jusqu'à 2 ans en cas d'atteinte à la finalité de la procédure ou lorsqu'elle sera réalisée en violation de règles de l'art médical. Une aggravation est prévue en fonction du résultat dommageable, à savoir la peine est de 3 ans, si l'embryon est détruit suite aux procédures illégalement entamées. Selon l'article 52, le fait de créer un embryon humain hors de l'organisme de la mère en violation de la loi sera puni d'une peine d'amende, restrictive ou privative de liberté en cas de création des chimères et des hybrides, les peines vont jusqu'à 5 ans.

349. Le marché des embryons et des gamètes. La marchandisation des gamètes et des embryons humains est prévue à l'article 54§3 du projet et est punie d'une peine d'amende et d'emprisonnement allant jusqu'à 3 ans. Son équivalent français est l'article 511-15 du code

pénal qui dispose *« Le fait d'obtenir des embryons contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 1 000000 euros d'amende »*.

350. La finalité de la procréation médicalisée et l'acharnement procréatif. Comment définir l'acharnement procréatif en absence de toute précision juridique textuelle ? La doctrine polonaise le décrit comme une sorte de *« violence reproductive »*. Les codes pénaux, tout en regroupant un certain nombre de délits et de crimes associés à la procréation, n'utilisent pas cette formulation. Il semble que pour le besoin de la définition, plusieurs éléments référentiels doivent être pris en compte. Cette notion *« d'acharnement »*, dans sa dimension usuelle, implique simplement une volonté démesurée. Dans notre cas de figure, les parents tentent de transformer leur légitime désir d'enfant en un droit à l'enfant. Cette revendication de l'amour de soi à travers l'autre est submergée par la technicité de la procréation asexuée[615] Les risques médicaux sont nombreux, on note également qu'ils ne sont encore entièrement évalués. Dans un premier temps, c'est la mère qui sera exposée directement aux procédés médicaux pouvant aggraver sa santé puis celle de l'embryon[616]. La lutte contre cet acharnement procréatif se développe de deux façons : c'est-à-dire individuelle et collective. Individuellement, elle consiste à l'interdiction de certaines pratiques lors de la procédure de la procréation médicalisée. Collectivement, elle s'exprime par la condamnation du tourisme procréatif et du commerce lucratif qui l'accompagne.

B. La représentation pénale de l'embryon humain par référence à son intégrité biologique

351. Présentation. Les précisions concernant l'intégrité biologique de l'embryon développées dans le projet de la loi de bioéthique se rapprochent des dispositifs français dans les articles 511-15 et s. du code pénal. La particularité du processus de la procréation médicalisée veut qu'il soit inévitable de créer un certain nombre d'embryons surnuméraires. Ces derniers se caractérisent par une grande fragilité organique[617] ; par conséquent, leur protection pénale

---

[615] S. Bauzon, *La personne biojuridique*, éd. PUF, coll. Quadrige 2006 ; F. Héritier, *Masculin, féminine. Dissoudre la hiérarchie*, Paris, éd. Odile Jacob 2002, p. 248 ; D. Le Breton, *Adieu au corps*, Paris 1999, p. 69 ; Interview avec l'ancien Président du Comité consultatif national d'éthique D. Sicard, *Acharnement procréatif, où est l'intérêt de l'enfant ?*, L'express du 16/1/2003 et Le Figaro du 16/11/2004

[616] La mère risque plus particulièrement : la grossesse multiple suite à l'hyperstimulation ovarienne, le risque cancérigène sur les ovaires, allergies, les complications de la ponction. Ces opérations peuvent nuire à la mère. L'embryon risque avant tout de nombreuses malformations graves, qui peuvent conduire à son élimination, http://www.genetique.org/doss_theme/dossiers/amp/risque

[617] S. Wolczyński, *L'infertilité* (sous la dir.) T. Pisarski, M. Szamatowicz, Varsovie 1997, p. 315-316 ; H. Bartel, *Embryologie*, Varsovie 1999, p. 80 ; M. Dhont, *L'embryon humain, données épidémiologiques de la Belgique* in *L'embryon humain in vitro*, éd. Bruxelles, 1997, p. 26 ; C. Thibault, P. Tambourin, *État des connaissances sur la reproduction des mammifères et de l'homme et sur utilisation des cellules*, in Conseil

sert à assurer les conditions de la conservation et du transfert. Cette protection reste néanmoins faible dans la mesure où les embryons surnuméraires se transforment en pratique en un matériel biologique sélectionné en fonction de sa qualité. Les lois française et polonaise sont sur ce point similaires (2). Cependant, le droit français offre une protection pénale de l'embryon qui est beaucoup plus précise et avancée par rapport à la rédaction ambiguë de l'article 157a du code pénal polonais (1).

1. La rédaction ambiguë de l'article 157a du code pénal polonais

352. La référence directe à l'enfant conçu. Théoriquement, l'embryon humain a pu être pénalement protégé pour la première fois sous le fondement de l'article 156a§1 de l'ancien code pénal introduit par la loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale, la protection de l'enfant conçu et l'interruption volontaire de grossesse[618]. Après la réforme du code pénal en 1999, c'est l'article 157a qui évoque directement la notion de l'enfant conçu. Le contenu de cette disposition peut être légitimement considéré comme imprécise et provoquant, à très juste titre, des polémiques doctrinales. Deux approches interprétatives s'affrontent ici[619]. La première reconnaît que la fécondation *in vitro* peut être encadrée par cet article, la deuxième estime que l'article 157a ne concerne que les embryons déjà implantés[620].

353. Pour de nombreux auteurs polonais[621], la norme suprême permet de protéger

---

d'État : *Les lois de bioéthique cinq ans après,* Paris 1999, p. 252-253

[618] Code pénal du 19 avril 1969, Journal des Lois 1969, position 94 avec les modifications postérieures

[619] Les auteurs qui se prononcent contre l'application de l'article 157a du code pénal aux embryons conçus *in vitro :* R. Trzaskowski, *Opinion sur les conséquences civiles de la modification de l'article 38 de la Constitution*, Le Bureau de Sejm 2007, p. 44 ; J. Strzebińczyk, *L'élargissement des droits personnels de l'enfant en phase prénatale,* État nouveau 1998, n° 10-12, p. 81 ; E. Zielińska, *Opinion sur la modification de l'article 38 de la Constitution Polonaise,* Le Bureau du Seim 2007, p. 11-16

[620] Les auteurs qui se prononcent favorablement à l'application de l'article 157a du code pénal à l'égard des embryons *in vitro :* M. Safjan, *Le droit face aux interventions dans la procréation humaine,* Varsovie 1990, p. 391 ; K. Wiak, Droit pénal polonais et l'enfant conçu, in *Ius et Lex*, Lublin 2002, p. 108 ; M. Zelichowski, *La subjectivité de l'homme dans la phase embryonnaire,* CDPSC1997, n° 1, p. 109 ; M. Gałazka, *La protection pénale de l'embryon humain in vitro,* Parquet et droit 2007, p. 23-40 ; D.-M. Damska, *Le droit polonais et la problématique de la réglementation de la fécondation in vitro,* Droit et médecine 2008 ; A. Cisek, J. Mazurkiewicz, *L'élargissement des droits personnels de l'enfant en phase prénatale,* État Nouveau 1998, n° 10-12, p. 81

[621] L. Garlicki, *Commentaire de la Constitution de la République de Pologne,* Varsovie 2003, p. 7 ; P. Wińczorek, *Commentaire de la Constitution Polonaise,* Varsovie 2000, p. 58 ; J. Giezek, *Les Constitutions Polonaises et le commentaire à la Constitution de 1997*, Wrocław 1998, p. 78 ; A. Zoll, *Les frontières de la légalité des actes médicaux,* Droit et médecine 1999, n° 1, p. 31 ; Sur la protection de l'enfant conçu *in vitro* en général : M. Safjan, *Développement contemporaine de la médecine et la protection de l'enfant conçu,* Études juridiques 1988, cahier 3, p. 128 ; Z. Czarnik, J. Gajda, *La protection juridique de l'enfant conçu in vitro et se trouvant en dehors de l'organisme de sa mère,* État Nouveau 1990, n° 10-12, p. 104 ; M. Safjan, *Droit et les interventions à la procréation humaine,* Varsovie 1990, p. 391 ; J. Lipski, *Opinion sur le statut de l'homme avant la naissance dans la jurisprudence de la CEDH,* Le Bureau du Sejm 2007,

l'embryon humain au même titre que la norme pénale. L'article 18 de la Constitution dispose *« La République de Pologne assure à chacun la protection de la santé »*. Le Tribunal Constitutionnel se prononça favorablement à une interprétation extensive de cet article ; il a reconnu la protection constitutionnelle dans la phase prénatale, sans aucune indication sur les fécondations *in vitro* à deux reprises, le 28 mai 1997[622] et le 7 janvier 2004[623]. Quels sont les arguments permettant d'appuyer l'application de cette disposition dans le contexte de la fécondation *in vitro* ? L'article 157a du code pénal ne se prononce pas directement sur la fécondation *in vitro*. La situation concernant cette disposition reste indépendante de l'existence ou non d'une grossesse, cette dernière n'est pas mentionnée. Le législateur polonais applique une expression *« les atteintes graves »* à la santé de l'enfant conçu. Le type aggravé d'une telle atteinte consiste à bloquer la possibilité de naissance[624]. Actuellement, l'article 157a du code pénal prévoit dans son paragraphe 1 que *« Qui provoque une atteinte à l'intégrité corporelle ou la santé qui menacent la vie de l'enfant conçu, sera puni d'une peine d'amende, d'une peine restrictive ou privative de liberté allant jusqu'à 2 ans »*. Pour Monsieur M. Żelichowski, le principe *lege non distinguente* exige que la notion de l'enfant conçu soit appliquée à tous les embryons indépendamment de la façon et du lieu où ils ont été conçus[625]. Le contenu de l'article 157a du code pénal ne précise pas quelle est la nature de l'intervention médicale ; donc il peut s'agir de diagnostics anténatux sur l'embryon lui-même aussi que sur les cellules souches[626]. Madame M. Gałazka s'interroge également sur la personne pouvant être pénalement responsable lorsque la destruction de l'embryon est causée par la privation de la possibilité de l'implantation ? L'article 157a n'apporte aucune réponse directe à cette question. Pour Messieurs J. Majewski et W. Wró bel, une telle responsabilité ne peut être recherchée lorsque l'implantation ne peut être techniquement ou biologiquement possible[627]. En vertu de l'article 39 du code d'éthique médicale, *« le médecin est responsable*

---

p. 137-142 ; M. Safjan, *Les méthodes permettant résoudre les problèmes de la bioéthique*, Parquet et droit 1992, n° 5 ; T. Smyczyński, *Droit familiale, La filiation de l'enfant issu de la procréation médicalement assistée*, Varsovie 2003 ; M. Nesterowicz, *Procréation médicalement assistée, la nécessité d'une réglementation*, Droit et médecine 2008 ; M. Nesterowicz, *Droit médica*l, Toruń 2005, p. 211 ; M. Nesterowicz, *Problèmes juridiques de l'insémination artificielle*, Droit et médecine 2002, n° 4, p. 31 ; H. Kwiatkowska, *Les recherches sur les cellules souches*, Droit et médecine 2005, n° 5, p. 106 ; J. Zaremba, *L'aspectes juridiques d'utilisation des cellules souches embryonnaires*, Droit et médecine 2003, n° 3, p. 81

[622] TC de Pologne du 28 mai 1997, K 2/97, OTK ZU n°2/1997, position 19 ; Également dans les décisions précédentes : Décision rendue le 17 mars 1993, W 16/92, OTK 1993, première partie, position 16 ; Décision rendue le 7 octobre 1992, U 1/92, OTK 1992, deuxième partie, position 38 ; Décision du 15 janvier 1991, U 8/90, OTK 1991, position 8

[623] TC de Pologne du 7 janvier 2004, K 14/03, OTK ZU n° 1/2004

[624] M. Gałazka, *La protection pénale de l'embryon in vitro*, Parquet et droit 2007, p. 24

[625] M. Zelichowski, *La subjectivité juridique de l'homme dans la phase embryonnaire et prénatale*, CDPSC 1997, n° 1, p. 110

[626] M. Żelichowski, *L'appréciation de la protection pénale du traitement des cellules souches embryonnaires*, CDPSC 2000, n° 2, p. 80

[627] J. Majewski, W. Wró bel, *La protection pénale de l'enfant conçu*, État et droit 1993, n° 5, p. 37-38 ; L.

de la santé de la femme et de son enfant ». On peut donc déduire qu'il devra garantir le respect de l'intégrité biologique de l'embryon *in vitro*. Il convient toutefois de remarquer que dans une phase précoce de la vie embryonnaire, il est très difficile de contrôler toutes les conditions biologiques. En conclusion, on constate que la rédaction de l'article 157a du code pénal polonais doit être jugée insatisfaisante. L'intégrité biologique de l'embryon *in vitro* est, en revanche, prise en compte directement et dans une logique de prévention, par l'article 18§2 du projet de la loi bioéthique qui interdit le recours au processus de procréation médicalisée lorsqu'ils existent des contre-indications médicales à l'implantation. Dans ce cas, selon l'article 22§1, ces embryons seront destinés à la conservation en vue d'une procréation médicalisée ultérieure. L'article 6 propose d'interdire la destruction de l'embryon humain et prévoit, à l'article 53 du projet de la loi de bioéthique, une peine privative de liberté de 3 mois à 5 ans d'emprisonnement.

2. La faible prise en compte des embryons surnuméraires

354. La prise en compte des embryons en fonction du stade de la procédure. La situation des embryons *in vitro* et *in utero* en surnombre est différemment établit en fonction du stade de la procédure de procréation médicalisée et de la nature de l'environnement biologique dans lequel l'embryon se trouve. Les législateurs français et polonais se sont prononcés différemment sur la légalité de la création et du stock d'embryons dits surnuméraires. Leur destin et leur situation médico-pénale doivent être analysés dans deux hypothèses : avant et après l'implantation utérine.[628] Il convient d'abord d'observer que l'article L.2141-3 du code de la santé publique pose le principe selon lequel il est parfaitement légal de procéder à la création d'un nombre d'embryons supérieur à celui des embryons qui peuvent être implantés[629]. Cette règle générale reste en contradiction avec les propositions de la loi bioéthique en Pologne. Un seul article du projet évoque la création d'embryons. En vertu de l'article 21§1 lors du processus de procréation médicalement assistée, il est permis de créer un seul embryon uniquement dans le but de le faire implanter dans l'utérus de la mère. L'article 21§2 permet exceptionnellement de créer deux embryons à condition de les implanter simultanément dans l'organisme de la femme. Logiquement, cette réglementation

---

Gardocki, *Droit pénal*, Varsovie, éd. CH BECK 2006, p. 70-72

[628] En ce qui concerne la France, déjà le 24 juin 1984 le Comité Consultatif National d'Éthique préposait sagement d'encadrer normativement les réductions embryonnaires et fœtales

[629] L'article L. 2141-3 du code de la santé publique dispose : « *compte tenu des techniques médicales, les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons sans l'intention de réaliser ultérieurement leur projet parental* »

polonaise, encore en phase prénormative, n'est pas à l'abri de toute contestation. Par rapport aux dispositions françaises, une double critique semble être justifiée. D'une part, l'ensemble des propositions législatives préparées par la Commission Spéciale pour la Bioéthique présidée par Monsieur le député J. Gowin, est relativement plus restrictif au niveau de l'accès à la procréation médicalisée en comparaison avec les dispositifs français. D'autre part, la permission limitée de créer seulement deux embryons, peut augmenter le risque de répétition de la procédure et des contraintes qui les accompagnent. La législation française est marquée par une plus grande souplesse ; elle règle la situation des embryons surnuméraires soit par référence à l'évolution du projet parental, soit par rapport aux circonstances de la conservation. Aucune disposition pénale française ne protège les embryons en surnombre. Actuellement, le *« couple dont les embryons ont été conservés ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation in vitro avant le transfert de ceux-ci sauf si un problème de qualité affecte ces embryons »*. La survie ou la destruction dépend donc plus de la dissolution du couple ou de l'abandon du projet parental.[630] Les dispositions médicales ont imposé une sorte de délais de péremption de cinq ans auquel un dernier obstacle reste la volonté commune des deux membres du couple. Enfin, la pratique jurisprudentielle témoigne de l'impossibilité d'obtenir des réparations au titre de la destruction accidentelle des embryons surnuméraires par les parents après l'abandon de leur projet parental.[631] Le 6 décembre 2005, la Cour administrative de Douai réaffirmait cette position en précisant que ces embryons ne sont pas des êtres humains ni des produits humains, ayant le caractère de chose sacrée, ni de choses ayant une valeur patrimoniale.[632]

355. Les embryons in utero, après l'implantation dans l'utérus, peuvent également devenir surnuméraires. Les réductions embryonnaires et fœtales vont intervenir au titre d'une simple prestation médicale, sans aucune disposition normative. Dans tous les cas de figure, ces réductions constituent un phénomène grandissant notamment après le recours à la procréation médicalisée. La réduction est effectuée après l'implantation qui a crée une grossesse multiple, qui elle-même n'est pas définie de manière précise. Quel que soit le nombre d'embryons ou des fœtus, on peut admettre, au regard de la pratique médicale, que la grossesse multiple est celle composée au moins de deux embryons. Les causes peuvent être tout à fait naturelles.

---

[630] Sur ce point, c'est le code de la santé publique qui régit la question dans les articles L. 2141-4 et L. 2141-4. Cependant, en ce qui concerne des embryons conçus avant 1994, le Conseil Constitutionnel se prononcé positivement pour la destruction de ces embryons. Il a estimé que le principe d'égalité ne s'applique à ces embryons, leur destruction a été assortie cependant de nombreuses garanties

[631] Tribunal administrative d'Amiens du 9 mars 2004, affaire Tellier contre CHU Amiens, n° 02-141451

[632] CA de Douai du 6 décembre 2005, n° DA 00376 ; A. Laude, B. Mathieu, *Droit de la santé*, éd. PUF 2009, p. 622 et 623

Mais l'approche statistique témoigne de l'existence d'un lien de causalité direct entre l'apparition de grossesses multiples et le recours aux techniques d'assistance médicale à la procréation. Notamment en raison de la stimulation ovarienne et de la fécondation *in vitro*.[633]

356. Les embryons surnuméraires en France et la prise en compte de l'intégrité biologique de l'embryon. En France, depuis de la loi du 7 juillet 2011, l'accord concernant la création des embryons surnuméraires semble être définitivement acquis auprès des parents qui sollicitent le recours au processus de la procréation médicalisée. La recherche autorisée sur l'embryon humain concerne d'ailleurs exclusivement des embryons surnuméraires conçu *in vitro* lors d'une procédure d'assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental. En France et en Pologne, aucune production et aucun stockage d'embryons supplémentaires destinés aux recherches ne sont permis. L'article L.2141-1 du code de la santé publique dispose de manière générale : *« La stimulation ovarienne, y compris lorsqu'elle est mise en œuvre indépendamment d'une technique d'assistance médicale à la procréation, est soumise à des règles de bonnes pratiques fixées par arrêté du ministre chargé de la santé »*. A titre exceptionnel, l'article L.2151-5 du code de la santé publique dispose désormais que pour développer les soins au bénéfice de l'embryon et améliorer les techniques d'assistance médicale à la procréation, une recherche pourra être menée *in utero* sur l'embryon conçu *in vitro*.

357. Le fondement pénal permettant d'encadrer la réalité médicale. Dans l'hypothèse de l'interruption thérapeutique de grossesse, les lois pénales ne précisent pas s'il s'agit d'une suppression singulière ou multiple. Les deux Professeurs polonais, Messieurs M. Filar et K. Wiak pensent qu'il est acceptable d'insérer la protection pénale des embryons surnuméraires dans le champ de l'article 157a§1 du code pénal, qui quant à lui assure la protection pénale des êtres humains en phase prénatale de développement. A l'appui de leur raisonnement; ils évoquent la maxime *« a minore ad maius »*[634]. Il semble, pour autant, que cette interprétation

---

[633] L'assistance médicale à la procréation, la maternité et la parentalité, Saisie du 28 novembre 2008, la Section du Droit Médical de l'Université Jagielloński à Cracovie. Parmi les méthodes les fréquentes il convient énumérer deux : l'insémination homologue (AIH) avec le sperme du mari de la femme qui devient donc le père biologique et légal de l'enfant et l'insémination hétérologue (AID) réalisée avec le sperme provenant d'un autre homme que le mari de la mère, un donateur anonyme. Dans certains pays tels que Israël et Italie cette dernière pratique a été interdite par la loi essentiellement pour des raisons religieuses. La troisième et les plus utilisables techniques restent la fécondation *in vitro* (FIV). D'un point de vue médicale elle s'approche à la fécondation homologue car elle aussi est réalisée dehors de l'organisme de la mère avec la fécondation des spermatozoïdes originaires du mari de la mère ou d'un donneur anonyme;http://prawomedyczne.blogspot.com/2008/11/prokreacja-medycznie-wspomagana.html

[634] M. Filar, *Droit pénal médical*, Cracovie 2000, p. 231-233 ; K. Wiak, *La protection pénale de l'enfant conçu*, Lublin 2001, p. 252 ; R. Krajewski, *Le délit d'atteinte à l'intégrité corporelle et à la santé de*

peut, à juste titre, intraîner des critiques. Par exemple, pour Monsieur R. Krajewski, elle ne peut être acceptée raisonnablement à l'égard d'une autre maxime fondamentale *« nullum crimen nulla poena sine lege »*, car l'article 157a§1 et §2 ne visent pas explicitement des embryons i*n vitro* mais un enfant conçu. On note donc une absence totale de réglementation sur le sort des surnuméraires en droit polonais, à part naturellement le projet de la loi bioéthique qui réduit le nombre d'embryons *in vitro* lors de la seule procédure à deux.

358. Dans ce silence normatif, il est nécessaire de savoir quelle qualification donner aux réductions embryonnaires et fœtales ? Pour répondre à la question, trois éléments doivent être pris en considération : la finalité de l'opération de la procréation médicalisée, la situation de la mère et l'état de l'embryon ou du fœtus destinés à la réduction face aux risques encourus par les autres embryons ou fœtus. Concernant la finalité de l'opération, si l'on admet que la réduction constitue une action légitimement destinée à favoriser le développement puis la naissance des fœtus normaux, les dispositions relatives à l'interruption médicale de la grossesse peuvent elles s'appliquer ? Par sa nature, la pratique des réductions n'intervient que pour des raisons médicales, mais elle ne provoque par l'interruption totale de la grossesse. Elle permet au contraire de poursuivre la grossesse dans des meilleures conditions : il n'y a donc pas interruption de grossesse. Concernant la situation de la mère enceinte, en France les réductions pourront se justifier par des raisons sociales et médicales. En Pologne, seules les raisons thérapeutiques sont juridiquement acceptables. La détresse peut être évoquée en France, notamment en raison du nombre des embryons/fœtus implantés, que la femme ne peut assumer. Après l'expiration d'un délai de 12 semaines, la réduction embryonnaire peut s'appuyer sur les indications thérapeutiques. Mais aucun des systèmes ne fait directement allusion à la réduction. Cependant, il semble que dans ce cas précis, il est possible d'appliquer l'article 157a§2 du code pénal polonais. Cette disposition dépénalise l'action médicale, donc une éventuelle réduction embryonnaire, lorsque celle-ci est la conséquence d'une intervention médicale indispensable pour la sauvegarde de la vie ou de la santé de la mère ou de l'enfant conçu. Enfin une troisième approche concerne l'état de santé de l'embryon/fœtus destinés à l'élimination. Le médecin est ici confronté à une double difficulté. D'une part, il doit identifier les fœtus atteints d'anomalie et évaluer la nature de cette dernière. D'autre part, il doit vérifier si l'anomalie en question est dangereuse pour les autres fœtus et calculer les risques de mortalité pour les fœtus en bonne santé. L'étape finale consiste à décider si le fœtus affecté par une malformation ou une pathologie génétique doit faire l'objet d'une réduction afin de favoriser le développement des autres fœtus ou si au contraire, la réduction

peut être évitée grâce à une surveillance attentive de la grossesse. Cette analyse permet de conclure qu'une réduction embryonnaire ne doit pas être assimilée à une interruption de grossesse. En revanche, elle doit être interprétée comme une pratique médicale qui s'inscrit logiquement dans le processus complexe de la procréation médicalisée. Après l'expiration des 12 semaines de grossesse, la réduction du nombre des embryons implantés dans l'utérus est dictée par une nécessité médicale, ce qui permet de retenir, dans cette situation, la qualification de l'interruption médicale de grossesse. Le projet polonais de la loi bioéthique n'a pas résolu cette incertitude. Par conséquent, une réduction embryonnaire peut être interprétée de la même façon qu'en droit français.

359. Plan. Il convient d'étudier quelles sont des incriminations des atteintes à la filiation en cas d'une procréation médicalement assistée : d'abord en droit interne et ensuite le phénomène de tourisme procréatif.

§ 2 : Les périmètres des incriminations des atteintes à la filiation

360. Présentation. Le recours à la procréation médicalisée est une décision bilatérale tenant à la volonté des parents d'intention. Face aux dérives possibles de la volonté reproductive, les enfants sont protégés, au niveau international, par l'article 7 de la Convention des droits de l'enfant qui instaure le droit à l'identité. Au niveau national, la réaction du droit pénal français est plus adaptée aux évolutions médicales et sociales alors que la loi polonaise s'est contentée d'apporter des réponses civiles. En Pologne, il n'existe encore aucune pénalisation des comportements frauduleux en matière de filiation. En France, le code pénal incrimine ce type de fraudes relatives au désir d'un enfant : ils sont regroupés parmi les atteintes aux mineurs et à la famille dans les articles 227-12 à 227-14. Il convient d'étudier la protection de la filiation en droit interne (A), ensuite les moyens de la lutte contre le phénomène de tourisme procréatif (B).

A. Les atteintes à la filiation en droit interne

361. Présentation. L'établissement de la filiation répond à un double intérêt : celui des parents et celui de l'enfant. Une perspective similaire consiste à la prise en considération de

l'intérêt de l'enfant, mais les appréciations nationales française et polonaise restent divergentes sur la question de la réglementation de la filiation. Selon Monsieur A. Vitu, l'établissement de la filiation à un double objectif : d'abord d'éviter de soustraire des mineurs à l'autorité des parents ou d'autres personnes exerçant sur eux les prérogatives de l'autorité parentale et ensuite protéger contre les atteintes à l'état civil de l'enfant.[635] La réglementation polonaise reste encore privée des dispositifs pénaux, car l'article 210 du code pénal incriminant le délit de l'abandon de mineur s'applique uniquement aux enfants déjà nés (1). Dans cette perspective, seuls les principes généraux du droit établis en droit civil peuvent être évoqués. En revanche, le législateur français a adopté un certain nombre de mesures et la loi pénale française offre une clarification beaucoup plus avancée que les dispositions polonaises (2).

1. L'absence de réaction pénale en matière de filiation en droit polonais

362. La situation actuelle incertaine. Actuellement aucune norme pénale, à l'exception du projet de la loi de bioéthique en voie de préparation, ne détaille les règles de la procédure. De ce fait, c'est uniquement le code de la famille et de la tutelle et la jurisprudence qui apportent des réponses. Plus particulièrement, on peut se référer à l'article 67 de ce code, qui a adopté le principe de la présomption de paternité fondée sur la primauté du lien biologique entre l'enfant et les parents. Mais dans le même temps, le processus de la procréation médicalisée est très particulier : la conception a lieu en dehors du corps de la femme et il convient de régler la filiation de l'embryon. Selon Mesdames A. Grabiński et J. Haberko, *« le droit de décision à l'égard de l'embryon expire au moment de la réalisation du transfert »*[636]. Deux hypothèses doivent être étudiées. D'abord celle de l'insémination hétérologue, ensuite celle de l'insémination homologue.

363. Le cas de l'insémination hétérologue. Dans le cas de l'insémination hétérologue, le mari de la mère est considéré comme le père légal de l'enfant, même si le sperme provient d'un donneur anonyme. Tant pour la doctrine[637] que pour la jurisprudence, la contestation de

---

[635] A. Vitu, *Le crime de suppression d'enfant,* Mélanges Bouzat 1980, p. 383 et s. ; F. Dreifuss-Netter, *Le désir d'enfant face au droit pénal*, RSC 1986, p. 275 et s. ; A. Vitu, *Traité de droit criminel, droit pénal spécial,* éd. Cujas 1982, n° 2145 ; A. Vitu, *La protection pénal de l'état civil de l'enfant* : in *Droit de l'enfant et de la famille*, Hommages à M.-J. Gebler, PU de Nancy 1998, p. 95 ; A. Gouttenoire, *Enfance,* Répertoire pénal Dalloz 2004 ; A. Prothais, *Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption*, JCP, éd. gén., 1997, I, 4055

[636] A. Grabiński, J. Haberko, *L'intérêt de l'enfant à naître en AMP : regards croisés franco-polonais,* Médecine et Droit, 2011, p. 173

[637] A. Dyniak, *Influence de la volonté des personnes directement concernées à créer une relation juridique*

paternité est ici une revendication contraire au principe de la vie sociale, un principe inconnu en droit français. En d'autres termes, le déni de paternité n'est pas recevable si l'enfant a été conçu suite à un traitement médical auquel le mari de la mère a donné son accord. De son côté, la Cour Suprême a évoqué, dans une résolution du 27 octobre 1983[638], que cette règle fondamentale de la coexistence sociale, qui est le pilier du droit privé polonais, doit s'appliquer à l'égard des enfants nés par insémination artificielle avec un tiers donneur. En outre, selon le juge national *« bien que le consentement à l'insémination artificielle ne peut être considéré comme équivalent à la reconnaissance de l'enfant, une telle déclaration pourrait être interprétée comme une acceptation des responsabilités de la paternité »*. Il semble évident qu'il favorise ainsi l'intérêt de l'unité et la stabilité de la famille affaiblie d'une manière objective par le recours à un tiers donneur au prix de la détermination de la paternité réelle. Cette position est majoritairement dominante dans la doctrine.

364. Le cas de l'insémination homologue. Dans le cas de l'insémination homologue, par priorité des origines biologiques, le mari est le père légal de l'enfant. En ce qui concerne le donneur, deux opinions s'affrontent dans la doctrine polonaise au point même de créer une certaine confusion. Pour certains, le primat de la vérité biologique et le principe de la vérité objective justifient la paternité légale du donneur de sperme. Les autres, au contraire déduisent du principe de l'anonymat et de l'absence de liens suffisamment fort entre le donneur et l'enfant que ce dernier ne peut être considéré comme le père biologique. L'article 19§1 du projet de la loi de bioéthique du 12 décembre 2008 ne laisse pas de doutes sur un éventuel recours à un tiers donneur, car *« dans le cadre de la procédure de la procréation médicalement assistée il est possible d'utiliser les gamètes provenant exclusivement des personnes ayant participé à cette procédure »*. L'article 16§1 du projet défini les parents comme *« un couple marié, dont l'infertilité pathologique ne peut être médicalement traitée »*. Naturellement, en comparaison avec les normes françaises, cette proposition législative apparaît assez restrictive et limitative. Néanmoins, elle reste fidèle à la règle de la coexistence sociale qui privilégie en Pologne le principe de la vérité biologique.

<u>2. Les atteintes à la filiation en droit pénal français</u>

365. Vers une double protection. La lecture attentive du code pénal français permet de noter

---

entre les parents et l'enfant en cas de la procréation médicalement assistée, LEJ, 1993, n° 2-3 ; W. Wró bel, Mariage et *in vitro*, http:://babelstein.salon24.pl/83845, malzenstwo-a-in-vitro

[638] CS de Pologne du 27 octobre 1983, III CZP 35/83; CS de Pologne du 7 juin 1971, III CZP 87/70, (OSNCP), 1972, cahier 3, position 42

l'avancement de sa législation par rapport à la loi polonaise. La filiation est protégée de deux manières. D'une part sont incriminées les incitations à l'abandon d'enfant et l'entremise non autorisée en vue d'une adoption, et d'autre part les atteintes directes à l'état civil.

366. La protection pénale de la filiation dans l'article 227-12 du code pénal. A l'évidence, l'article 227-12 peut être techniquement appliqué dans les trois cas : la provocation à l'abandonne d'enfant (art. 227-12 al.1), l'entremise en vue de l'abandonne ou de l'adoption (art. 227-12 al.2) et l'entremise entre parents d'accueil et mère porteuse (art. 227-12 al.3). Les faits peuvent concerner aussi bien l'enfant né que l'enfant à naître. L'infraction peut être commise avant, pendant et après de la grossesse. Il semble que le législateur français a voulu accorder à l'enfant une vaste protection. La provocation à l'abandon d'enfant est toujours intentionnelle. A l'évidence ce sont plus particulièrement l'entremise en vue d'adoption et l'entremise en vue de la gestation pour autrui qui peuvent s'associer à la procréation médicalement assistée et au tourisme procréatif. Le point commun de ces activités délictueuses est le but lucratif de l'entreprise. L'élément matériel consiste à l'entremise vue comme une relation d'intermédiaire entre une personne désireuse d'adopter et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître. L'article 227-12 al.3 incrimine le fait d'entremettre entre une mère porteuse et un couple ou une personne désirant avoir un enfant. Cette disposition constitue une sanction pénale de l'article 16-7 du code civil disposant, que *« toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle »*. La présence des circonstances aggravantes qui sont le caractère habituel de l'entremise et son but lucratif, servent préventivement à lutter contre des trafics internationaux d'enfant. Elles doublent la peine. A ce titre, il convient de souligner, que les familles qui ont versé des sommes considérables aux associations illégales peuvent être considérées comme les victimes malgré leur rôle délicat, mais quelque peu actif, lors de l'entremise[639]. La provocation à l'abandon est punie d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende (art. 227-12 al.1). La sanction prévue pour deux autres formes, à savoir l'entremise en vue d'une adoption et en vue d'une gestation pour autrui, est plus sévère. Elles sont punies d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Depuis la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, leur tentative est également punie des mêmes peines (art. 227-13 al.2 et al.3). L'article 227-14 dispose que les personnes morales, comme par exemple des associations de mères porteuses, peuvent être déclarées pénalement responsables pour l'ensemble des infractions visées par les articles 227-12 et 227-13 du code pénal.

[639] CA Pau du 9 mai 2001, Juris-Data n° 2001-189782 ; Cass. Crim., du 6 février, pourvoir n° 0184.408

367. La protection de la filiation dans l'article 227-13 du code pénal. L'article 227-13 du code pénal protège l'état civil de l'enfant. Les trois formes d'infraction sont ici la substitution, la simulation et la dissimulation d'enfant essentiellement liées aux circonstances de la grossesse et de l'accouchement. En droit français, c'est le Tribunal de Grande Instance qui est compétent pour établir et modifier un lien de filiation, car en vertu de l'article 319 du code civil *« en cas de délit portant atteinte à la filiation d'une personne, il ne peut être statué sur l'action pénale qu'après le jugement passé en force de chose jugée sur la question de la filiation »*. Cette exception préjudicielle n'empêche pas pour autant le ministère public déclenche en même temps une action publique. Les peines pour les infractions dans l'article 227-13 sont plus sévères que celle de l'article 227-12, la substitution, la simulation et la dissimulation sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Pour la Cour de Cassation ces infractions sont *« clandestines par nature »*[640]. Par conséquent, la substitution, la simulation et la dissimulation d'enfant sont toujours délibérées. Il est donc exclu une hypothèse dans laquelle il y a lieu une interversion entre deux nouveau-nés commis par erreur au sein d'une maternité[641].

B. Le phénomène grandissant du tourisme procréatif

368. Présentation. La dimension internationale de la filiation inspire une double réflexion axée sur les dangers que la procréation médicalisée peut susciter. L'approche classique de droit international met l'accent principalement sur l'adoption frauduleuse. Parmi les dispositions intégrées dans les deux systèmes pénaux, trois conventions constituent la base des grands principes relatifs à l'adoption : la Convention de la Haye du 28 octobre 1964, la Convention du Conseil de l'Europe du 24 avril 1967 et la Convention de la Haye du 25 octobre 1980. L'imperfection et la faiblesse de ces règles tient au fait qu'elles servent à un intérêt général consistant à contrôler l'adoption internationale par la saisine directe de l'autorité du pays concerné. Elles ne permettent pas de lutter efficacement contre le marché de gamètes et le tourisme procréatif qui l'accompagne. A l'échelle européenne l'insécurité juridique est réelle. C'est essentiellement cette insécurité qui se trouve à l'origine du phénomène de tourisme reproductif. Les futurs parents confrontés à leurs propres législations restrictives se tournent vers d'autres législations plus permissives[642]. L'approche

---

[640] Cass. Crim., 23 juin 2004, Bull. Crim. n° 173 ; Droit pénal 2004, commentaire 143

[641] M. Véron, *Droit pénal spécial*, éd. Sirey, 2010, p. 245

[642] Dans certains systèmes plus permissifs, l'activité de l'assistance médicale à la procréation s'est développée plus significativement au sein du secteur privé avec des indemnisations forfaitaires qui

internationale a pris un double visage. Soit certaines pratiques et procédés médicaux sont expressément autorisés, soit ils sont tacitement interdits[643]. La fonction lucrative du tourisme procréatif est un élément de rapprochement entre la législation française et la législation polonaise (1). L'absence d'une harmonisation du droit au niveau international a conduit à la multiplication des formes du tourisme procréatif (2).

1. Le caractère lucratif comme dénominateur commun de l'action criminelle

369. La fonction lucrative dans la norme pénale polonaise. Le caractère lucratif dans les deux systèmes pénaux s'oppose à un principe fondamental des deux droits, qui impose la gratuité de l'adoption et de dons. Le législateur polonais a choisi une option descriptive, il énumère les actions au cas par cas. Elles sont directement évoquées dans le projet de la loi de bioéthique au sein du Chapitre VI *« Sanctions administratives et pénales »*. Son article 54 propose de sanctionner plusieurs manifestations délictueuses susceptibles d'apparaître potentiellement sur un marché procréatif. Il dispose, dans le paragraphe 1, que le fait de publier les informations concernant l'acquisition, la vente ou l'aide à la transmission payable de gamètes ou d'embryons sera puni d'une amende, d'une peine restrictive de liberté ou d'une peine privative de liberté allant jusqu'à un an. Selon l'article 54§2 *« Celui qui en vue d'un avantage lucratif achète ou vend un gamète ou un embryon humain ou sert d'intermédiaire à une telle transaction, sera puni d'une peine d'emprisonnement jusqu'à 3 ans »*. L'article 54§3 sanctionne la gestation pour le compte d'autrui d'une peine d'amende, de restriction ou privation de liberté jusqu'à deux ans. Le paragraphe 4 de l'article 54 se rapproche manifestement de la construction française de l'infraction d'habitude. Il propose une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 3 ans pour ceux qui ont fait de ces pratiques un moyen constant d'existence.

370. La fonction lucrative en droit français. Cette fonction lucrative est directement visée à, l'article 227-12 al. 1 et al. 2 du code pénal. Il dispose *« Le fait de provoquer soit dans le but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à*

---

juridiquement peuvent être assimilées aux rémunérations pour le don de gamètes. C'est le cas au Royaume-Uni. En Espagne un barème d'indemnisation de 900 euros par ponction a été mis en place. Aux États-Unis, le marché procréatif ne connaît pas le principe de gratuité ; en revanche, il est capable de proposer un enfant à la carte. Les parents d'intention restent les maîtres de leur choix d'ovocytes. Les seules limites pratiques sont celles des prix à mettre.

[643] P. Murat, Droit de famille 2002, commentaire n°142 ; En ce qui concerne de la maternité pour autrui, à l'échelle internationale elle est autorisée au Canada, aux États-Unis, en Australie et Nouvelle-Zélande, à l'échelle européenne elle est autorisée entre autre en Grèce, Belgique, Danemark, Hongrie, Pays-Bas, Finlande, Royaume-Unis, et en Espagne

abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 5000 euros d'amende. Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». Une décision du 4 mai 1998, du Tribunal de Grande Instance de Paris illustre le caractère lucratif de l'opération. En l'espèce, le dirigeant d'une association a été jugé coupable d'avoir introduit dans son activité, un langage purement commercial donnant l'espoir d'une procédure rapide et privilégiant plus les intérêts de ses adhérents que de l'enfant. Par conséquent, le tribunal a constaté que *« le but lucratif pourrait aussi être retenu à l'encontre de personnes appartenant à un organisme autorisé ou habilité qui méconnaîtraient l'obligation qui leur est faite de ne pas percevoir plus que les frais engagés »*[644]*. « Ces frais peuvent être variablement dissimulés ; au titre de don à l'orphelinat étranger, en tant que frais administratifs, de traduction, d'intervention d'un correspondant sur place »*[645]. L'article L.2142-1 du code de la santé publique modifié par l'ordonnance du 22 mai 2008, dispose que les activités cliniques et biologiques de la procréation médicalisée concernant le don de gamètes sont appliquées, à titre exclusif, dans les organismes et les établissements de santé publique et privé à but non lucratif et respectant des règles strictes des bonnes pratiques médicales. Au titre de ces activités médicales, aucune rémunération ne peut être perçue ni par le praticien ni par les donneurs. La pénurie de dons, notamment des ovocytes, a incité l'Agence de biomédecine à réexaminer cette question. En octobre 2008, elle a préconisé d'instaurer une réglementation stricte et ouverte à la possibilité d'étendre au secteur privé les activités de don de gamètes. Les donneuses sont donc invitées à s'adresser aux organismes privés à but lucratif soumis aux mêmes exigences que les établissements publics. Le rapport de l'Agence a souligné l'existence d'un lien entre la pénurie de dons et la limitation de dons d'ovocytes aux seuls secteurs publics. Depuis le 7 juillet 2011, les praticiens habilités à effectuer une assistance médicale à la procréation sont invités, en vertu des articles L.1244-1-1 et L.1244-1-1 du code de la santé publique, à faire la promotion de dons d'ovocytes et de gamètes auprès de leurs patients. Le législateur français persiste dans sa position hostile à la marchandisation d'éléments du corps et le recrutement commercial des donneuses. De la même façon la Commission Spéciale Législative en Pologne dans le projet de loi de bioéthique, propose des solutions similaires ou quasi identiques à celles qui existent en France. Plus particulièrement sur le rejet de l'indemnisation forfaitaire pour le don de gamètes. La mission des activités cliniques et biologiques liées à la

[644] TGI de Paris du 4 mai 1998, Juris-Data n° 1998-933237 ; Dalloz 1999, jurisprudence, p. 15, note E. Poisson-Drocourt ; Ph. Bonfils, *Atteinte à la filiation*, Juris-Classeur pénal 2009, Articles 227-12 à 227-14, Fascicule 1040-20

[645] Cass. Crim., 6 février 2002, inédit, pourvoir n° 01-84.408

procréation médicalisée a également été confiée aux établissements privés et publics à but non lucratif. En revanche, les frais de la fécondation *in vitro* ne seront pas remboursés par la sécurité sociale polonaise. Ils seront donc à la charge des futurs parents.

371. La réaction de la Cour de cassation française du 6 avril 2011 condamnant le tourisme procréatif des couples français. L'instance suprême française a été invitée à se prononcer sur trois cas de transcription des actes de naissance des enfants nés à l'étranger[646] suite aux conventions concernant la gestation pour autrui[647]. Elle a répondu que la gestation pour autrui souscrite dans une convention pour le compte d'autrui est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Une telle convention est nulle d'une nullité d'ordre public en vertu des articles 16-7 et 16-9 du code civil. Par conséquent, la transcription de l'état civil ne peut se justifier ni par référence à l'article 3§1 de la Convention de New York sur l'intérêt supérieur de l'enfant, ni par référence à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit à une vie familiale. Et en outre, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes s'oppose à l'établissement de la filiation sous le fondement d'une possession d'état.

372. Le tourisme procréatif dans la jurisprudence du Conseil d'État. Le 4 mai 2011, le Conseil d'État a autorisé la délivrance d'un document de voyage à des enfants nés d'une convention de mère porteuse afin de leur permettre d'entrer sur le territoire français[648]. Alors que pour la Cour de Cassation il est absolument impossible d'obtenir la transcription sur le registre de l'état civil. Cette décision du Conseil d'État est intervenue avant le vote de la loi de bioéthique du 7 juillet 2001. Après la révision de la loi bioéthique, le juge administratif a donné une nouvelle interprétation selon laquelle une telle délivrance n'est plus possible.

---

[646] Cass. Civ., 6 avril 2011, n° 09-66.486 (dans cette première affaire l'enfant est né de l'embryon issu des gamètes des deux parents, le parquet a demandé ici une annulation relative à la filiation maternelle) ; Cass. Civ., 6 avril 2011, n° 10-19.053 (dans cette deuxième affaire le parquet a demandé l'annulation de la transcription de l'état civil français concernant tant le père génétique, que la mère légale) ; Cass. Civ., 6 avril 2011, n° 09-17.130 (dans cette troisième affaire le consulat français a refusé la transcription de l'acte de l'état civil américain après le retour des parents en France). Les cours d'appel ont refusé dans ces trois cas la transcription de l'état civil français, ce qui a été confirmé définitivement par la Première chambre civile de la Cour de Cassation

[647] Les commentaire sur la décision de la Cour de Cassation du 6 avril 2011 : Dalloz 14 avril 2011, n° 15, p. *1014 ;* X Labbée, *La gestation pour autrui devant la Cour de cassation, à propos des arrêts du 6 avril 2011*, Dalloz 14 avril 2011, n° 15, p. 1064 ; F. Miloudi, *La gestation pour autrui : un refus circonstancié*, AJF, octobre 2011, jurisprudence, p. 499-500 ; C. Neirinck, *La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né*, Droit de la famille 2011, étude 14 ; A. Dionisi-Peyrusse, *La reconnaissance en France des situations familiales crées à l'étranger, Maternité pour autrui, adoption et mariage homosexuels, polygamie et répudiation*, AJF, mai 2011, pratiques 250 ; F. Chénedé, *Convention de mère-porteuse : la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif*, AJF, mai 2011, jurisprudence, p. 262

[648] CE, 4 mai 2011, n° 348778 ; Revue Lamy de Droit civil, juin 2011 ; AJF, 6 mai 2011

373. La jurisprudence administrative évolue le 8 juillet 2011[649]. En l'espèce, un père français a déposé une demande de laissez-passer au nom des deux enfants auprès du consul général de France à Bombay. Une fois saisi en référé, le juge du Tribunal administratif de Paris a délivré aux enfants un document de voyage. Suite à l'appel interjeté par le ministère des affaires étrangères et européennes, cette demande a été suspendue. L'ordonnance du juge administratif a été annulée par le Conseil d'État en se référant à l'article 47 du code civil.

2. Les diverses manifestations du tourisme procréatif

374. Le tourisme procréatif : entre l'offre et la demande[650]**.** Ce tourisme procréatif ne manque pas d'exemples. A un *« marché noir d'enfants »*, déjà bien enraciné dans le paysage criminel, s'ajoute maintenant *« un marché noir de gamètes de services procréatifs médicaux »*[651]. L'éventail de sites et de portails sur internet est impressionnant. Les offres de donneurs et les propositions de mères porteuses se multiplient en répondant à la demande grandissante des clients. Ces derniers peuvent avoir une double attitude. Soit ils vont chercher directement des contacts avec les cliniques spécialisées, soit ils vont rechercher des personnes prêtes à devenir des intermédiaires de toute sorte : des mères porteuses aux donneurs de gamètes (l'exportation et l'importation des gamètes et des embryons). Parmi les raisons de la prolifération du tourisme procréatif en France se trouve l'inadaptation des pratiques médicales à l'égard des évolutions de l'art médical. L'inaccessibilité de certains procédés considérés comme une injustice pousse les couples à *« l'immigration procréative »*. Par exemple, l'infertilité provoquée par une insuffisance ovarienne est considérée comme une indication médicale ouvrant la porte à la fécondation *in vitro* avec don d'ovocytes. Mais l'infertilité due aux pathologies utérines qui causent une stérilité irréversible n'est paradoxalement prise en compte que pour permettre la réalisation de la fécondation *in vitro.*

---

[649] CE, 8 juillet 2011, n° 350486 ; F. Miloudi, *La gestation pour autrui : un refus circonstancié ?*, AJF, octobre 2011, jurisprudence, p. 499

[650] J.-J. Lemouland, *Le tourisme procréatif*, LPA 28 mars 2001, n° 62, p. 24 et s.

[651] Rapport Zimmerman, JOAN CR 1965, p. 4690 in Ph. Bonfils, *Atteintes à la filiation*, Juris-Classeur civil Art. 227-12 à 227-14, 2009, Fascicule 1040-20, p. 3 ; P. Murat, *Respect et protection du corps humain, Assistance médicale à la procréation*, Juris-Classeur civil, Art. 16 à 16- 13, 2007, Fascicule 40, n° 12, 13, 41 et 48 ; R. Adorno, *Le droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée, primauté de la technique ou primauté de la personne*, RIDC 1994, 1, 141 ; J. Dalcq-Depoorter, *L'enfant de qui ?*, Mélanges Meulders-Klein 1998, p. 115 ; C. Byk, *La bioéthique en Europe, un paysage éclaté*, JCP, éd. gén., 1991, I, 3625 ; L. Baqué, *L'aide médicale à la procréation, Étude comparée des principales législations européennes*,Thèse Toulouse 1999 ; C. Byk, *La Convention européenne de bioéthique*, RIDC 1993, 1, 157 ; L. Dubouis, *La Convention sut les droits de l'homme et la biomédecine*, RTDC 1998, p. 211 ; J.-S. Bergé, *Le droit communautaire dévoilé : Le cas Blood*, JCP, éd. gén., 2000, I, 206 ; J. Flausse-Diem, *Insémination post mortem, droit anglais et droit communautaire*, Mélanges Meulders-Klein 1998, p. 217;

Les dispositions qui peuvent être directement évoquées sont celles de l'article 511-9 du code pénal français qui puni d'une peine de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement.

375. Le contexte international et les difficultés d'application de la loi. Le désir de devenir parent ne connaît pas de frontières étatiques, il viole les frontières légales lorsque l'offre du pays d'origine ne peut le satisfaire. Dans cette optique, il est intéressant de rappeler les règles d'application de la loi pénale dans l'espace. Dans le domaine de procréation ; le lieu de la commission de l'infraction est fondamental pour la répression. Deux situations possibles peuvent se présenter : soit l'infraction est commise sur le territoire national, soit en dehors du territoire. Dans un premier cas, si les faits incriminés par l'article 227-12 du code pénal ont lieu en France, l'article 113-2 du code pénal s'applique directement. La compétence de la loi française reste possible chaque fois qu'un fait constitutif de l'infraction est commis en France. Ce principe de la territorialité de la loi pénale s'applique pour la provocation à l'abandon de l'enfant, ou lorsque l'entretien pour l'entremise en vue d'adoption est réalisée en France. Si le projet de la loi de bioéthique est voté en Pologne, le même principe de la territorialité du droit pénal exprimé par l'article 5 du code pénal polonais sera appliqué. Dans un second cas, les faits peuvent être commis à l'étranger. Ici également les deux systèmes proposent des solutions similaires. Tout d'abord, pour l'application des dispositions nationales, il sera décisif de fixer la qualité des acteurs en cause. Si l'auteur est français, l'article 113-6 du code pénal impose le principe de la personnalité active qui en Pologne s'applique également dans les mêmes conditions en vertu de l'article 109 et supplémentairement 113 du code pénal si le fait est poursuivi sous le fondement d'une convention internationale dont la Pologne en fait la partie. Dans les deux codes, on retrouve des éléments communs ; l'exigence de réciprocité de l'incrimination dans l'article 113-6 alinéa 2 du code pénal français (pour les délits) et 111§1 du code pénal polonais (pour les crimes et les délits). En revanche, le droit pénal polonais ne connaît pas le principe français de la personnalité passive mentionné par l'article 113-7. Sur ce point, des complications procédurières pratiques peuvent se manifester face aux exigences imposées par l'article 113-8 du code pénal français, qui conditionne la mise en mouvement des poursuites par la requête du parquet, par une plainte de la victime ou une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis. La pratique jurisprudentielle témoigne d'une difficulté grandissante liée à la condition de réciprocité. Le 30 septembre 2004, le Tribunal de Grande Instance de Créteil a jugé que *« le délit d'entremise en vue d'une gestation pour autrui n'était pas applicable à un couple français qui avait passé un contrat de gestation pour autrui avec un couple américain en vue de la*

gestation pour autrui, dès lors que toutes les démarches avaient été réalisées aux États-Unis, pays où de tels faits ne sont pas constitutifs d'une infraction ».[652] C'est donc l'absence de réciprocité qui ici fait barrage aux poursuites internationales. Par conséquent, les couples tentent toujours de contourner le système par des montages juridiques destinés à faire reconnaître en France le lien de filiation avec l'enfant issu d'une mère porteuse.

376. La croissance avérée du tourisme procréatif est également liée au développement des techniques biomédicales. Cette situation particulière concerne le cas de l'insémination *post mortem.* Selon une étude sénatoriale de législation comparée publiée en janvier 2009[653], parmi les manifestations les plus fréquentes du tourisme procréatif, l'insémination *post mortem* a pris une place primordiale. Certains pays de proximité avec la France ont légalisé ce type de pratiques en le subordonnant à un accord préalable et exprès du mari ou du compagnon de la future mère dans un délai fixé à 5 ans. En Pologne, en Allemagne, en Suisse, en Italie et au Danemark, la procréation *post mortem* par insémination ou par transfert est prohibée explicitement. Actuellement, les couples-candidats en France et en Pologne sont préalablement et obligatoirement informés sur les modalités de conservation des gamètes et sur l'interdiction de la procréation posthume. La Commission du Sénat a rejeté les propositions allant dans le sens d'autoriser limitativement cette insémination posthume dans un délai de 2 ans après la mort du conjoint. La possibilité d'une insémination *post mortem* à l'étranger reste donc une perspective pour les veuves aussi bien que pour les couples homosexuels ou les femmes seules.

---

[652] TGI de Créteil, Ordonnance du 30 septembre 2004, Dalloz 2005, p. 476 ; Ph. Bonfils, *Atteintes à la filiation*, Juris-Claseur pénal 2009, Articles 227-12 à 227-14 du code pénal, fascicule 1040-20, n° 30

[653] Étude de législation comparée du Sénat n° 19, L'accès à la procréation médicalement assistée, janvier 2009 ; Parmi les pays voisins de la France qui ont légalisé ce type de procédure figurent : la Belgique, l'Espagne, les Pays-Bas, le Royaume-Unis

Conclusion du Chapitre 1

377. Le droit d'accès à la procréation avec l'aide médicale extérieure s'est généralisé aussi bien en France qu'en Pologne. Ce processus de la procréation médicalisée doit concilier les différents intérêts : d'un côté le désir de paternité, l'intérêt de l'enfant à naître, et de l'autre côté les possibilités et les limites de la médecine et des technologies. La procréation médicalisée a pour finalité de répondre au projet parental d'un couple, dont le profil varie en France et en Pologne. Le profil biologique demandé est similaire dans les deux systèmes. En revanche, les conditions extra-biologiques imposées aux couples montrent qu'en France et en Pologne les modèles sociales de famille sont différentes. On peut donc parler d'un profil biologique, mais pas d'un modèle social unique du couple. L'extinction du projet parental en cas de décès de l'un des membres du couple n'est plus une fatalité conduisant automatiquement à la destruction des embryons, car ils peuvent faire l'objet d'une *« adoption prénatale »*. Le droit pénal de la procréation avec une intervention extérieure protège plus particulièrement l'embryon humain et la filiation. Mais les deux systèmes juridiques poursuivent parfois les différents objectifs. Le droit polonais a mis un fort accent sur la notion de l'intérêt de l'enfant à naître. Pendant que le droit pénal français a développé plus significativement la protection de la filiation de l'enfant né et à naître par rapport aux dispositions polonaises qui sont incomplètes, vu l'absence d'une véritable législation bioéthique.

CHAPITRE 2
Les limites du droit à la reproduction

378. Faut-il redouter les transformations génétiques ? *« Les découvertes techniques posent des problèmes éthiques, mais c'est bien souvent par une nouvelle avancée des techniques que certains problèmes éthiques seront résolues »*[654]. La transformation génétique reste une idée redoutable, à la fois singulièrement, car elle concerne un être humain, et collectivement parce qu'elle peut modifier, du moins théoriquement, toute l'espèce humaine. Les interventions individuelles peuvent être, faute d'une sanction pénale sévère, suivies de la disparition de l'espèce humaine telle qu'elle est connue aujourd'hui et de la création d'une nouvelle espèce modifiée qui elle, est inconnue.

379. Le spectre d'un retour d'eugénisme est doublement atténué. En premier lieu, depuis 1945 les gouvernements ainsi que l'ensemble de la communauté scientifique désavouent l'eugénisme toujours considéré comme une pratique totalitaire. En deuxième lieu, les acquis dans la procréation médicalisée servent avant tout à répondre aux demandes et aux choix des couples. L'activité scientifique est strictement réglementée et contrôlée en raison d'interrogations d'ordre éthique. Mais les limites sont liées également à la science elle-même, parce que certains rêves tels que le clonage d'individus parfait restent encore inaccessibles. Il convient donc de savoir si les parents disposent encore du choix de mettre au monde un enfant qui, on le sait à l'avance, sera différent ? Au cœur de la réflexion se trouve la question de savoir si la révolution procréative moderne ne nous dirige pas vers un monde d'êtres humains parfaits, et si les barrières imposées par les législateurs sont effectivement suffisantes ? [655]. D'un côté, la réponse pénale consiste en la prohibition de la transformation des repères fondateurs de l'individu (Section 1). De l'autre côté, le droit à la reproduction est limité par l'interdiction de certaines interventions extérieures jugées contraires aux grands principes du droit (Section 2).

[654] J. Bernard, cité par R. Frydman, *Procréatique*, Pouvoirs, 1991 n° 56, p. 69
[655] C. Bachelard-Jobard, *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, Le Monde 2001

SECTION 1
La prohibition de la transformation des repères fondateurs de l'individu

380. Présentation. La révolution scientifique et médicale doit être complétée par la révolution des consciences et des mentalités. La valeur fondamentale de la civilisation européenne est la dignité inhérente et inaliénable de chaque être humain. Elle est directement évoquée dans les réflexions menées en France à l'occasion des Etats-généraux de la Bioéthique, citée par le député français Monsieur J. Leonetti dans son Rapport intitulé : *« L'information sur la révision des lois bioéthiques »* et présenté devant l'Assemblée Nationale en janvier 2010[656]. Elle est évoquée également en Pologne, dans le Préambule du projet de la loi sur la protection du génome humain, de l'embryon humain, du Conseil Bioéthique et autres lois déposées au Parlement dès décembre 2008. Ce projet marque une tendance générale de la loi polonaise évoluant vers le renforcement du statut de l'embryon face aux applications biomédicales de la procréation médicalisée. Si en France, le législateur avait pour intention de renforcer l'efficacité réelle de la procréation médicalement assistée, le projet polonais propose de créer au maximum deux embryons destinés à l'implantation utérine. Il convient de se demander si l'espèce humaine, qui n'est pas directement mentionnée en droit polonais mais qui figure dans le code pénal français, est suffisamment protégée, plus spécialement, lorsque les diagnostics biologiques par prélèvement de cellules embryonnaires sur un embryon en éprouvette sont effectués dans un contexte familial à risque? Dans ce cas comment définir objectivement le *« profil génétique »* lorsque la bonne santé est devenue un critère de sélection de viabilité? Peut-on naître encore avec une maladie de type d'Alzheimer ou de Trisomie 21[657], lorsqu'il est possible de la détecter et faire interrompre la grossesse ? Les lois de bioéthique en France et en Pologne ont un intérêt certain pour tous. Cette réflexion se base sur les principes classiques du droit, sur le droit objectif tant civil que pénal. Le texte de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen commence par la fameuse phrase *« Les hommes naissent libres et égaux en droit ... »*. Cet héritage de la loi française reconnaît donc que les droits de l'homme commencent, juridiquement, à la naissance. Aujourd'hui on peut parler de l'homme dans ses diverses dimensions comme l'homme bionique, l'homme éternel, l'homme artificiel. Faut-il attribuer la dignité à ces hommes de demain ? La loi ne donne pas de réponses. Monsieur A. Zoll pense que la dignité ne doit pas

[656] Assemblée Nationale, Rapport d'information n° 2235 du 10 janvier 2010 du député J. Leonetti

[657] Il est nécessaire de souligner qu'un arrêt récent du 23 juin 2009 fixant les règles de bonne pratique en matière de dépistage et de diagnostics prénataux avec utilisation des marqueurs sériques maternels de la trisomie 21, Journal Officiel du 3 juillet 2009, ouvre la possibilité de procéder au dépistage de la trisomie 21 dès le premier trimestre de grossesse, ce procède est toujours interdit en Pologne où les diagnostics préimplantatoires sont interdites

être restreinte ni sacrifiée pour protéger d'autres valeurs telles que la liberté de recherches[658]. L'affirmation du respect de la personne humaine exige que les gamètes ou l'embryon humain ne soient pas traités comme des objets stockés, congelés, puis décongelés[659] dans un seul but de satisfaire les désirs des parents et de servir comme matériel biologique aux scientifiques. L'homme dispose d'un droit de protéger sa subjectivité, mais ce droit connaît de nombreuses dérogations. Le droit pénal interdit certaines transformations des repères fondateurs de l'homme en vue de protéger sa subjectivité et sa singularité génétique (§ 1). Néanmoins, le même droit autorise par dérogation un examen des caractéristiques génétiques au titre d'une sélection généralisée et systématique dans l'esprit eugénique (§ 2).

§ 1 : La nécessité objective de protéger la subjectivité de l'homme

381. Présentation. La beauté de la science tient à son imprévisibilité. La différence entre l'homme et l'animal tient dans sa capacité de créer, dans son esprit humain. Selon J. Kopania affirme que les réponses judiciaires sont difficiles à apporter car *« les solutions dépendent des compétences techniques, mais également de la conscience morale de la société actuelle »*[660]. L'esprit humain, c'est ce qui distingue notre humanité. L'homme est objectivement protégé, c'est un droit qui est qualifié par Monsieur X. Labbée comme réel mais limité[661]. De la même façon, l'article 157a du code pénal polonais protège l'embryon

---

[658] A. Zoll, *Culture et droit*, in E. Kamińska, *La fin et le début du nouveau millénaire*, Varsovie 2004, p. 48 ; A. Szczelik, *Les malades, la maladie, et la recherche de l'âme dans la médecine*, Cracovie 2007, p. 33 ; T. Basiega, *Bioéthique polonaise*, Cracovie 2004, p. 112-117; B. Chyrowicz, *La bioéthique et ses risques*, Lublin 2002, p. 59

[659] A. Fagot-Largeault, *Les droits de l'embryon humain et la notion de la personne potentielle*, Revue de métaphysique et de morale 1987, n°3

[660] A. Breczko, *Préoccupations morales et juridiques entourant la biotechnologie*, Conférence : *Éthiques et les limites juridiques de la recherche scientifique* ; J. Kopania, *La dimension éthique du corps*, Cracovie 2002, p. 57 ; M. Safjan, *Les défis de la primauté du droit*, Varsovie 2007, p. 161 ; B. Action, *L'homme n'est pas un aminal*, Cracovie 2007, p. 27 ; L. Witkowski, *L'identité et changement*, Toruń 1988, p. 11 et s. J. Habernas, *L'avenir de la nature humaine et la tendance actuelle à l'eugénisme*, Varsovie 2003, p. 79 ; D. Czajkowska-Majewska, *Nouvel homme est-il mieux ?*, Varsovie 2005, p. 257 ; Z. Szawarski, *L'éthique et l'avortement*, in J. Iwańska (sous la dir.), *Les valeurs, les normes et les problèmes moraux. Sélection de textes de l'éthique polonaise pour les enseignements et les élèves du secondaire*, Varsovie 1997, p. 424 ; A. Wnukiewicz-Kozlowska, *Expérience médicale sur le corps de l'homme en droit international et européen*, Varsovie 2004, p. 228 ; T. Twardowski, A. Michalska, *Les dilemmes de la biotechnologie moderne dans la pratique d'un avocat et d'un biotechnologue*, Toruń 2000, p. 9 ; J.-E. Kapelańska, *Le clonage humain et les cellules souches embryonnaires dans la lumière du droit international et comparé*, Toruń 2006, p. 109

[661] X. Labbée, *Le respect et protection du corps humain; L'enfant conçu ex utero chose sacrée ?*, Juris-Classeur pénal, Article 16 à 16-13 du code pénal, Fascicule 52 et *Respect et protection du corps humain*; *L'enfant conçu, Généralités*, Juris-Classeur pénal Article 16 à 16-13 du code pénal, Fascicule 50

mais uniquement contre les atteintes volontaires[662]. Il convient de remarquer, que l'application du principe de la dignité humaine pose des problèmes pratiques, ce qui porte des conséquences sur l'appréciation de l'embryon. La nécessité de protéger la subjectivité de l'homme doit être étudiée dans un contexte plus global, celui de l'espèce humain (1), et dans un contexte plus singulier, celui de l'embryon humain (2).

A. Ambivalence dans l'application du principe de la dignité humaine au regard de la protection de l'espèce humaine

382. Le contenu de la notion de dignité. La dignité humaine est une notion qui doit ses origines et sa genèse, de la reconnaissance par le droit, de la qualité substantielle de l'homme. Cette notion apparaît avec plus au moins de force à travers des incriminations. Il semble que la criminalisation de l'eugénisme place la dignité humaine sur un plan secondaire en mettant l'accent sur l'aspect biologique de la sélection des individus. En revanche, les crimes contre l'humanité exigent une action massive sur un groupe choisi selon des critères arbitraires, ils se rattachent donc plus aux droits de l'homme. La dignité et le respect dû à l'humanité se retrouvent ici au premier plan. On peut donc admettre, après la loi française du 6 août 2004, que le législateur a opté pour l'assimilation explicite de l'humanité à la famille humaine qui dépasse logiquement la vision purement biologique de l'homme. La dignité est réaffirmée dès qu'elle concerne des personnes vivantes. Mais elle peut aussi viser des personnes décédées. Elle devient ambivalente et intangible dès qu'il s'agit de l'attribuer comme une valeur pénalement protégée aux générations humaines potentielles définies, soit comme des générations au stade prénatal, soit des générations inexistantes encore mais simplement à venir. De ce fait, la Cour européenne des droits de l'homme attribue la protection à l'enfant à naître du fait de son appartenance à l'espèce humaine. Telle était visiblement le raisonnement de la Cour le 8 juillet 2004 dans l'affaire de Madame Vo contre France. La Cour a refusé de trancher la question de la personnalité juridique du fœtus et de l'embryon tout en admettant qu'ils devraient recevoir une protection dite particulière au nom de la dignité humaine[663]. La législation française a opté à deux reprises, en vertu de la loi du 29 juillet 1994 puis du 6 août 2004, pour une vision biologiste de l'espèce humaine. Elle refuse toute assimilation entre les atteintes contre l'espèce humaine et celle des crimes contre l'humanité. Notre espèce est placée dans le contexte des applications biomédicales (2) où elle fait irruption tant comme

---

[662] R. Krajewski, *Atteinte à l'intégrité physique et la santé de l'enfant conçu,* Parquet et droit 2007, n° 6 ; K. Wiak, *La protection de l'enfant conçu en droit polonais,* Lublin 2001, p. 252 ; M. Gałazka, *La protection pénale de l'embryon in vitro,* Parquet et droit 2007, n°5

[663] CEDH, 8 juillet 2004, affaire Vo c/France, Dalloz 2004, jurisprudence, p. 2456, note J. Pradel, sommaires, p. 2535 ; JCP, éd. gén., 2004, actualité 379, p. 1361 ; Dalloz 2004, chroniques, p. 2851

une figure du droit, que comme un objet du droit (1).

1. L'espèce humaine est « assujettie au droit objectif »

383. L'espèce humaine avant la loi du 6 août 2004. L'espèce humaine, bien présente dans des textes solennels nationaux et internationaux reste sans doute, fragilisée par l'absence d'une définition autonome et une structure juridique harmonisée. Elle se confronte, en permanence, aux avancées de la science. Les interventions sur le gène humain restent encore largement dans le domaine d'expérimentation et de ce fait, il est extrêmement difficile de mesurer l'intégralité de leurs conséquences. L'approche du statut juridique de l'espèce humaine doit être analysée par l'observation de sa place au sein du code pénal. Cette place exprime la véritable intention du législateur et fixe les périmètres de la protection pénale attribuée. Dans la loi du 29 juillet 1994, aucune définition pénale autonome de l'espèce humaine n'était prévue. Les atteintes étaient fondamentalement placées de manière fragmentaire parmi les infractions techniques relevant de la santé publique en matière d'éthique biomédicale. En vertu de l'ancien article 511-1 du code pénal, la pratique tenant à l'organisation de la sélection des personnes était passible de 20 ans de réclusion criminelle. Ce choix était manifestement symbolique et excluait toute assimilation entre les atteintes à l'espèce humaine et les crimes contre l'humanité (art. 211-1) punis d'une peine de réclusion criminelle à perpétuité. L'espèce humaine était-elle considérée comme *« moins humaine »* que l'humanité ? Sans doute le législateur de l'époque privilégiait l'interprétation restrictive de la notion d'espèce humaine.

384. L'espèce humaine dans la loi du 6 août 2004. Un élément fondamental de la modification apportée par la loi du 6 août 2004 tient au classement des crimes contre l'espèce humaine dans la catégorie de crimes contre l'humanité dans le Titre 1 du Livre 2 du code pénal français. Ce code pénal contient désormais deux groupes de textes sur l'espèce humaine. Le premier volet comporte des incriminations d'eugénisme et de clonage reproductif situés dans le deuxième Livre *« Des crimes et délits contre les personnes »* dans les articles 214-1 à 215-4. Il y a une référence directe au principe de la dignité humaine pour ces crimes contre l'espèce humaine. Le second volet reste dans les articles 511-1[664] à 511-1-2 qui maintiennent une approche plus biologiste et technique de certaines atteintes à l'espèce humaine situées parmi *« Des infractions en matière de santé publique »*, plus précisément

[664] **L'article 511-1 du code pénal** dispose : « *Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée* ».

parmi les infractions en matière d'éthique médicale.

385. L'espèce humaine est un objet de droit, le risque de « normalisation génétique » de l'espèce humaine. L'espèce humaine s'affirme face à la procréation médicalisée et à la génétique. A ce titre, la thérapie génique germinale a une double portée. Le but germinal touche un intérêt à la fois personnel et collectif. Lorsqu'elle représente un bénéfice pour la santé du patient il n'y a aucune atteinte à ses droits fondamentaux. Lorsqu'elle est susceptible de constituer une atteinte au génome des générations futures, un intérêt collectif de l'espèce humaine est menacé. Effectivement, face à l'extension progressive des diagnostics anténataux appelés *« non invatifs »*, il est permis de se demander si le risque de *« normalisation génétique »* de l'homme n'est pas bien réel. Par exemple, en France environ 97% des cas de la Trisomie 21 sont détectés et diagnostiqués[665]. Bien que la décision portant sur l'interruption de grossesse appartienne aux parents, la grande majorité d'entre eux, convaincus par la stigmatisation sociale des personnes trisomiques, préfère supprimer un embryon ou un foetus porteur d'une telle anomalie. Par conséquent, on peut se demander si une telle attitude ne pourra, à long terme, faire disparaître ces personnes trisomiques de l'espace public. On peut également s'interroger de savoir si une telle « *normalisation génétique* » par la sélection anténatale ne va pas conduire à l'abandon des recherches sur d'autres maladies. La prévention, voire l'éradication d'une maladie pourra passer alors par l'empêchement de la naissance d'un futur malade ou d'un handicapé potentiel.

2. La difficile protection pénale des générations futures

386. Faut-il protéger les générations futures ? Quelles sont les incertitudes concernant l'homme de demain face à la reproduction humaine de plus en plus technique ? La principale préoccupation concerne la conjugaison de la génétique et des techniques de reproduction artificielle. Le fruit de cette conjugaison présente une conséquence négative lorsqu'il s'agit du clonage humain et de la thérapie génique germinale. Ces deux procèdes peuvent individuellement constituer une atteinte à l'unicité de l'individu et collectivement une atteinte à la diversité de l'espèce humaine, c'est la conséquence négative. La conséquence positive de cette conjugaison peut, en revanche, être importante dans le cadre de la procréation médicalement assistée lorsqu'elle comporte un avantage direct pour l'embryon dans l'augmentation de la réussite de l'implantation ou de l'amélioration des techniques de

[665] Arrête du 23 juin 2009 fixant les règles de bonnes pratiques en matière de diagnostics et de dépistage prénataux avec utilisation des marqueurs sériques maternels de la trisomie 21

l'assistance médicale à la procréation. L'unique texte commun adopté par les lois française et polonaise condamnant les atteintes à *« l'intégrité génétique »* des générations futures a été signé le 4 avril 1997 ; c'est la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe. Selon son article 13, *« une intervention ayant pour objet de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives ou thérapeutiques et seulement si elle n'a pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance »*[666]. L'examen de ce dispositif montre un double impact du phénomène : l'ignorance des frontières étatiques et le dépassement des limites d'une seule génération. Au niveau européen, la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne reconnaît que la jouissance des droits fondamentaux de la personne humaine entraîne des responsabilités et des devoirs *« ... à l'égard de la communauté humaine et des générations futures »*[667]. De ce fait, les générations futures sont reconnues comme des êtres humains et *« malgré leur éloignement temporaire, ils entrent dans le cercle des êtres avec lesquels nous estimons devoir établir des rapports définissables en terme de bien et de mal »*[668]. Par conséquent, les intérêts futurs de l'humanité doivent être assimilés à ceux des hommes déjà existants.

387. Les générations futures face aux applications biomédicales. En matière de reproduction, la loi pénale apporte des réponses dans les deux hypothèses particulières : le clonage reproductif et la procréation médicalement assistée. Sur le clonage humain, la position du droit pénal reste fermement négative. Sur la procréation médicalement assistée, il convient de se référer à la thérapie génique germinale impliquant directement la correction génétique qui affecte les générations futures. Ce type de thérapie exige l'utilisation des cellules servant à la reproduction (ovocyte et spermatozoïde) dans leur stade prématuré de développement. Les corrections du patrimoine génétique peuvent être élargies aux embryons au stade précoce de formation par l'introduction d'un gène désiré dans les cellules de l'embryon. Suite à cette mutation génétique, la descendance peut être volontairement modifiée. Face à une telle possibilité, de nouvelles revendications sont susceptibles d'apparaître, notamment la revendication d'une autonomie décisionnelle sous l'angle

---

[666] M. Blumberg-Mokri, *Un nouveau défi : la protection des générations futures au regard des sciences de la vie,* Cahiers de Défense Sociale 2002 ; A. Guidicelli, *Génétique humaine et droit : à la redécouverte de l'homme*, thèse Poitiers 1993 ; N. Lenoir, B. Mathieu , *Les normes internationales de la bioéthique,* éd. PUF 1998, p. 74 ; M. Bena, *Infractions pénales en génétique*, Mémoire de DEA Sciences Criminelles, Université Nancy 2, 2001, p . 56

[667] H.-Ph. Visser, *Développement technologique et responsabilité envers des générations futures*, Archives de Philosophie du droit, Paris Sirey 1991, vol. 36, p. 33 et s.

[668] Cité par M. Blumberg-Mokri, *Un nouveau défi : la protection des générations futures au regard des sciences* de la vie, Cahiers de défense sociale 2002

génétique, voire le droit d'encadrer la qualité génétique[669]. Un risque bien réel apparaît, car le droit de façonner le patrimoine génétique pourrait se transformer facilement en un droit à naître sans aucune prédisposition aux maladies[670]. Suite à la recombinaison du matériel génétique transmis aux ascendants, le lien biologique intergénérationnel sera rompu de manière délibérée et ce sans aucun consentement possible des générations futures à leur éventuelle modification. *« Les vivants occupent à l'égard de la postérité une position de force sans limite aucune »*[671]. La complexité technique des opérations en question permet d'envisager une éventualité selon laquelle la correction génétique est erronée et dans ce cas les personnes à venir deviendront en quelque sorte des victimes par ricochet condamnées à l'élimination. Peut-on accepter la licéité pénale d'une thérapie génique germinale effectuée en absence de toute indication curative ou même toute vocation préventive ? Le 13 décembre 1990, le Conseil national consultatif d'éthique a tranché, sans ambiguïté, en considérant cette pratique comme une pure atteinte à la personne humaine. Il convient d'interdire formellement toute tentative de modifications délibérées du génome des cellules germinales et toute thérapie génique comportant le risque d'une telle modification. Le 27 juillet 1994, le Conseil Constitutionnel a admis qu'il n'existe aucune disposition, ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection juridique du patrimoine génétique de l'humanité[672]. Dans cette perspective la seule référence directe est l'article 16-4 alinéa 3 du code civil français qui dispose que *« sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractéristiques génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne »*. Cette norme semble admettre la thérapie somatique dès qu'elle respecte les conditions juridiques relatives aux activités médicales[673]. En revanche, elle prohibe la thérapie génique germinale

---

[669] B.-M. Knoppers, *La génétique humaine : patrimoine et protection,* in F. Gross, G. Huber, *Vers un anti-destin. Patrimoine génétique et droits de l'humanité,* Paris, éd. Odile Jacob 1992, p. 165 ; T. Gornavin, *Théorie des droits de l'homme et progrès de la biologie,* Droits 1985, vol. 2, p. 100

[670] B. Lemonnier, *Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi,* Revue Française de théorie juridique, Droits 1991, vol. 13, p. 113

[671] H.-Ph. Visser, *Développement technologique et responsabilité envers des générations futures,* Archives de Philosophie du droit, éd. Sirey 1991, vol. 36, p. 34

[672] CC du 27 juillet 1994, Dalloz 1995, 237, note B. Mathieu ; *Mega Code Civil Dalloz* 2009, article 16-4, p. 119 ; C. Labrusse-Riou, *Les exigences normatifs institutionnelles de protection de droit de l'homme en matière d'expérimentation,* in *Expérimentation biomédicale et droits de l'homme,* éd. PUF 1988 ; B. Mathieu, *Principe de dignité,* Revue de droit public 1999, 93 ; C. Labrusse-Riou, *Indemnisation du handicap de naissance et eugénisme,* Mélanges Lambert, Dalloz 2002, p. 255 ; M.-P. Peis-Hitier, *Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine,* Dalloz 2005, n° 13, chronique 865 ; B. Mathieu, *Directive Européenne du 6 juillet 1998 sur la brevetabilité des interventions biotechnologiques,* Dalloz 2001, chronique n° 13, Gazette du palais 21-23 mai 2000 ; Déclaration Universelle sur Génome Humain, Directive CE n° 98/44 sur la protection juridique des interventions biotechnologiques, Dalloz 2001, chronique 3087

[673] J. Testard, *Génétique : puissance et illusions Science et Culture,* 1997, n° 44, p. 6 ; Cl. Guerin-Marchand, *Les manipulations génétiques,* éd. PUF, 1997, p. 3 ; J-C. Guillebaud, *Le principe d'humanité,*

en se référant à la dignité humaine. Quelle doit donc être l'appréciation du juge pénal confronté à cette pratique illicite? Le 13 décembre 1994, le Groupe de conseillers pour l'éthique de la biotechnologie auprès de la Commission Européenne condamnait officiellement toute thérapie germinale *« au moins en l'état des connaissances »*[674]. Il faut rechercher s'il existe un bénéfice de cette thérapie pouvant justifier sa mise en place. Peut-on se priver de l'opportunité d'amélioration de la vie des générations futures en cas d'interdiction de thérapie germinale au nom de la dignité humaine des générations à venir ? Naturellement, toute généralisation doit être évitée. Le juge pénal doit apprécier au cas par cas en prenant en considération notamment la gravité de la maladie, la capacité réelle de rendre la vie plus *« normale »*, enfin l'absence de risque pour la santé. L'alternative que représente la thérapie génique germinale n'est pas totalement à négliger.

B. De l'embryon humain-sujet à l'embryon humain-objet

388. Présentation. Dans son discours en novembre 1993 devant l'Académie Pontificale des Sciences, le pape Jean Paul II soulignait *« L'utilisation de l'embryon comme un pur objet d'analyse ou d'expérimentation est une atteinte à la dignité de la personne et du genre humain »*. Les législations bioéthiques nationales ne partagent pas cette vision. On observe deux tendances contradictoires. D'une part, l'embryon humain apparaît comme appartenant à des parents qui peuvent le destiner aux recherches médicales, il peut donc être un matériel biologique destiné à servir un intérêt plus collectif. D'autre part, l'embryon est *« personnifié »*, notamment en droit polonais. Il est nécessaire d'étudier la place de l'embryon en tant que *« patient »* d'un acte médical. La vie embryonnaire peut être alors définie comme la somme d'individualité et de dépendance. La vision juridique de l'embryon soumet les règles de son existence à la volonté extérieure, à la volonté d'autrui (1). Il devient aussi bien un sujet de droit qu'un objet de propriété (2).

1. L'embryon humain comme sujet de droits

389. L'embryon au service de l'intérêt de ses parents. La reconnaissance du statut de patient signifie octroi de deux prérogatives : le droit au respect de l'intégrité physique et le droit au respect de la dignité. La question centrale est de savoir si l'embryon est ou non un patient. La jurisprudence constitutionnelle française, puis la doctrine conditionnent le statut des

---

Paris, éd. Seuil 2001 p. 230 et s.

[674] N. Lenoir, B. Mathieu, *Le droit international de la bioéthique*, éd. PUF 1998, p. 97 ; B. Mathieu, *Génome humain et droits fondamentaux*, éd. Economica 2000, p. 99

embryons à leur implantation ou non. Ce critère d'implantation est ici décisif pour le Conseil Constitutionnel : l'embryon implanté est un sujet de droit, l'embryon non implanté est un objet de droit. Par conséquent, les embryons *in vitro* avant implantation, sont privés de la protection par le principe de la dignité humaine et peuvent facilement faire l'objet de discriminations négatives liées à leur état génétique[675]. L'embryon peut cependant être considéré comme un patient indirect par l'interdiction de certaines pratiques qui peuvent lui être nuisibles et susceptibles d'apparaître dans la procréation médicalement assistée. La procédure d'assistance médicale à la procréation a permis de créer les embryons supplémentaires en vue d'optimiser la réussite du processus de conception, d'implantation utérine et *in fine* de naissance d'un enfant. La suivie ou non de l'embryon dépend de la volonté des parents.

390. La volonté de personnifier l'embryon est très explicite en droit polonais. Dans l'ancien code pénal polonais de 1969, on retrouve l'article 23b inscrit dans la loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale, protection de l'embryon humain et conditions de l'interruption de grossesse. L'ancien article 23ter§2 du code pénal autorisait des tests prénataux alors qu'ils augmentaient le risque de fausses couches dans les trois hypothèses : en cas d'anomalie congénitale grave, en cas de suspicion d'une maladie génétique susceptible d'être guérie ou soignée, soit en cas de maladie génétique chez l'un des parents. La loi du 8 juillet 1999 a modifié le nouveau code pénal de 1997[676], car les deux articles précités 23b et 23ter ont été abrogés et remplacés par l'article 157a du code pénal. La qualité de patient peut être directement déduite du contenu de l'article 19 de la loi sur les établissements de soins de santé du 4 juin 1997[677] qui dispose *« le patient a droit aux services de santé adaptés aux exigences des connaissances médicales »*. Par conséquent, le diagnostic prénatal est considéré comme une prestation normale de la santé, enracinée en droit administratif, médical et pénal.

2. L'embryon humain comme un objet de propriété

391. La vision biologiste. Cette vision biologiste a tendance à réduire l'embryon à un simple

[675] J. Robert, *Droits de l'homme et libertés fondamentales,* éd. Montchrétien 1993, p. 125 ; G. Braibant, *Audition devant la Commission des lois du Sénat*, Rapport Chérioux au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat n° 236

[676] La loi du 8 juillet 1999 portant la modification du code pénal et de la loi sur la profession du médecin, Journal des Lois 1999, n° 64, position 729

[677] La loi du 4 juin 1997 sur les établissements de soins de santé, Journal des Lois 1997, n ° 104, position 661

matériel biologique susceptible d'être pénalement protégé lorsqu'il atteint une certaine viabilité ou lorsqu'il a été acquis de manière illégale. Les législateurs cherchent à concilier les possibilités données par la science biologique et la pression croissante des nouvelles revendications sociales. A ce titre, on peut déduire qu'il n'existe pas un seul statut de l'embryon humain, mais plusieurs statuts en fonction de l'état de l'embryon. Dans certains cas, plus particulièrement dans le processus de la fécondation *in vitro*, on assiste à une véritable exclusion des embryons *in vitro* de la famille des êtres humains. Ils sont ainsi privés de toute qualité et réduits à un numéro dans une banque d'ovocytes ou de sperme. De même, ils sont utilisés dans le cadre de co-culture embryonnaire tenant à améliorer la qualité, voire des potentialités de l'embryon ainsi façonné ou tendant à améliorer le taux de succès des transferts multiples. Ce statut de l'embryon montre que la loi pénale le considère comme un objet[678]. Biologiquement avoir des enfants est une éventualité hypothétique. La pratique de la procréation médicalisée expose l'embryon humain, plus encore que les autres procédés liées à la procréation naturelle, aux complications liées aux manipulations médicales. Sa survie ou sa mort dépendront quasi totalement de la volonté de ses parents et de sa mère. Le recours à la procréation médicale exige une demande préalable du couple puis l'examen génétique des deux parents qui deviennent les maîtres de la vie et de la mort de leur embryon. La tendance générale évolue vers l'augmentation du taux de réussite des fécondations par tous les moyens tels que la stimulation ovarienne. Pour laisser une place suffisante au développement confortable des enfants ainsi conçus le recours aux réductions embryonnaires des embryons défectueux ou simplement surnuméraires est devenu, en pratique, un acte médical banal. Les dérives possibles sont de deux sortes : soit l'enfant aimé et attendu est *« parfait »*, soit l'embryon sert son *« aîné »* malade. Les potentialités biologiques ont été très vite aperçues par le législateur français. La loi du 29 juillet 1994[679] a interdit la recherche sur embryon en se référant au principe du respect dès le commencement de sa vie. Le décret du 27 mai 1997[680] autorise les études sur l'embryon avec deux restrictions ; ils ne doivent pas modifier le patrimoine génétique de l'embryon, ni porter atteinte à son développement. Dans le même temps, le diagnostic préimplantatoire a été élargi aux *« bébés-médicaments »*, d'abord à titre expérimental avec la loi du 6 août 2004 et confirmés avec la loi du 7 juillet 2011. Les recherches scientifiques susceptibles d'améliorer

---

[678] F. Bellivier, P. Egéa, *L'être humain sans qualité*, in S. Hennette-Vauchez, *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, éd. LJGD, coll. Droit et société, Paris 2006 p. 121 ; L. Boltanski, *La condition fœtale. Pour une sociologie d'avortement et de l'engendrement*, éd. Seuil-Essai, Paris 2004

[679] La loi du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et des produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal

[680] Décret du 27 mai 1997 relative aux études menées sur des embryons humains *in vitro* et modifiant le code de la santé publique

le progrès thérapeutique peuvent intervenir en France sur les embryons dépourvus de projet familial, porteurs de l'anomalie ou sur des embryons dont l'état ne permet pas la réimplantation ou la conservation à des fins de grossesse. Il s'agit donc d'une exception qui a été pérennisée par la loi du 7 juillet 2011. Ce bref rappel historique des lois françaises montre une évolution qui est marquée par l'élargissement des permissions. En revanche, il est difficile de dire si une telle évolution va provoquer un bouleversement des valeurs sur laquelles est fondé le droit médical français.

392. L'enfant parfait : une illusion, une déception. En dehors des inquiétudes éthiques parfaitement justifiées, l'idée séduisante d'avoir un enfant parfait reste toujours une illusion sur le plan technique. Car la connaissance accumulée en génétique prouve que la plupart des maladies ont un caractère polygénique. Par conséquent, la défaillance génétique ne peut être éradiquée par l'élimination d'un gène unique et porteur du *« mal »*. Les avancées technologiques peuvent donner à la fois un espoir de commander un enfant avec des caractéristiques spécifiques et arbitrairement choisies. Alors *« les questions en matière de bioéthique sont souvent affaire de limites et de degrés : jusqu'où aller, jusqu'où ne pas aller ? »*[681].

393. « Bébé-médicament ». Ce concept est relativement nouveau dans l'espace public mais déjà enraciné dans les milieux de recherches scientifiques sur l'embryon humain. Il a fait l'objet de dispositions législatives pour la première fois en Grande-Bretagne. Il reste toujours interdit en Pologne et il ne figure pas dans le projet relatif à la loi de bioéthique. En France, le Comité Consultatif National d'Éthique s'interrogeait sur cette pratique le 4 juillet 2002[682] lorsqu'il estimait que la création de tels bébés faisait prévaloir le sauvetage thérapeutique de l'enfant malade sur l'atteinte spécifique de l'enfant *« fabriqué »*[683]. La loi du 6 août 2004 a créé une dérogation. Selon l'article L.2131-4-1 du code de la santé publique *« le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter »*. Depuis décembre 2006, après l'autorisation de l'Agence de la biomédecine, il est possible de procéder à une sélection d'embryons compatibles sur le plan immunologique (histocompatible) avec son frère ou sa sœur nés et atteint d'une maladie génétique grave (par exemple maladie de Falconi et de Huntington). La conception d'un enfant intervient alors dans le cadre de la procréation médicalement assistée assortie d'un

---

681 A. Cheynet de Beaupré, *Le bébé du double espoir*, Dalloz 3 mars 2001, n° 9, Point de vue, p. 603
682 CCNE, avis n° 72 du 4 juillet 2002
683 *Diagnostic préimplantatoire*, Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies du 1 août 2006, n° 15 ; A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, éd. PUF 2009, p. 635-636

dépistage préimplantatoire. Il convient de souligner que dans cette procédure existe un danger qui consiste à éliminer systématiquement les embryons ayant la même maladie, ou qui sont privés de certaines caractéristiques génétiques recherchées. En réalité, les tentatives sont assez modestes, car jusqu'en mars 2009 seulement cinq familles en France ont obtenu l'autorisation de recourir à la technique du bébé médicament. Ces tentatives ont été réalisées par l'équipe du Professeur R. Frydman à l'hôpital Antoine-Béclère à Clamart[684]. Depuis le vote de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique la pratique des *« bébés-médicaments »* sera systématisée tout en restant exceptionnelle. Aux termes du nouvel article L.2131-4-1 du code de la santé publique, il est autorisé de concevoir un enfant par la voie d'une fécondation *in vitro* pour pouvoir ensuite procéder aux greffes pour le compte de ses frères malades. Les embryons sont sélectionnés par un diagnostic préimplantatoire consenti par les couples. Le destin de cet enfant de substitution est prédéterminé. Sa conception n'est pas motivée directement par l'infertilité des parents, mais par son potentiel thérapeutique à exploiter. Ainsi, le droit médical français a introduit une sorte de classification des êtres en devenir : ceux destinés à naître et ceux destinés à servir *« d'un gisement de ressources biologiques »* [685]. Cet enfant médicament est donc un objet de propriété exclusive de ses parents.

394. Plan. La prohibition générale de la transformation des repères génétiques de l'homme connaît un certain nombre des dérogations autorisées mais limitées (§2).

§ 2 : Le régime actuel d'autorisation par dérogation

395. Quel est l'avenir de la nature humaine ? Les dérogations au principe de l'interdiction générale de recherches scientifiques sur l'embryon ne vont pas conduire à une véritable programmation génétique ? Les polémiques sont justifiées du fait que les interventions déjà légales, telles que les diagnostics prénataux, soumettent l'embryon aux intentions et aux critères fixés par un tiers[686]. Cependant, il est incontestable qu'ils permettent de détecter des anomalies immédiatement prise en charge lors de la grossesse, à la naissance et après la naissance. Les techniques connaissent un succès grandissant, depuis l'échographie qui est devenue un acte de routine jusqu'aux techniques plus invasives exigeant les prélèvements sur

[684] E. Saget, *Bébés médicaments en gestation*, L'express du 19 mars 2009, p. 24
[685] J.-R. Binet, *La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée du droit de la bioéthique*, Droit de la famille octobre 2011, études, p. 17-22
[686] J. Habernas, *L'avenir de la nature humaine, vers un eugénisme libéral*, éd. Gallimard 2001, p. 96

le tissu fœtal ou amniotique. L'accès aux examens génétiques a été élargi par la loi du 7 juillet 2011, ce qui a entraîné l'extension du conseil génétique associé désormais à l'échographie. Il convient de se demander si cette extension n'est pas dangereuse au regard du risque de l'eugénisme. L'accès aux examens des caractéristiques génétiques est juridiquement encadrée (A), et les pratiques eugéniques fondent l'objet d'une interdiction pénale (B).

A. L'accès à l'examen des caractéristiques génétiques et la sanction des abus

396. Le « profil génétique » soumis au dépistage-diagnostic. La loi française condamne explicitement toute sélection programmée et fondée sur des critères génétiques dans le but d'éviter le développement de l'eugénisme collectif (2). Les actes de diagnostic, y compris de diagnostics prénataux, et les actes de prélèvement constituent un acte médical légal et *« l'autorisation de ces pratiques est entourée d'un luxe de précaution destinée à conjurer les risques ... »*[687]. Les méthodes de dépistage et de diagnostic sont plus accessibles. Les tests biologiques proposés aux femmes sont de plus en plus performants et permettent de dépister une anomalie génétique dans l'ADN fœtal (1).

1. L'extension progressive du conseil génétique

397. Le phénomène de systématisation. Comme le souligne Monsieur J. Testard, *« là où le diagnostic prénatal permettait d'éviter le pire par élimination, le diagnostic préimplantatoire va élire le meilleur par sélection »*[688]. Aucune liste officielle de maladies n'est élaborée. Mais naturellement il faut s'attendre à l'augmentation progressive du nombre de maladies visées. L'extension est double : par élargissement du nombre de maladies et par élargissement de la population concernée. En Pologne, les diagnostics préimplantatoires sont encore officiellement interdits et effectués à titre exceptionnel dans une seule clinique à Gdansk depuis seulement 2005[689]. Le nombre d'actes en Pologne est d'environ 1000 tests génétiques[690], ce qui semble dérisoire face aux 70 000 tests en France. Ils sont, depuis la loi du 29 juillet 1994, un élément constant de la médecine prénatale française. Cette tendance connaît un réel succès. En 2009, le Comité Consultatif National d'Éthique se prononçait en

---

[687] A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, PUF 2009, p. 628

[688] Les risques de la purification génique, questions à P.-A. Taguieff, Esprit 1994, n° 199, p. 178 et s. ; Sur les diagnostics anténatales : M. Blanc, *Peut-on défendre l'eugénisme ?*, Esprit 1993, n° 192, p. 66,

[689] L. Bosek, *Les réflexions autour de réglementation de la procréation*, in *Débat : comment régler la fécondation in vitro*, 14-24 mars 2009, Université de Varsovie

[690] G. Umianowski, *Les problèmes éthiques du diagnostic prénatal des maladies héréditaires, L'expérience du conseil génétique*, Médecine légale 2005, n° 5

faveur de l'extension du dépistage de la Trisomie 21 dans le cadre de la procréation médicalement assistée lors du diagnostic préimplantatoire, une pratique interdite jusqu'à 2009[691]. Il convient de se demander si cette systématisation ne risque pas de conduire au développement d'une sorte *« d'eugénisme préventif »*. Notamment après la mise en vente sur les marchés des tests génétiques par la voie électronique, dont l'utilisation pourra devenir aussi banale que le recours aux tests de grossesse aujourd'hui[692].

2. Les sanctions des abus en droit français

398. Les sanctions pénales en droit français. Le fait de procéder à une interruption de grossesse après diagnostic prénatal sans avoir respecté les modalités exigées par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende (article L.2161-1 du code de la santé publique et de 511-20 du code pénal). En ce qui concerne les diagnostics préimplantatoires, la loi punit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende la méconnaissance des articles L.2131-4 et L.2131-4-1 du code de la santé publique (art. 511-21 du code pénal). Des peines complémentaires sont prévues par l'article L.2161-2 du code de la santé publique (art. 511-27 du code pénal) concernant les personnes physiques : par exemple l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale pour une durée de six ans au plus. La responsabilité des personnes morales peut être engagée dans les conditions de l'article 121-2 du code pénal et de l'article 511-28 du code pénal. Par son objectif, la réalisation matérielle du crime d'eugénisme se rapproche de celle des crimes contre l'humanité. Mais cette similitude n'est pas que ponctuelle. Les crimes contre l'humanité sont punis plus lourdement par la réclusion à perpétuité. Pour répondre aux menaces de dérives de certaines pratiques médicales susceptibles de servir à la criminalité organisée, le législateur français a introduit deux circonstances aggravantes. Pour le crime d'eugénisme aggravé et commis en bande organisée la peine, il y a réclusion à perpétuité (art.214-3 al.1). L'aggravation par participation à un groupement ou à une entente entraîne une peine de réclusion criminelle à perpétuité et de 7 5000 000 euros d'amende (art.214-4). La sanction pour crimes aggravés se rapproche de celle des crimes contre l'humanité par la disposition de

---

[691] M. Gomez, *Le Comité d'éthique admet le dépistage de la trisomie 21 avant l'aide à la procréation*, La Croix du 17 novembre 2009, Avis n° 107 du Comité Consultatif National d'Éthique du 15 novembre 2009 ; En revanche le 29 mai 2001, la position du Comité aux aux dépistages anténataux était beaucoup plus hostile. Dans son avis sur « *Handicap congénitaux et* préjudice » il a estimé la généralisation du dépistage prénatal peut apporter un « *risque d'aboutir à l'euthanasie de foetus parfaitement viables et de débaucher sur une éradication progressive des handicapés : on ne sera pas loin de l'eugénisme »* ; J.-M. Le Méné, *La trisomie est une tragédie grecque*, éd. Salvator 2009

[692] M. Blanc, *Peut-on défendre l'eugénisme*, Esprit 1993, n° 192, p. 66 ; Esprit 1994, n° 199, p. 178 et s. ; *Les risques de purification génique, les questions à P.-A. Taguieff*

l'article 214-3 al.2 relativement à la période de sûreté. La répression des pratiques eugéniques par l'article 214-1 et s. du code pénal français est donc une disposition à portée générale.

399. L'absence des sanctions en droit polonais. Aucune disposition législative polonaise ne fait référence explicite aux pratiques de nature eugénique : ni le droit pénal, ni le droit médical. Alors, le médecin polonais peut être poursuivi selon les règles générales de la responsabilité médicale, à la fois pénalement et professionnellement. La responsabilité pénale se fonde sur l'article 157a§1 et §2[693]. L'article 4 de la loi sur la profession médicale du 5 décembre 1996[694] impose une obligation de diagnostiquer et de traiter les maladies avec application des tests prénataux y compris génétiques sous peine de commettre une erreur de diagnostic par omission. Également la réglementation déontologique médicale consacre cette règle. L'article 39 du code de déontologie médicale dispose depuis 2004 que *« ... le médecin est tenu de préserver la santé et la vie avant sa naissance. Il ne peut pas participer aux procédures de clonage des êtres humains à des fins reproductives ou thérapeutiques »*. En revanche, aucune de ces dispositions précitées ne mentionne *« une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes »* comme c'est le cas de l'article 214-1 du code pénal français.

B. Le choix individuel ayant un impact collectif

400. L'eugénisme n'est pas un concept juridique stricto sensu. L'article 214-1 du code pénal français dispose : *« le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de 30 ans de réclusion criminelle et de 7 5000 000 euros d'amende »*. L'acte incriminé porte atteinte à la dignité de l'espèce humaine. Il comporte à la fois une dimension collective et symbolique. La pratique criminelle est définie par son objectif voire l'organisation de la sélection des personnes. Le défaut de précision permet d'accepter la conception la plus vaste et généralisée d'eugénisme comme *« susceptible d'influencer la transmission des caractéristiques héréditaires afin d'améliorer*

---

[693] **Article 157a §1 du code pénal polonais dispose** *« Qui cause un dommage à un enfant conçu ou d'un trouble de santé, menaçant sa vie, sera puni d'une peine restrictive de liberté ou d'emprisonnement pouvant aller jusqu'au 2 ans »*, **l'article 157a §2 dispose** *« Médecin ne commet pas un délit si des lésions corporelles ou des troubles de santé d'un enfant conçu sont conséquences des actions thérapeutiques nécessaires à l'abrogation danger qui menace la santé ou la vie de la femme enceinte ou l'enfant à naître »*, **l'article157a §3 dispose** *« ne sera punie la mère d'un enfant conçu qui commet l'acte spécifié au § 1 »* ; G. Umianowski, *Les problèmes éthiques du diagnostic prénatal des maladies héréditaires. L'expertise du conseil génétique*, Médecine légale 2005, n° 5

[694] La loi sur la profession médicale du 5 décembre 1996, Journal des Lois 1996, n° 28, position 162

l'espèce humaine »[695]. On déduit, qu'il s'agit d'une atteinte aux caractéristiques génétiques et pas à la vie d'un individu. L'eugénisme est directement incriminé par une série d'articles : 511-1, 511-27 et 511-28 du code pénal ainsi que 16-4 du code civil. Les pratiques eugéniques favorisent le choix des caractéristiques génétiques désirées et l'élimination de celles qui sont jugées indésirables (1). En revanche, l'eugénisme ne peut être assimilé aux pratiques médicales autorisées telles que la thérapie génique ou le dépistage prénatal (2).

1. Le défaut de définition juridiquement opératoire des pratiques eugéniques.

401. L'absence d'une définition internationale explicite. La condamnation éthique et pénale de l'eugénisme se fonde sur le principe de la dignité humaine, le principe de droit contemporain qui impose l'égalité entre les hommes par l'interdiction de toute sélection des personnes. Les formulations choisies dans les textes internationaux sont, dans la plupart des cas, privées d'une définition explicite des pratiques en question. Pour ces raisons, l'eugénisme comporte beaucoup de similitudes avec les crimes contre l'humanité. Elle se place aussi bien sur le plan de l'action matérielle, que sur le plan de la répression. Pour autant, l'eugénisme constitue une infraction autonome, située parallèlement à côté des crimes contre l'humanité. L'approche internationale fait, dans la majorité des textes, référence directe aux propriétés génétiques de l'espèce humaine. Il s'agit naturellement des groupes humains définis comme discriminés par leurs caractéristiques biologiques. Cette discrimination est directement interdite par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Après de la deuxième guerre mondiale, la Convention de l'ONU du 9 décembre 1948 sur la prévention et la répression des crimes a défini le génocide comme *« un acte visant à détruire tout ou partie d'un groupe national, ethnique, racial, ou religieux »*. Dans son article 2, elle définit le mode de destruction physique totale ou partielle, comme l'entrave aux naissances, ou la soumission aux conditions entraînant la destruction du groupe. L'article 13 de la Convention européenne sur les droits de l'homme et de la bioéthique d'Oviedo du 4 avril 1997, condamne la pratique en question sans employer expressément le terme d'eugénisme effectué par la voie d'une modification dans le génome de la descendance[696]. En dehors des normes européennes, la

---

[695] G. Hottois, J.-M. Missa, *Nouvelle encyclopédie de biologique,* éd. De Boeck, Université de Bruxelles 2001, p. 416

[696] Tant la France, que la Pologne sont des signataires de la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine signée le 4 avril 1997. L'article 19 porte sur les interventions sur le génome humain. Il dispose : *« Une intervention ayant pour le but de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques, et si elle n'a pour le but d'introduire une modification dans le génome de la descendance »*. La Recommandation du Conseil de l'Europe du 26 janvier 1982 n° 934 relative à l'ingénierie génétique comporte la proposition d'instauration d'un *« droit à un patrimoine génétique n'ayant subi aucune modification »*

protection du génome humain intervient à travers des textes n'ayant pas de valeur juridique contraignante. A ce titre, la plus significative reste la Déclaration Universelle sur le génome humain et les droits de l'homme adoptée le 9 décembre 1998 par l'ONU. En vertu de son article 1er, *« Le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité »*. C'est donc l'ensemble de la famille humaine qui fait objet de la protection. L'article 10 fait directement appel aux pratiques eugéniques, car : *« Aucune recherche concernant le génome humain (...) ne devrait prévoir sur le respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de la dignité humaine des individus ou, le cas échéant, des groupes d'individus »*[697].

402. La question de « l'avortement eugénique » devant la Cour européenne des droits de l'homme. La Convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas le droit à l'avortement, en application de l'article 2 de la Convention, l'avortement doit être défini comme une dérogation au droit à la vie et l'eugénisme n'est pas un droits de l'homme. Le 2 avril 2012, la Cour a été saisie par une requérante Lituanienne. Cette dernière a donné naissance à une fille trisomique. La mère prétend n'avoir pas été en mesure de se faire avorter car anomalie n'avait pas été dépistée à temps. Le juge européen devra se prononcer sur la question suivante : *« La Convention garantit-elle aux parents un droit à l'eugénisme, et en particulier de dépistage-élimination anténatal des fœtus malades ou handicapés ? Si oui, l'État a-il une obligation positive à cet égard ? »*[698]. De cette décision de la Cour dépend le maintien actuel de la condamnation de l'eugénisme *stricto sensu* et de l'avortement comme instrument potentiel de l'eugénisme.

403. La distinction entre les pratiques eugéniques et les interventions génétiques autorisées en droit interne français. Les interventions génétiques sont ici à la fois des actes positifs allant vers la promotion des caractéristiques désirées (eugénisme positif) et des actes négatifs tenant à éliminer les éléments génétiques indésirables (eugénisme négatif)[699]. Dans le

---

[697] La quasi-totalité des auteurs français met l'accent sur le principe de la dignité humaine donc : J.-P. Thomas, *Les fondements de l'eugénisme*, éd. PUF 1995 ; D. Jacobi, *L'éternel retour de l'eugénisme*, PUF 2006 ; C. Bachelard-Jobard, *L'eugénisme, la science et le droit*, éd. PUF, coll. Le Monde 2001 ; J. Habermas, *L'avenir de la nature humaine, vers un nouveau eugénisme libéral*, éd. Gallimard 2002, J.-P. Thomas, *Misère de la bioéthique, pour une morale contre les apprentis sorciers*, Paris, éd. Albin Michel 1998, p. 45-48 ; F. Jacob, La logique du vivant, Paris, éd. Gallimard 1970, p. 11-13 ; B. Jordan, *Les imposteurs de la génétique*, éd. Seuil, Paris 2000, p. 7-9

[698] CEDH, 2 avril 2012, affaire A. Kruzman c/Lettonnie, n° 33011/08

[699] Juris-Classeur Pénal, *Crimes contre l'espèce humaine*, Fascicule 1160-20, articles 214-4 à 215-4 du code pénal

contexte de la procréation humaine individuelle, plus particulièrement des diagnostics prénataux et des interruptions de grossesse pour motif médical, les manipulations sur l'embryon ne sont pas de nature eugénique mais orthogénique. Selon C. Bachelard-Jobard *« l'eugénisme serait la volonté d'améliorer l'espèce humaine, alors que l'orthogénie serait la possibilité d'avoir un enfant sain et de refuser une vie dont le destin est sévèrement compromis par des altérations génétiques »*. Les diagnostics restent facultatifs en vertu de la loi du 7 juillet 2011, aux termes de l'article L.2131-4 du code de la santé publique *« Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter »*. Collectivement, la formulation *« l'organisation de la sélection des personnes »* ne se limite désormais qu'à la génétique humaine. Aucun critère de sélection n'est légalement déterminé. Elle peut donc être interprétée de manière très extensive à condition qu'elle ne soit limitée qu'à un seul individu, qu'elle aura un impact collectif. Il est donc parfaitement possible de cumuler l'article 214-1 du code pénal avec le génocide ou les crimes contre l'humanité en général. Le passage à l'acte intervient en mettant en œuvre la sélection des personnes. Dans sa matérialité, l'eugénisme devra être vu comme une réalisation criminelle réalisée par un groupe dominant qui veut s'imposer par l'exclusion ou l'élimination des inférieures génétiques. Théoriquement, on peut imaginer la mise en place d'une infrastructure technologique ou un recrutement des scientifiques et puis le financement des travaux du personnel médical. Le projet eugénique est une action planifiée qui certainement peut être réalisée d'une manière quelconque. Ce choix de vocabulaire témoigne d'une double intention du législateur. En première lieu, il a renoncé à une liste exhaustive des actes ce qui laisse à penser qu'il a voulu s'ouvrir aux interventions biomédicales potentielles et futures. En deuxième lieu, il ne s'est pas prononcé sur la qualité de l'auteur. Par conséquent, il est permis de supposer que l'auteur n'est pas nécessairement un professionnel de santé exécutant une sélection génétique commandée et organisée, mais qu'il peut s'agir de chaque personne dès qu'elle participe à la mise en pratique d'une action planifiée. Dans tous les cas, l'auteur devra avoir une parfaite perception de son activité criminelle.

2. Entre réglementation et interdiction des pratiques eugéniques

404. L'interdiction générale imposée par l'article 214-1 du code pénal français. Cette interdiction a été imposée par la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique. Les pratiques évoquées attisent les fantasmes aussi bien des généticiens que des gens ordinaires prêts à croire et à espérer qu'on puisse façonner et prédire à l'avance la vie de l'individu. Les résultats parfois miraculeux des recherches scientifiques démontrent que l'eugénisme ne doit

pas être perçu comme une abstraction qui se glisse dans la norme pénale sous les inspirations historiques. Ce phénomène est désormais d'actualité et signifie concrètement une programmation collective de la sélection des personnes qui est automatique, obligatoire, généralisée et interdite[700]. Face à l'eugénisme, les scientifiques peuvent être séduits par deux types d'arguments. D'une part, la sélection génétique pourra contribuer au développement de la médecine préventive et permettre une meilleure filtration des prédispositions aux maladies. D'autre part, la connaissance avancée des gènes humains pourra faciliter l'exploitation des potentialités de l'homme au sein de la société[701]. La mission de la loi consiste ici à concilier les différents impératifs qui rivalisent. En 2001, le Conseil Constitutionnel français a considéré, que l'eugénisme n'est constitutionnellement condamné qu'à travers des pratiques collectives à finalité eugénique. On peut penser qu'une telle prise de position autorise implicitement certaines interventions médicales même à finalité eugénique au nom du droit à la santé ou du respect de la dignité humaine. La formule généraliste acceptée par le juge constitutionnel invite à s'interroger sur la véritable nature des pratiques susceptibles de relever à la sanction pénale. D'autant plus, qu'en réalité l'interdiction des pratiques en question connaît de nombreuses dérogations. Vu les variétés de procédés procréatifs actuellement disponibles, il faudra étudier le phénomène de l'interaction entre l'eugénisme et les autres interventions biomédicales licites telles que la thérapie génique et le tri génétique des embryons.

405. Les pratiques eugéniques face à la thérapie génique. En ce qui concerne les thérapies géniques, elles sont généralement neutres. Leur statut juridique dépend de la façon dont leur objectif a été défini. Elles seront autorisées au nom d'un certain nombre de droits fondamentaux attribués à l'homme. L'article 16-4 du code civil français est une parfaite illustration car il autorise la thérapie génique somatique en vue de traiter des maladies héréditaires. Les recherches autorisées doivent avoir pour motif principal, voire unique, la future thérapie. On peut penser qu'une telle prise de position autorise implicitement certaines interventions médicales même à finalité eugénique au nom du droit à la santé ou du respect de la dignité humaine. La formule généraliste acceptée par le juge constitutionnel invite à s'interroger sur la véritable nature des pratiques susceptibles de relever de la sanction pénale. D'autant plus, qu'en réalité l'interdiction des pratiques en question connaît de nombreuses dérogations. Vu la variété des procédés procréatifs actuellement disponibles, il faut étudier le phénomène de l'interaction entre l'eugénisme et les autres interventions biomédicales licites

[700] A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, éd. PUF 2009, p. 592
[701] J. Hiernaux, *L'avenir biologique de l'homme*, coll. Cercle d'éducation populaire, éd. Bruxelles 1964

telles que la thérapie génique et le tri génétique des embryons visant à prévenir ou à traiter une affection individuelle, une anomalie particulière. Indépendamment de son objectif thérapeutique, la thérapie génique somatique est susceptible de déclencher de réelles conséquences sur l'intégrité génétique de la descendance. Paradoxalement, malgré le résultat obtenu à caractère germinal *« de telles thérapeutiques restent licites dans la mesure où la modification de la descendance n'est pas directement recherchée, mais ne serait que l'effet second du but thérapeutique individuel poursuivi »*[702]. Indépendamment de son objectif thérapeutique, la thérapie génique somatique est susceptible de déclencher de réelles conséquences sur l'intégrité génétique de la descendance, les conséquences qui ne sont pas toutes connues. Naturellement, une réflexion s'impose ici pour savoir si dans cette hypothèse particulière il ne s'agit plutôt pas de détourner le vocabulaire pour dissimuler le vrai objectif du chercheur ? Comment lutter contre ces résultats indésirables ? Il semble que le spectre de moyens est assez étroit. Cela dit qu'il faut s'appuyer sur la procédure de l'activité scientifique au cas par cas[703].

406. Les pratiques eugéniques et le tri génétique. Le tri génétique des embryons n'est pas un eugénisme collectif, mais il est susceptible d'intervenir à l'occasion de certaines pratiques liées à la procréation médicalement assistée comme des injections intra-ovocytaires de spermatozoïdes conduisant directement à la surproduction des embryons. Néanmoins, ce tri génétique ne sera pas comparable à l'eugénisme tant qu'il se basera sur des considérations éthiques respectant l'autonomie individuelle. Dans ce cas précis, il traduit le respect du choix d'un couple dès que la loi donne à ce couple un droit de faire ce choix. De plus, le tri des embryons présente un avantage incontestable qui est la contribution au développement de la médecine fœtale[704]. Les éventuels procédés, dont la nature sélective se rapproche de l'eugénisme, doivent être considérés comme un prix à payer pour satisfaire la volonté d'avoir un enfant en bonne santé.

407. La délimitation entre l'eugénisme et la procréation médicalement assistée. La loi n'assimile pas l'eugénisme à la procréation médicalement assistée ni au dépistage prénatal. En revanche, une ambiguïté apparaît dans l'application des techniques postérieures à la

---

[702] Répertoire Pénal Dalloz, Étude : *Corps humain* par J. Penneau, septembre 2008, n° 298, p. 25

[703] S. Hanette-Vauchez, *Le droit de la bioéthique*, éd. La Découverte 2009, p. 16 ; A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, éd. PUF 2009, p. 591-592

[704] A. Balaud-Guillet, *Le statut du foetus ex utero*, LPA, 1998, n° 11, p. 8 ; D. Alaeud, *Manuel de culture générale, Étude : Bioéthique* , Paris, éd. Hachette 2001, p. 37-38 ; J. Morange, *Génétique et droits de l'homme*, Études Auby, Dalloz 1992, p. 785 ; S. Regourd, *Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort*, RDP 1981, p. 403 ; J. Vacarie, *Examen génétique et médecine préventive*, RDSS 1993, p. 429

fécondation et destinées à améliorer le taux de succès du transfert des embryons. Elle est naturellement liée au statut encore mal clarifié de l'embryon. L'une des pratiques médicales pleines de controverses est la co-culture embryonnaire. Elle pose le problème de la fragilité du génome de l'embryon qui devient carrément un simple matériel biologique cultivé *in vitro.* L'arrêt du 12 janvier 1999 relatif au guide des bonnes pratiques en assistance médicale à la procréation autorise la prolongation de la culture de l'embryon jusqu'au J 5 à J 7 en favorisant naturellement son transfert plus tardif[705]. Si la position du Comité Consultatif National d'Éthique reste relativement neutre sur cette question[706], il semble que du point de vue strictement médical le vrai danger de la co-culture consiste à l'exposition des embryons aux risque de contamination ou de déformations liées aux manipulations médicales. Lors des processus évoqués, la sélection effective des embryons se fait en fonction de leur stade de développement souhaité. La vie des embryons *in vitro* pourra aussi bien être mise en danger pendant la congélation en azote liquide. Une très faible résistance à la congélation peut facilement conduire à leur sélection puis à la destruction des plus faibles. On constate donc le caractère incontestable mais assez flou de la délimitation entre les pratiques eugéniques et la procréation médicalement assistée.

408. Plan. La protection du patrimoine génétique de l'homme est pénalement assurée. Mais le développement des nouvelles technologies et la naissance d'un *« marché international »* en matière de procréation humaine témoignent de l'existence de deux modèles : l'un est le modèle légal prohibitionniste, l'autre est le modèle légal permissif qui permet certaines interventions extérieures controversées (Section 2).

SECTION 2
Les limites du droit à la reproduction liée à la nature des interventions extérieures

409. Le système juridique français se rapproche du régime polonais ; ils sont tous des deux des modèles classiques prohibitionnistes. En premier lieu, ils excluent le clonage reproductif même lorsque ce dernier devient théoriquement un mode de reproduction proche de l'assistance médicale à la procréation. Ensuite, ils refusent de distinguer la gestation pour

[705] L'arrêt du 12 janvier 1999 relatif au guide de bonnes pratiques en assistance médicale à la procréation, JORF 28 février 1999, postérieurement modifié par l'arrêt du 10 mai 2001 ; JORF 15 mai 2001 puis l'arrêt du 18 juillet 2002, 31/7/ 2002

[706] CCNE, Avis n° 43 du 30 mars 1994, sur *« L'évolution des pratiques d'assistance médicale à la procréation »*

autrui et la maternité pour autrui. Enfin, ils ne fondent aucune différenciation entre l'insémination posthume et le transfert d'embryon *post mortem* s'agissant du résultat final. Simultanément, une réflexion s'impose aussi bien dans la doctrine française que polonaise, plus particulièrement en ce qui concerne du phénomen de la procréation clandestine. Elle reste souvent inspirée, entre autres, par les législations de la *common law*, qui sont passés d'une grande sévérité de la répression à une grande tolérance. La réflexion sur l'adaptation, voire l'aménagement législatif, invite d'une part à se pencher sur les conséquences d'une éventuelle remise en cause des grands principes du droit, et d'autre part à s'interroger sur la notion de *« droit à l'enfant »* à la lumière de la pratique contemporaine et très prometteuse de la reproduction humaine. Dans une société de consommation comme celle dans laquelle nous vivons, l'enfant à naître ne peut être considéré comme un objet accessible pour tout le monde. Un simple désir ne peut créer le droit de lui-même, l'exigence d'un projet parental n'est donc pas suffisant à la reconnaissance du *« droit à l'enfant »*. Telle est la position du législateur français en 1994, 2004 et en 2011. Elle s'oppose fermement à la gestation pour autrui et elle choisit de favoriser l'intérêt de l'enfant plus que le *« droit à l'enfant »*. Ce raisonnement est maintenu dans les avis du Comité Consultatif National d'Éthique en 2006. La loi fixe les limites du désir même lorsque ce dernier est médicalement réalisable. C'est actuellement le cas de l'insémination *post mortem* et de la gestation pour autrui. Il en est de même du clonage reproductif qui fait l'objet d'une criminalisation particulièrement sévère, tant à l'égard des dangers actuels qu'il présente qu'à l'égard des dangers potentiels. Les limites du droit à la reproduction se fondent sur les références aux grands principes du droit (§ 1). Par ailleurs, la revendication du droit à l'enfant invite à une réflexion sur la légitimité de certaines interventions extérieures telles que la gestation pour autrui et l'insémination *post mortem* (§ 2).

§1 : L'état actuel du droit et ses difficultés

410. Les nouvelles technologies médicalement accessibles représentent un potentiel immense face aux drames d'infertilité. Mais tout progrès se réalise par une transgression des valeurs. La loi doit trouver un compromis entre le droit de l'enfant en tant que personne humaine et le droit à l'enfant de plus en plus souvent revendiqué. Dans un premier temps, il convient d'étudier quelles peuvent être les causes et les conséquences d'une éventuelle intervention législative sur l'application des grands principes du droit.

411. Actuellement deux modèles légaux coexistent. Le premier c'est le modèle prohibitionniste (le système français et polonais), le deuxième c'est le modèle permissif (la culture de la *comman law*) qui est passé d'une grande sévérité répressive à une grande tolérance face à l'application des nouvelles technologies. Les droits français et polonais cultivent la prohibition totale. Ils s'assimilent sur deux points : par l'exclusion totale du clonage reproductif et par l'appréciation similaire de la maternité de substitution et du transfert d'embryon *post mortem*. La lecture des dispositifs pénaux en France et en Pologne témoigne de la similitude des positions, car les deux systèmes refusent de distinguer gestation et maternité pour autrui. Ils ne fondent aucune différenciation entre l'insémination *post mortem* et le transfert d'embryon *post mortem*. Dans les deux systèmes, juridiques la légalité de l'opération est conditionnée car l'homme et la femme doivent être vivants[707]. Ensuite, il faudra s'interroger sur *« le droit à l'enfant »*. Sachant que certaines techniques de procréation peuvent apporter une réponse efficace lorsque la procréation médicalement assistée ne s'applique pas, depuis quelques années une réflexion se développe dans les deux pays. Si en France, elle a abouti à la préparation d'un projet par un groupe de travail au Sénat et finalement au vote de la révision de 2011, en Pologne elle se réduit à un aspect purement théorique et doctrinal. Mais la réalité sociale montre une urgence de légiférer. D'une part, ça permettra de répondre à l'impossibilité de porter un enfant et de développer l'idée de la solidarité sociale comme c'est le cas de la gestation pour autrui. D'autre part, le but de légiférer consiste à cesser l'exploitation des femmes, qui se livrent aux pratiques clandestines du tourisme procréatif entraînant des risques physiques et souvent une déchéance morale. Il faut rappeler, que ni le droit français, ni le droit polonais, n'ont reconnu explicitement le *« droit à l'enfant »*. Il en est de même de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dont l'interprétation pose des difficultés interprétatives car le respect de la vie privée ne garantit pas directement le droit d'avoir un enfant. Comme le souligne Monsieur R. Frydman, le désir légitime des parents *« a des limites qui sont celles de la science et de l'éthique »*[708]. Il s'agit bien du clonage reproductif car permettant des modifications, voire des unifications génétiques inacceptables. Dans cette perspective, la révision des lois bioéthiques de 2011 en France a été une occasion de répondre à la question de savoir si avoir un enfant est ou non un droit fondamental. Il convient de noter l'absence regrettable de la réglementation en matière de clonage reproductif au sein du code pénal polonais. Les juristes ne peuvent prendre références qu'aux normes civiles et éthiques élaborées au sein du code d'éthique médicale notamment après la réforme en 2003. En l'état actuel du droit, la

[707] Article 311-20 du code civil français et L. 2141-2 du code de la santé publique
[708] R. Frydman, *La synthèse de presse bioéthique via internat du 22 avril 2009*, http://genetique.org

revendication du *« droit à l'enfant »* ne peut justifier la gestation pour autrui, l'insémination posthume et le clonage reproductif (A), ni de la gestation pour autrui (B).

A. L'interdiction expresse de l'insémination posthume et du clonage reproductif

412. Présentation. La discussion sur la procréation humaine est un véritable terrain de *« guerre des idées »*. Deux tendances radicalement opposées s'affrontent ici. D'un côté se situent ceux qui prônent le *« droit à l'enfant »* à tout prix et la réalisation du désir d'avoir un bébé conçu et aimé grâce à la solidarité entre individus. Ils dénoncent l'exploitation des femmes et réclament ouvertement de lutter contre les pratiques procréatrices clandestines. De l'autre côté se trouvent les partisans du maintien du régime prohibitionniste actuel. Pour eux, l'exploitation des *« femmes-médicaments »* va entraîner la production d'*«enfants sur ordonnance »* ou des *« bébés-marchandises »*. Si cette deuxième vision paraît trop radicale, il faut dès maintenant, prendre des mesures pour éviter la transformation de l'enfant en un objet destiné à soulager la souffrance des parents demandeurs. Les deux systèmes pénaux français et polonais interdisent aussi bien l'insémination posthume (1), que le clonage (2).

1. L'interdiction du transfert d'embryon post mortem

413. Le droit polonais. En Pologne il n'existe aucune référence directe, mais l'insémination posthume fait l'objet de réflexions doctrinales au sein du Groupe d'experts sur la Convention de bioéthique. Pour certains auteurs polonais comme Monsieurs M. Nesterowicz et W. Wróbel, l'inadmissibilité des inséminations posthumes se justifie par leur contradiction avec l'article 58§2 du code civil. Monsieur M. Nesterowicz pense que *« l'insémination post mortem ne poursuit pas la fonction de procréation du mariage, qu'elle reste contraire au principe de bien-être de l'enfant ainsi conçu »*. D'autres professeurs de droit comme E. Zielińska, E. Bartnik et J. Zaremba préconisent l'admissibilité de la fécondation *in vitro* à la demande d'une femme si le donneur de sperme a exprimé préalablement une telle volonté avant sa mort[709]. On observe une similitude entre la doctrine française et la doctrine polonaise, notamment par la prise en compte de la volonté du défunt. Du fait que cette volonté ne peut être vérifiée après la mort, elle doit se manifester avant l'opération médicale. Deux difficultés d'ordre pratique apparaissent. D'un côté, on peut toujours imaginer la rétractation du consentement par le père, ce qui est impossible après la mort. De l'autre côté,

[709] Université Jagielloński, Section de droit médical, *L'assistance médicale à la procréation*, 11/2008, http://prawomedyczne.blogspot.com/2008/11/prokreacja-medycznie-wspomagana.htlm

il est permis de penser simplement que le père a oublié d'exprimer sa volonté ou il n'a pas été pas en mesure de le faire. Le critère de volonté semble donc être juridiquement acceptable, mais pratiquement difficile à mette en place. L'impossibilité de faire vérifier la nature exacte du consentement a conduit en Espagne et en Grande Bretagne à l'exclusion de la filiation paternelle du père biologique[710]. La doctrine française reste divisée en ce qui concerne la filiation paternelle en cas d'insémination posthume avec des embryons congelés. Pour Monsieur M. Nesterowicz, la mère inséminée pourra obtenir la filiation paternelle du père biologique, donneur de sperme en vertu de l'article 84§2 du code de la famille et de la cotutelle. Cette solution ne fait pas l'unanimité chez les civilistes polonais[711].

414. L'approche de la jurisprudence française illustre une évolution circonstanciée de l'insémination post mortem. D'abord le juge français tranchait les litiges différemment en fonction du moment où la fécondation avait lieu. Puis, il refusait catégoriquement l'insémination posthume. Le 26 mars 1991, le Tribunal de Grande Instance de Toulouse a rejeté la demande de restitution du sperme après la mort du mari en vue de l'insémination de la survivante[712]. En revanche, l'opération peut être effectuée lorsque la gestation est retardée. Le 10 novembre 1992, le Tribunal de Grande Instance d'Angers a estimé que l'enfant est bien légitime lorsqu'il est né suite à une réimplantation après la fécondation *in vitro* lors du mariage et opéré après la mort de son père[713]. Une autre fois, le 9 janvier 1996, la Chambre civile de la Cour de Cassation a jugé l'inverse[714]. La tendance prohibitionniste est maintenue par une jurisprudence plus récente. Le 15 octobre 2009, le Tribunal de Grande Instance de Rennes a refusé la restitution du sperme congelé d'un époux décédé à une veuve afin de se faire inséminer à l'étranger. Avant son décès causé par un cancer trois mois après le mariage en juin 2008, le défunt avait effectué quelques dépôts de sperme au Centre d'études et de conservation des œufs et du sperme (CECOS) de Rennes. Conformément, à la loi française, le juge de référé a rappelé les obstacles à l'insémination ou au transfert d'embryon parmi

---

[710] R. Grote, *Aspects juridiques de la bioéthique, Le législation allemande*, RTDC 1999, n° 1, p. 91 ; R. Adorno, *Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée, primauté de la technique ou primauté de la personne*, RTDC 1994, n° 1, p. 141

[711] Z. Wojtasiń ski, *Insémination artificielle et les embryons congelés*, Journal Rzeczpospolita 3 janvier 2001 ; M. Nesterowicz, *Les problèmes juridiques de l'insémination post mortem*, Droit et Médecine 2002, n° 4, P. 31 ; M. Nesterowicz, *La protection de la personnalité juridique et la procréation médicalement assistée*, in *Traité de droit et de la philosophie*, UMK, Toruń 1998, p. 201 ; Z. Radwań ski, *La situation de l'enfant en cas de l'insémination artificielle de la mère*, Studia Juridica Silesiana, vol. V, 1979, p. 184 ; M. Safjan, *Droit face aux interventions dans la procréation humaine*, Varsovie 1990, p. 307 ; K. Piasecki, *Code de la famille et de co-tutelle avec commentaire*, Édition juridique, Varsovie 2000, p. 520

[712] TGI de Toulouse, 26 mars 1991, Semaine juridique, éd. gén. II, 1991, n° 21807, note Perot ; Dalloz 1992, sommaire, p. 61, observation X. Labbée

[713] TGI de Toulouse 10 novembre 1992, Dalloz 1994, sommaire, p. 30, note X. Labbée

[714] Cass. Civ., 9 janvier 1996, n° 96-15988, Revue trimestrielle de droit civil 1996, p. 359, Dictionnaire Permanente de Bioéthique et Biotechnologie, étude : *Maternité de substitution*, p. 1279

lesquels figure le décès d'un membre du couple[715]. Dans le même temps, les beaux-parents ont sollicité auprès du Président de la République une dérogation qui leur a été refusée.

415. Le droit français actuel. Si le Comité Consultatif National d'Éthique a privilégié la décision de la mère, il conditionnait l'accord à l'insémination posthume par l'absence de toute pression exercée sur la mère, par exemple par son conjoint décédé en vue d'assurer l'héritage familial. Le Conseil d'État avait pris une position beaucoup plus restreinte. En 1999, il se prononçait en faveur du transfert d'embryon *post mortem* avec le consentement préalable du couple. La veuve aurait pu se faire inséminer dans le délai d'un an après le décès du mari sur une demande unique. On peut constater qu'en Pologne la position dominante reste toujours hostile à l'insémination posthume, en revanche la doctrine français opte plutôt pour le développement des embryons, que pour leur destruction[716]. Pour faire face à cette ambiguïté, un amendement parlementaire a été déposé à l'occasion des travaux préparatoires, mais il n'a pas été suivi d'effet. Dans la loi du 6 août 2004 le transfert d'embryon *post mortem* est clairement interdit. L'article L.2141-4 du code de la santé publique dispose, après la révision le 7 juillet 2011 que *« En cas de décès de l'un des membres du couple, le membre survivant ne peut être consulté avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du décès, sauf initiative anticipée de sa part »*. La mère veuve peut s'opposer légitimement à un don en condamnant l'enfant à venir à une destruction[717].

2. L'interdiction du clonage reproductif

416. La prohibition du clonage reproductif représente l'ultime interdiction en matière de bioéthique. Le clonage est, par sa nature, contraire au principe la dignité humaine propre à l'espèce humaine, même lorsque selon l'expression de Monsieur J.-F. Seuvic, cette humanité n'est pas que potentielle[718]. La dignité se traduit, entre autre, par l'individualité de chaque personne. Or le clonage est défini par le code pénal français, depuis la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique, comme un crime contre l'espèce humaine. Cette référence à la dignité humaine constitue le fondement de la condamnation pénale. Le code pénal polonais ne comporte aucune disposition relative au clonage humain. L'article 214-2 du code pénal

[715] http://actu.voila.fr/actialités/france/2009/10/15, la décision non publiée
[716] C. Chabault, *A propos de l'autorisation du transfert d'embryon post mortem*, Dalloz 2001, n° 18, 1396 et 1397
[717] CCNE, Avis n° 40 sur « *Le transfert d'embryon après décès du conjoint ou du concubin* » du 17 décembre 1993
[718] J.-F. Seuvic, *Variations sur l'humain comme valeurs pénalement protégées*, Mélanges C. Bolze, éd. Economica 1999, p. 353

français définit le clonage reproductif comme *« toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée »*. La réalisation pratique exige la mise en place effective de la sélection artificielle dont la définition reste contraire à la loterie d'hérédité assurant de manière naturelle la diversité génétique de l'espèce humaine. La même interdiction existe sur le terrain du droit civil français dans le nouvel article 16-4 du code civil, réitéré dans l'article L.2151-1 du code de la santé publique. Le clonage reproductif se distingue des pratiques telles que le clonage thérapeutique et l'assistance médicale à la procréation. Certaines techniques employées sont identiques. Cependant, c'est la finalité qui distingue les deux types d'opérations. Le clonage dit thérapeutique vise la création d'un embryon destiné à des fins de recherches pendant que le clonage dit reproductif s'inscrit dans une logique de sélection des êtres humains[719]. Le clonage reproductif se rapproche de l'assistance médicale à la procréation par similitude de la finalité recherchée, à savoir la création des êtres vivants. Les deux opérations diffèrent dans leur appréciation juridique. Il se trouve que les deux notions appliquent un vocabulaire différent, d'un côté la reproduction, de l'autre la procréation. Même si les deux techniques cherchent, au départ, à remédier à une infertilité pathologique en donnant naissance à un enfant, la loi exclut le clonage reproductif de la définition de la procréation médicalement assistée. Enfin, il faut remarquer le rapprochement entre le clonage reproductif et l'eugénisme. Ce rapprochement se manifeste en droit français au niveau de la sanction pénale. Le clonage reproductif, en tant que fait singulier, est puni au même titre que les plus lourds crimes en France, de 30 ans de réclusion criminelle qui est de 7 500 000 euros d'amende (article 214-2 du code pénal). La réclusion criminelle à perpétuité et de 7 500 000 euros d'amende est prévu à l'article 214-3 du code pénal lorsque le crime est commis en bande organisé sous la forme d'un groupement formé ou d'une entente établie en vue de la préparation matérielle du clonage. Pour assurer l'efficacité de la répression, est appliqué l'article 132-23 du code pénal relatif à la période de sûreté. L'obtention effective d'un clone n'est pas exigée, mais la tentative est punie. Or il est difficile d'imaginer que les pratiques du clonage soient réalisées sans aucun engagement et aucune préparation technique préalable. Les actes préparatoires sont spécialement incriminés. Le clonage se définit premièrement par son objectif et deuxièmement par son but. La loi du 6 août 2004 a introduit les dispositions visant à sanctionner le fait de faciliter le clonage. L'article 511-1 du code pénal puni de 10 ans d'emprisonnement et de 1500 000 euros d'amende le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou des gamètes dans le but de faire naître un enfant-clone. L'extension de l'application de la loi est prévue par l'article 511-1-1 qui puni de 3 ans d'emprisonnement et

[719] A. Laude, B. Marthieu, D. Tabuleau, *Droit de la santé,* éd. PUF 2009, p. 600

de 45 000 euros d'amende la propagande ou la publicité en faveur de l'eugénisme ou du clonage reproductif. Les personnes morales seront responsables en vertu de l'article 511-28[720]

417. Le clonage en Pologne. En l'absence de toute législation pénale en matière de clonage, c'est le code de la déontologie médicale qui, après la réforme en 2003, comporte une série d'interdictions[721]. Il développe une double ligne éthique. Le code opte pour la protection de la vie humaine dès son commencement jusqu'à la mort naturelle (article 39). Il oblige le médecin à préserver la santé de la mère autant que celle de l'enfant. L'article 39 bis vise directement l'interdiction du *« fait de participer aux procédures de clonage des êtres humains à des fins reproductives »* par un professionnel de la santé. On voit donc, que la norme déontologique polonaise n'exige pas que le clone soit effectivement crée. L'objectif de cette norme est avant tout d'éviter le plus tôt possible le clonage[722]. L'article 45§2 du même code dispose : *« Le médecin ne peut effectuer des expériences de recherches impliquant des êtres humains au stade embryonnaire »*. Mais cette disposition a une portée générale, elle ne mentionne pas explicitement, qu'il s'agit du clonage humain. Même si la loi pénale polonaise n'incrimine pas encore le clonage reproductif, la doctrine est consciente du danger qu'il représente. Monsieur T. Twadrowski et Madame A. Michalska estiment que les menaces sont nombreuses, liées au clonage et susceptibles de bouleverser le droit, elles proviennent également de l'industrie pharmaceutique. Car en l'absence de toute pénalisation, ce qui est le cas de la Pologne, les organismes évoqués peuvent être intéressés par la diminution des risques de dommages en matière d'assurances[723].

---

[720] Dictionnaire Permanente de Bioéthique et Biotechnologie 2004, étude *« Assistance médicale à la procréation »*, 116 ; Juris-Classeur Pénal, *Infractions en matière d'éthique biomédicale*, Art. 511-1 à 511-28 ; Juris-Classeur Pénal, *Crimes contre l'espèce humaine*, Art. 214-1 à 215-4

[721] Code de la déontologie médicale, texte du 2 janvier 2004 avec les amendements adoptés le 20 septembre 2003 par le Congrès extraordinaire des médecins ; J. Umianowski, *Déclaration sur la Conférence nationale : Médecin, Ethqiue, Économie du 16 juin 2003*, Puls 2003, p. 7 ; P. Gajewski, Gazette de médecine 2002, n° 5 ; K. Radziwiłł, *La révision du code de la déontologie médicale 8 septembre 2003*, Puls 2003 ; R. Krajewski, *Code de la déontologie médicale polonaise dans Union Européenne*, Gazette de médecine 2004, n° 6 ; T. Basiega, *Code de la déontologie médicale*, Médecine Pratique 2006, n° 9 ; Médecine pratique et gynécologie 2006, n° 5 ; T. Brzeziński, *Éthique médicale*, Varsovie, éd. PZWL 2002, p. 37

[722] Texte de la promesse médicale, Le projet, Gazette de médecine 2003, n° 5

[723] T. Twardowski, A. Michalska, *Clonage et ses controverses* in W. Boloz, *Clonage humain et eugénisme*, Médecine dans l'époque de développement 2001, n° 1, hors-série

B. L'interdiction de la gestation pour autrui

418. La notion de gestation pour autrui. Le phénomène de la gestation pour le compte d'autrui a plusieurs dénominations : la maternité pour autrui, la maternité de substitution, location d'utérus ou encore prêt d'utérus. Selon la manière dont l'action est réalisée, il est possible de distinguer deux types de procédés. Le première, appelé la maternité de substitution, est une situation dans laquelle une femme qui donne naissance à l'enfant et sa mère biologique est génitrice est gestatrice. Le deuxième procédé appelé la gestation pour autrui, implique la présence d'une femme qui accepte de porter l'embryon d'un couple dans lequel la femme n'est pas capable d'assurer sa gestation. Quel que soit la formule choisie, la gestation pour autrui est caractérisée par la mise en place d'une activité individuelle, ou d'une activité associative en vue de faciliter une maternité de substitution (1). Ce type de procréation pour autrui fait l'objet de sanctions pénales aussi bien en France qu'en Pologne (2).

1. L'interdiction des associations ayant pour but de faciliter la maternité de substitution

419. L'activité illicite de l'association. En 1989, la Chambre civile de la Cour de cassation a précisé le caractère illicite de l'activité de l'association[724]. Cette activité contient, selon la Cour, plusieurs étapes. D'abord, il s'agit de créer une situation d'abandon en vue de détourner l'adoption. Ensuite, l'association facilite la rédaction et l'exécution de la convention entre les parents-demandeurs et la mère de substitution. Contrairement à la situation polonaise, en France on note l'existence d'Associations comme *« Les Cigognes »* à Strasbourg et *« Alma mater »* à Marseille[725]. L'activité de ces associations exigeait un degré d'organisation interne tourné vers *« l'étude du marché »* de la maternité. Le droit pénal polonais n'exige pas que l'activité soit organisée par une structure ou une association. Pour le juge français, une telle activité associative est contraire aux principes généraux du code civil et du code pénal. L'élément commun des droits français et polonais est l'interdiction de la marchandisation du corps humain. Les principes d'ordre public, similaires dans les deux pays, s'opposent à la

[724] Cass. Civ., 13 décembre 1989, n° 88-15.655

[725] Les deux associations ont été dissolues. Respectivement, l'association alsacienne « *Les cigognes* » n'a pas été enregistrée par le préfet du Haut-Rhin : TA de Strasbourg du 17 juin 1986, JCP, éd. gén., 1987, II, n° 20719. Cette décision était confirmée par le Conseil d'État le 22 janvier 1988, RDSS 1988, p. 317. L'association marseillaise « *Alma mater* » a connu le même parcours juridique : d'abord le TA de Marseille a refusé de l'enregistrer le 29 avril 1988, cette décision a été confirmée finalement par la Cour de cassation le 13 décembre 1989 : Cass. Civ., 13 décembre 1989, n° 88-15.655

reconnaissance de la légalité de la convention portant sur la maternité de substitution. La sanction pénale repose, en France[726] et en Pologne, sur le principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Le 17 décembre 2008, la Cour de cassation a élargi les effets du caractère illicite de la convention sur la maternité pour autrui aux transcriptions à l'état civil des décisions étrangers qui établissent la filiation des enfants à leurs futurs parents[727]. Cette interprétation a été également maintenue par le Conseil d'État le 8 juillet 2011[728] et par la Cour de cassation le 6 avril 2011[729]

2. La sanction pénale de la procréation pour autrui

420. En France. La loi du 29 juillet 1994 a introduit dans le code pénal français l'article 227-12 qui dispose que *« le fait de se s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre »* est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. La tentative est punissable et le caractère habituel double la peine. L'article 227-13 du code pénal sanctionne la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. En revanche, ces deux dispositions paraissent incomplètes et incertaines pour l'effectivité des sanctions pénales. Premièrement, l'article 227-12 ne mentionne pas explicitement de convention pour la maternité de substitution. Deuxièmement, l'article 113-2 al.2 du code pénal exige qu'au moins un élément constitutif se déroule sur le territoire de la République française. Cette exigence pose des difficultés pratiques pour les poursuites.

421. En Pologne. L'article 253 du code pénal polonais prévoit la protection de l'enfant de la conception à l'âge de la majorité légale. Il pénalise la traite des êtres humains et dans son paragraphe 2 il dispose : *« la personne qui en vue de tirer des profits financiers procède à l'adoption des enfants contrairement aux dispositions de la loi, sera punie d'une peine privative de liberté de 3 mois à 5 ans »*. En Pologne, l'auteur peut donc être une personne individuelle agissante de manière isolée. Mais, l'auteur doit volontairement et effectivement mettre en place les moyens en vue d'une adoption illicite contre une rémunération. Tout comme l'article 227-12 du code pénal français, la convention de maternité pour autrui n'est pas mentionnée. On peut, en revanche, admettre que la réalisation matérielle du délit, tant en

[726] Il convient de citer plus particulièrement l'arrêt de principe : Cass. Civ. Assemblée Plénière du 31 mai 1991, n° 90-20105
[727] Cass. Civ., 17 décembre 2008, n° 07-20468
[728] CE, 8 juillet 2001, n° 350486
[729] Cass. Civ., 6 avril 2011, n° 10-19.053

France qu'en Pologne, se fait par les fausses déclarations et la falsification de la documentation médicale. L'inefficacité des dispositifs pénaux face au développement de la gestation pour autrui dans le monde a conduit à de nombreuses critiques qui contestent, d'une part la prohibition des maternités pour autrui, et d'autre part revendiquent la mise en place d'une nouvelle législation. Si une telle remise en cause de l'arsenal juridique est plus perceptible en France qu'en Pologne, la dernière révision de la loi de bioéthique du 7 juillet 2011 n'a pas remis en cause l'interdiction actuelle.

422. Plan. Il convient d'étudier quels peuvent être les arguments susceptibles de justifier le légalisation éventuelle des pratiques controversées telles que la gestation pour les compte d'autrui et l'insémination posthume (§2).

§ 2 **:** *La perspective d'aménagements possibles*

423. Présentation. En appliquant la loi actuelle, les juges nationaux poursuivaient la maternité de substitution, une pratique qui ne cesse de se développer[730]. Après les discussions doctrinales et parlementaires en France deux types de réglementation peuvent être analysés : le régime légal à caractère limitatif et le régime contractuel inspiré par les

[730] En France : D. Bakouche, *Le transfert d'embryon post mortem*, Ruptures, mouvements et continuité du droit, éd. Economica 2004, p. 153 ; R. Andorno, *Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée*, Revue internationale de droit civil 1994, p. 141 ; C. Atias, *Le contrat de substitution de mère*, Dalloz 1986, chronique, p. 67; M. Revillé, *Aspects éthique et juridiques liés à la maîtrise de la reproduction*, Journal de médecine légal 1983, p 215 ; M. Bandrac, *Réflexions sur la maternité*, Mélanges offerts à P. Raynout, E. Isnard-Dhonte, *L'embryon in vitro et le droit*, thèse Lyon III, 2002 ; G. Nicolau, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la famille*, thèse Bordeaux, 1987 p. 93 et s.; F. Terré, *L'enfant de l'esclave : génétique et le droit*, éd. Flammarion 1987, I. Delaisi de Parceval, *L'enfant à tout prix*, Seuil, 1987 ; J.-S. Bergé, *Droit communautaire et procréation assistée*, Le droit communautaire dévoyé, Le cas Blood, JCP, éd. gén., 2000, I, n ° 206 ; En Pologne : M. Dzialyńska, *La maternité de substitution* , in *Procréation médicalement assistée*, (sous la dir.) T. Smyczyński, Poznań 1996, p .113 ; P. Singer, D. Wells, *L'enfant dans la pipette, éthique et pratique de la procréation médicalement assistée*, Varsovie 1998, p. 118 ; M. Nesterowicz, *Droit médical*, Toruń 2005, p 218 ; M. Safjan, *Droit face à l'intervention dans la procréation humaine*, Varsovie 1990, p. 126 ; M. Dzialyńska, *Maternité de substitution*, Études juridiques, 1993, p. 88 ; M. Walachowska, *Maternité de substitution dans le droit common law*, État et droit 2003, p. 97 ; M. Safjan, *Les problèmes de la maternité de substitution*, in *Les problèmes de la procréation humaine*, (sous la dir.) W. Lang, Toruń 2000, p. 293 ; J. Haberko, *Les problèmes juridiques de la procréation médicalement assistée en droit italien*, Droit et médecine 2005, p. 82-100 ; M. Safjan, *Code civil vol. I, Commentaire des articles 1 à 449*, (sous la dir.) K. Pietrzykowski, Varsovie 2005, p. 250-251 ; T. Wiśniewski, *Commentaire du code civil, Les obligations*, (sous la dir.) D. Bieniek Varsovie 2002, p. 21 ; Z. Radwański, *Traité de droit privé*, Varsovie 2003, p. 225 ; En droit comman law : Status of Children Act 1984 (Australie), Human Fertilisation and Ebryology Act 1990, partie IV, 1471-1509 (Grande Bretagne), Shlesinger TR, Assisted Human Reproduction, Journal of the Missouri Bar 2005 vol. 61, n ° 1, p 2 (Les États Unis), Schenker JG. Legitimizing surrogatacy in Israel, Humain Reproduction 1997, n ° 12, p 832 et s. (Israël)

législations de la *common law*. Notre réflexion consiste à démontrer les avantages et les inconvénients des deux systèmes qui tentent de répondre au phénomène de tourisme procréatif. L'autorisation éventuelle encadrée par un système légal servira à éviter ce genre de voyages souvent indignes tant pour les futures parents que pour les mères porteuses. Proposer une réglementation équilibrée signifie, avant tout, de régler la situation juridique d'un enfant né d'une mère gestatrice, souvent pratiquée à l'étranger. Une telle consécration législative pourrait donner le feu vert d'une part, à la capacité de s'engager pour la mère porteuse et d'autre part, en mettant en avant la liberté individuelle du couple demandeur, à leur désir de devenir parents sans se soucier de la filiation. D'abord, il convient d'analyser quelques solutions alternatives par rapport à l'état actuel de droit (A), il convient de se demander ensuite quel peut être l'impact de ces modifications éventuelles sur les grands principes de droit (B).

A. L'analyse des solutions alternatives

424. Y a-t-il une importance à légiférer la gestation pour autrui et l'insémination posthume ? L'objectif poursuivi de la maternité de substitution est de donner la vie à un enfant souhaité et attendu indépendamment du lien biologique avec les parents accueillants. Dans cette optique, il est envisageable de légiférer sur la gestation pour autrui lorsque le don d'embryon est licite. A l'heure actuelle en France et en Pologne, aucune opération de ce type ne peut intervenir après la mort du père, même dans le cadre d'une procréation médicalement assistée. La loi doit résoudre ce problème d'autant plus que les enfants issus de la gestation pour autrui ont des difficultés avec l'établissement de la filiation. L'encadrement de ce phénomène par un régime légal permet d'une part de fixer le cadre de la relation entre les parties de l'opération, d'autre part d'assurer l'intervention judiciaire lors du déroulement du processus et lorsqu'un conflit apparaît. Avant d'analyser la légalisation hypothétique de la procréation posthume (2), il faut s'interroger sur l'encadrement légal de la gestation pour autrui (1).

1. L'hypothèse de l'encadrement légal de la gestation pour autrui

425. Dans un régime légal, il est possible d'imaginer trois étapes de la gestation pour le compte d'autrui: la phase préalable, l'étape de la grossesse et la phase postérieure à l'accouchement. La phase préalable à la gestation suppose le choix des parties par l'intermédiaire des associations agrées par l'Agence de biomédecine, l'agrément de cet

établissement public pourra assurer le contrôle équitable des intermédiaires associatifs. Ces derniers semblent actuellement tirer profit du caractère monétaire de la transaction et de l'abandon de l'enfant. Il convient néanmoins de souligner le manquement de certaines précisions dans le projet du Sénat en Pologne qui laisse cette opération d'appréciation aux commissions des experts. Pour éviter toute concurrence entre les associations, aucune forme de publicité n'est permise, par contre, les délits de provocation à l'abandon de l'enfant en vue d'une gestation pour autrui sont maintenus. La liberté de la femme gestatrice doit être accentuée. Un accompagnement médical et psychologique de la gestatrice peut être mis en place pendant la grossesse et après l'accouchement tant pour la mère porteuse que pour les parents demandeurs. La phase postérieure à la gestation reste décisive car elle se termine par l'établissement de la filiation. Il est nécessaire de maintenir l'interdiction d'établir la filiation maternelle des enfants nés à l'étranger en violation de la loi française et par exemple réduire l'accès à la gestation pour autrui aux seules femmes résidant en France[731].

426. L'hypothèse de la contractualisation de la gestation pour autrui. En vertu du principe de l'indisponibilité du corps humain, aucun produit de ce corps ne peut être vendu. Quelle est l'utilité d'étudier une éventuelle contractualisation ? La contractualisation, même comme option purement théorique, devra assurer la cohérence entre le droit médical, pénal et civil. Le régime contractuel comparé au régime légal paraît peu fiable, car il laisse manifestement trop de souplesses aux acteurs du contrat vis-à-vis de leur responsabilité. Le choix du régime contractuel offre, en revanche, un vaste place à l'autonomie de la volonté des parties. Il semble, pourtant, qu'il peut privilégier la position des parents demandeurs. Le contrat lui-même ne peut garantir que le consentement exprimé par la mère porteuse candidate. La contractualisation comporte un danger réel qui est l'assurance de la libérté et de la dignité de la gestatrice. La majorité de la doctrine française et polonaise, hostile au recours à la maternité de substitution, soulève l'impossibilité de produire un consentement éclairé du fait que la mère candidate ne peut savoir à l'avance quel sera le déroulement de la grossesse, son accouchement et ses suites. De plus, si elle décide de changer d'avis, elle ne peut jamais exécuter sa promesse de devenir mère[732]. En revanche, le choix du régime contractuel signifie la primauté de la volonté individuelle. C'est également pour cette raison que la gestation pour autrui est devenue dans les pays de la *common law* une *« réalité contractuelle florissante »*[733] . Sans doute, la contractualisation consiste à reconnaître aux parties du

[731] AJF, juillet-août 2008, p. 269
[732] Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologies, étude : *Maternité de substitution* 2004, p. 127
[733] RDC, 1 avril 2008, n ° 2

contrat une plus grande autonomie. Mais il faut se demander si l'autonomie de la volonté de la femme peut être assurée de manière satisfaisante. Plus particulièrement, lorsque la liste des obligations imposées à la mère gestatrice tente d'organiser sa vie dans les moindres détails même absurdes. On peut par exemple imaginer, que le contrat prévoit l'abstinence sexuelle totale de la mère porteuse pendant la grossesse. Faut-il exécuter la convention de force ? Dans ce cas, seule l'exécution volontaire concrétise la convention[734]. Certainement la sphère procréatrice est l'une des plus intimes et le contrat même le plus détaillé ne peut garantir que la gestatrice soit protégée contre les éventuelles pressions de la part du couple demandeur. C'est pour cette raison, que les dangers de la contractualisation sont nombreux.

427. Les dangers de la contractualisation. Le contrat devra régler la délicate question de l'obligation de résultat ainsi qu'une éventuelle exonération. Dans l'hypothèse du régime légal, logiquement seuls les profils psychologiques de la femme ne sont acceptables de la même façon que l'indemnisation pour acte accompli. D'autant plus qu'aucun produit du corps humain ne peut être marchandé, à défaut le législateur sera tenu de supprimer le principe de l'indisponibilité du corps humain. Si la gratuité reste le principe, la faiblesse de la contractualisation tient au fait que la gestatrice risque de prendre des décisions concernant le déroulement de la grossesse et demander même son interruption. Dans le régime contractuel, une menace peut peser sur la femme, car si elle décide de subir une interruption volontaire de grossesse pour des raisons médicales ou non, le couple pourra éventuellement réclamer des dédommagements et intérêts au titre de la responsabilité contractuelle. La mère porteuse se trouve dans une impasse décisionnelle. Du caractère contractuel lui-même on déduit une plus grande souplesse dans la rédaction des clauses prévoyant certains détails supplémentaires. Cette flexibilité du contrat est un avantage à condition de garantir un équilibre entre les parties. La question essentielle est celle de la rémunération ou plutôt de l'indemnisation de la maternité de substitution. Le contrat de gestation ne peut être autorisé qu'à titre gratuit. Cette gratuité sert à donner une justification morale des pratiques purement altruistes. La contractualisation devra toujours exclure tout attachement de la valeur commerciale au corps de la femme en général et à son ventre plus particulièrement. Aucune partie du corps humain ne peut être marchandée. Dans le régime contractuel, une menace peut peser sur la femme. Si elle décide de subir une interruption volontaire de grossesse pour des raisons médicales ou non, le couple pourra éventuellement réclamer des dommages et intérêts au titre de la responsabilité contractuelle. Ce système contractuel peut, en revanche, s'approcher du régime

[734] F. Bonneaux, *Une évolution vers la légalisation de la gestation pour autrui*, Mémoire de Master II de Droit Privé, Nancy II, 2008/2009, p 33

légal par l'instauration d'un dédommagement éventuel versé par le couple à la mère porteuse en vue de couvrir les dépenses légales, médicales et psychologiques dont le montant sera fixé par le juge. Une fois versé, le dédommagement fermera la voie à toute redevance postérieure de la part de la gestatrice. Le juge peut être chargé de fixer le montant du dédommagement après avoir apprécié le caractère raisonnable de l'indemnité, notamment en fonction du niveau de vie de la gestatrice et du couple et enfin de l'apport à la grossesse. L'intervention impartiale du juge sert aussi à protéger la mère gestatrice contre toute sorte d'impositions inadéquates de la part des parents comme par exemple un régime alimentaire particulièrement strict, l'interdiction d'exercer une activité sportive, ou toute autre interdiction injustifiée au niveau médical. Enfin, le rôle du juge consiste globalement à contrôler les clauses du contrat, la réalisation et les éventuelles violations des obligations inscrites dans le contrat.

2. La légalisation de l'insémination posthume est-elle envisageable ?

428. La proposition du Comité Consultatif National d'Éthique du 10 février 2011 relative à l'insémination posthume non suivie d'effet. Cette instance consultative française se prononce, préalablement à la révision de la loi bioéthique de 2011, en faveur du transfert *post mortem* d'embryon cryoconservé[735]. Le Comité préconisait l'instauration d'une plus grande souplesse et d'une légalisation du transfert par exception et sous condition. En vue de garantir la filiation paternelle de l'enfant, il proposait le transfert *in utero* dès que l'homme avait donné son consentement exprès avec le respect d'un délai de réflexion minimum après le décès et la décision définitivement prise par la femme. Cette proposition n'a pas été suivie ni par la Commission des affaires sociales du Sénat, ni par le législateur le 7 juillet 2011, car il a maintenu l'interdiction générale de procréation posthume.

429. La légalisation éventuelle de l'insémination post mortem et la prise en compte de l'intérêt de l'enfant à naître. Postérieurement au vote de la dernière loi de bioéthique de 2011, l'article L.2141-2 al.3 du code de la santé publique dispose : *« L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple ... »*. De ce fait, il convient de distinguer deux types de situations liées à la procréation humaine posthume : l'insémination *post*

[735] CCNE, Avis n° 113 sur « *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple* » du 10 février 2011 ; Texte de la Commission du Senat n° 389, 30 mars 2011 ; Droit de la famille mai 2011, n° 5, p. 7-8 ; La Croix 9 mars 2011

mortem[736] et le transfert d'embryon *post mortem*[737]. Les deux types de procréation sont techniquement accessibles. Mais si l'insémination posthume met fin à l'espoir de devenir mère pour la femme survivante, le transfert est une technique plus souple. En France, la législation relative à ce transfert est plus souple qu'en Pologne où toute forme de procréation posthume est interdite. L'article L.2141-4 du code de la santé publique français dispose depuis 2011 que *« En cas de décès de l'un des membres du couple, le membre survivant ne peut être consulté avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du décès, sauf initiative anticipée de sa part »*. La mère survivante est donc tenue de prendre la décision, elle peut notamment s'opposer à un transfert d'embryon vers un couple demandeur. Il serait logique de légaliser le transfert des embryons lorsque la mort du père consentant intervient après que la procédure est déclenchée à condition naturellement qu'il n'ait pas retiré auparavant son consentement. Il est également dans l'intérêt de l'enfant l'établir la filiation paternelle avec le consentement préalable du père décédé. Pour V. Depadt-Sebag l'intérêt de l'enfant peut justifier la modification des règles de la succession. Selon elle : *« l'enfant simplement conçu peut être considéré comme déjà né lorsqu'il y va de son intérêt, à condition qu'il naisse vivant et viable »*[738]. Par conséquent, la solution actuelle selon laquelle seules les enfants nées lors du décès du père comme héritiers doit être jugées insatisfaisante.

B. Les solutions alternatives et la remise en cause des grands principes du droit

430. Présentation. Les nouvelles techniques médicales offrent incontestablement des avantages. Mais la grandeur de leurs possibilités inspire une réflexion sur les dangers potentiels pour la dignité humaine, en particulier celle de la femme candidate à la gestation. Le fait de donner son corps au service d'autres personnes, même avec de bonnes intentions, exige que l'indisponibilité du corps de la femme soit assurée. Il convient de se demander si la légalisation de la procréation pour autrui et celle de l'insémination posthume peut nuire au respect du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes (1). Ensuite, il convient de vérifier si la légalisation éventuelle de la gestation pour autrui n'est pas susceptible de modifier la notion actuelle de maternité (2).

---

[736] L'insémination *post mortem* peut être définie comme un fait d'inséminer une femme à l'aide des palettes déposées dans un Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme.

[737] Le transfert *post mortem* peut être défini comme le fait de transférer dans l'utérus de la femme survivant au décès de son compagnon ou de son mari un ou plusieurs embryons congelés dans le cadre d'une procréation médicalement assistée.

[738] V. Depadt-Sebag, *La procréation post mortem*, Dalloz 22 septembre 2011, n° 32, p. 2214

1. L'impact des solutions alternatives sur le principe de l'indisponibilité du corps humain.

431**. **L'indisponibilité du corps humain est, en droit français, un principe affirmé par la pratique jurisprudentielle et déduit de l'article 16-2 du code civil. L'interprétation doctrinale de ce principe n'est pas pour autant unanime. Selon Madame F. Dreyfuss-Netter, il ne peut valablement fonder la prohibition de la gestation pour autrui car ni le législateur, ni le Conseil Constitutionnel n'ont voulu consacrer ce principe en lui accordant une valeur concrète[739]. Cependant, le respect du corps humain, dont l'indisponibilité en fait partie, s'inscrit dans le principe général du respect de la dignité humaine. A l'occasion du contrôle de constitutionnalité des lois bioéthiques de 1994, le juge constitutionnel français a rattaché le principe de non patrimonialisation du corps humain et le droit à l'intégrité du corps humain au principe de la dignité de la personne humaine[740]. Par conséquent, la condamnation judiciaire de la gestation pour autrui se justifiait avant 1994 par la violation directe du principe de l'indisponibilité du corps humain. Le 31 mai 1991, l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation a admis que *« ... la convention par laquelle une femme s'engage à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe de l'ordre publique de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état de personne »*[741]. Ce raisonnement a été repris par une certaine partie de la doctrine française. La gestation pour autrui peut réduire et menacer le respect de la dignité de la femme. Car elle met entre parenthèses la liberté individuelle de la gestatrice, qui doit obéir aux exigences et même aux caprices du couple demandeur. Ce risque de *« subordination »* est bien réel et même aggravé par l'aspect psychologique de la situation, parce que la femme porteuse se place dans une relation d'extériorité à elle-même et de soumission vis-à-vis d'une autre femme. Pour Madame S. Agacinski, cette prestation de service gratuit qui est la gestation pour autrui constitue *« une forme d'aliénation moderne, obligeant les femmes à considérer leur grossesse comme un travail artisanal et non comme un événement impliquant leur existence même »*[742]. De cette façon se prononce également le Conseil d'État. Dans son rapport sur la révision des lois bioéthiques rendu le 16 mai 2009, il préconise l'interdiction de la gestation pour autrui en vue de défendre les femmes *« plus démunies et vulnérables économiquement »*. La loi a pour mission de protéger le corps et de permettre aux femmes de conserver la maîtrise de leur personne. Avec l'apparition des

[739] F. Dreyfus-Netter, conseilleur à la première chambre civile de la Cour de Cassation, auditionnée devant OPECT en 2008
[740] CC du 27 juillet 1994, n° 94-343/344
[741] Assemblée Plénière de la Cour de Cassation du 31 mai 1991, n° 90-20105
[742] S. Agacinski, *Corps en miettes*, éd. Flammarion 14 avril 2009

nouvelles technologies médicalement réalisables, le corps humain risque d'être instrumentalisé et devenir selon l'expression de Madame A. Mirkovic un *« outil de production »*, une machine fabricant un enfant commandé et livré au couple d'intention par une *« femme-médicament »*[743]. Pour Monsieur I. Nisand, toutes ces craintes peuvent disparaître à condition de les encadrer correctement[744]. La loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique ne contient finalement aucune évolution de la réglementation sur la gestation pour autrui. *« Le principe selon lequel seule la gestation peut fonder la maternité (hors adoption) est ainsi implicitement réaffirmé »*[745]. La réflexion sur une nouvelle législation des nouvelles formes d'intervention dans la procréation exige un examen des critères de maternité.

2. La légalisation de la gestation pour autrui et la recherche de nouveaux critères de maternité.

432. L'adage « mater semper certa est ». L'intervention des pratiques extérieures, voire asexuées, dans la procréation n'a pas éliminé l'implication de la mère ou plutôt de son ventre qui peut être qualifié comme élément indispensable de l'opération. En vertu de l'adage « *mater semper certa est* », la mère qui accouche est en même temps considérée comme la mère génétique. Avec l'apparition des nouvelles techniques d'insémination et de fécondation *in vitro*, il est apparu un phénomène nouveau ; la dissociation du ventre maternel et du processus de parenté car une femme porte un enfant conçu artificiellement avec les ovocytes d'une autre femme. L'ovocyte provient ici de la mère intentionnelle ou d'une personne anonyme. Si la mère gestatrice n'est pas la mère génétique, l'enfant est biologiquement lié à un des parents intentionnels. Naturellement, la réalité biologique complexe ne fait pas obstacle à l'attachement affectif avec l'enfant. Selon certains auteurs, la mère porteuse ne vit pas sa grossesse de la même façon que sa *« propre »* grossesse, mais elle peut rester réellement attachée à cet enfant, ce qui exclut toute généralisation. La gestatrice, même en bonne santé, ne peut porter un enfant pour le compte de sa fille. Cette solution semble répondre à plusieurs craintes, notamment les éventuels conflits familiaux, la désorientation de l'enfant dans son entourage familial, enfin les complications d'ordre biologique et génétique[746]. Confrontée à une telle pratique, la Chambre civile de la Cour de Cassation, a refusé le 6 janvier 2004 de prononcer l'adoption simple d'un enfant dont les deux parents

---

[743] A. Mirkovic, *A propos de la maternité pour autrui*, Droit de la famille 2008, n° 6, étude 15

[744] I. Nisand est professeur en médecine à CHU de Strasbourg, auditionné devant OPECST en 2008

[745] A. Dionisi-Peyrusse, *L'assistance médicale à la procréation dans la loi du 7 juillet 2011*, AJF, octobre 2001, p. 982

[746] Publication du Sénat, *Enjeux d'avenir, Mères porteuses, la situation en France*, 26 mai 2005 ; A. Mirkovic, *A propos de la maternité pour autrui*, Droit de la famille 2008, n° 6, étude 15 ; F. Terré, *Cass. Assemblée Plénière du 31 mai 1991*, JCP, éd. gen., 1991, p. 382

avaient la même filiation paternelle au nom du respect de l'intérêt de l'enfant[747]. Pour éviter la propagation du tourisme procréatif et des éventuels conflits internationaux, la gestatrice doit être domiciliée en France. La maternité de substitution suppose donc l'intervention de la tierce personne qui n'est pas anonyme et qui joue un rôle essentiel dans le développement intra-uterin de l'enfant. Cela montre que la gestation pour autrui signifie une dissociation entre la maternité génétique et la maternité utérine.

433. La légalisation de la gestation pour autrui et la remise en cause de l'adage mater semper certa est. La légalisation de la maternité de substitution peut modifier le statut traditionnel de la mère. Pendant que l'adage *mater semper certa* indique, au contraire, que le critère de maternité repose sur une relation purement corporelle. La priorité est donnée à la volonté de la porteuse qui demeure non seulement maître de son corps, mais également celle qui dispose d'un double droit sur l'enfant. Elle peut soit garder l'enfant (droit de repentir) dans un délai raisonnable de 3 jours après la naissance, soit elle peut le remettre à ses parents. Ensuite, intervient la filiation. Le but principal de la filiation consiste à assurer une vie stable et équitable de l'enfant en se basant sur le pouvoir des volontés individuelles de la gestatrice, et des parents intentionnels. En Pologne, la dernière modification de la loi sur la filiation a eu lieu le 6 novembre 2008 et elle est entrée en vigueur le 13 juin 2009[748]. Elle consistait à la création de l'article 61 au sein du code civil disposant notamment que la femme qui a accouché est la mère prétendue de l'enfant. Cette disposition est en réalité la confirmation de l'adage évoqué. Le code civil polonais exclut donc tout contrat portant sur la *« maternité commandée »*. La mère qui porte l'enfant sera inscrite dans l'acte de naissance (nouveau article 61§1 du code civil), qui constitue une preuve unique de sa maternité. Néanmoins, cet article règle la situation dans laquelle la mère inscrite dans l'acte de naissance n'est pas celle qui a accouché. Dans ce cas, la filiation établie peut être contestée par : l'enfant, la mère inscrite dans l'acte de naissance, enfin le ministère public[749]. Cette solution privilégiée par le législateur confirme l'ancienne jurisprudence de la Cour Suprême du 18 septembre 1964 qui a admis la modification de l'acte de naissance par la voie de la contestation de maternité

---

[747] Cass. Civ., 1 chambre civile, 6 janvier 2004, Juris-Data n° 01-01600

[748] Journal des Lois, *Code civil*, 2008, n° 220, position 1431

[749] Sur la maternité pour autrui en droit polonais : T. Smyczyński, *Système de droit privé*, vol. 12, Droit de famille, Varsovie 2008, p. 213 ; M. Safjan, *Code civil*, vol. 1 (sous la dir.) K. Pietrzykowski, Varsovie 2008, p. 327; K. Piasecki, *Code de la famille et du cotutelle avec commentaire*, Varsovie 2006, p. 518 ; M. Goettel, *Droit civil*, éd. Zakamycze 2006, p. 460 ; A. Zieliński, *Code de la procédure civile avec commentaire*, Varsovie 2008, p.746 ; M. Fras, *Régime juridique de la maternité pour autrui en droit comparé*, Les problèmes contemporaines de droit international européen et comparé 2008, vol. VI, p. 31 et 68

établie dans l'acte[750]. La gestation pour autrui est donc exclue par le droit civil polonais fidèle à la notion traditionnelle de la maternité. On peut constater que la loi française du 7 juillet 2011 n'a pas modifié l'adage classique « *mater semper certa est* ». Les **s**eules modifications récentes ont été rapportées par l'ordonnance du 4 juillet 2004 portant réforme de la filiation[751]. Il convient également de rappeler le contenu de l'article 325 du code civil disposant : « *l'enfant prouve qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché* ».

[750] CS du 18 septembre 1964, II, CR 895/62, (OSN), 1964/10, position 204
[751] Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation

Conclusion du Chapitre 2

434. Le progrès constant de la biologie de reproduction a permis de mieux connaître les différentes phases de la vie anté et post-natale, de dissocier la procréation de la sexualité, enfin de mettre en place les différentes formes de la procréation comme la fécondation *in vitro* et la procréation posthume. Les droits français et polonais ont adopté une position hostile face à certaines interventions extérieures à la procréation humaine, telles que la gestation pour autrui, l'insémination posthume et le clonage reproductif. Ces phénomènes se différencient par leur dimension technique. L'insémination posthume est parfaitement réalisable, mais interdite au nom de la volonté du défunt. Le clonage reproductif, même en tant que simple vision future, fait l'objet d'une condamnation rigoureuse et globale de la part des juristes et des médecins. Aucun aménagement législatif n'est accepté, à part ce qui pénalise les pratiques en question. Le droit impose deux sortes de limites : celles liées à l'interdiction de la transformation des repères fondateurs de l'homme, et celles liées à la nature de l'intervention extérieure. Un rapprochement entre les deux systèmes de droits doit être noté. Les droits français et polonais adhérent aux mêmes principes : du respect de la dignité humaine, du refus de toute forme de marchandisation et du refus d'exploitation biologique du corps humain. Ces principes justifient la protection pénale de la subjectivité humaine biologique et de l'individualité de chacun. Les atteintes à l'intégrité de l'embryon humain sont donc admises exceptionnellement au titre de dérogation.

Conclusion du Titre 1

435. La prise en compte différente de l'intérêt de l'enfant. Les interventions extérieures à la procréation peuvent être regroupées en deux catégories. Les unes répondent directement à la vocation procréative telles que la procréation médicalisée, la gestation pour le compte d'autrui, le tourisme procréatif, le transfert d'embryon vers un couple d'accueil, le clonage reproductif. Les autres sont associées aux biotechnologies telles que les manipulations sur les embryons, la création de *« bébé-médicament »*, et les diagnostics prénataux. La loi encadre à la fois l'accès pour les couples à la procréation et limite certaines de ces opérations médicales conformément aux grands principes du droit qui sont similaires en France et en Pologne. L'accès à la procréation médicalisée est centré sur l'impossibilité de concevoir un enfant naturellement mais la prise en compte de l'intérêt de l'enfant est différente dans les deux systèmes. Cette procédure s'adresse en France aux couples considérés comme tels par les parents eux même. Le droit polonais, en revanche, réserve l'accès aux couples mariés ayant donc une certaine stabilité. En vertu de l'article 2 du projet de la loi relative à la bioéthique sont expressément évoqués l'intérêt de l'enfant, la dignité de l'homme, le mariage et la famille. Les plus éminents spécialistes du droit polonais comme Madame J. Haberko et Monsieur T. Smyczyński justifient les solutions proposées par l'état actuel du droit pénal qui accorde une protection dès la phase embryonnaire même, selon eux, en dehors du corps de la mère[752]. Par conséquent, le besoin d'être parent ne permet pas de transgresser *« l'inviolable dignité »* de l'embryon, ni atteint l'intérêt de l'enfant constitutionnellement protégé. Le *« bébé du double espoir »* ne peut donc être crée en Pologne, ni en vertu de la législation actuelle, ni en vertu du projet de la loi de bioéthique. Le législateur français a cherché, *a contrario*, à répondre aux demandes des couples en leur offrant la possibilité de concevoir un enfant en meilleure santé.

436. La dignité humaine et l'indisponibilité du corps humain comme principes communs limitant des interventions extérieures à la procréation. Au nom de ces principes fondamentaux, les législations pénales des deux pays interdisent un certain nombre d'activités médicales comme le clonage reproductif, la gestation pour autrui, et la procréation

[752] T. Smyczyński, *Les fondements axiologiques et juridiques de l'accès à la procréation médicalement assistée*, in J. Haberko, M. Łaczkowska, *Aspects juridiques, médicaux et psychologiques de la procréation médicalement assistée*, Poznań 2005, p. 92 ; *Comment régler la fécondation in vitro*, Article publié sur le site de la Société Polonaise de Bioéthique : www.ptb.org.pl ; J. Haberko, K Olszewski, *Encore sur les aspects moraux et juridiques de l'accessibilité des traitements in vitro – polémique*, Droit et médecine 2008, n° 31, p. 104-119 ; M. Boratyńska, *Le contrat relatif à la fécondation in vitro*, Droit et médecine 2008, n° 30 ; L'exposé des motifs du projet de la loi relative à la bioéthique, Document du Sejm 2010, n° 3467

posthume. Ces positions restent assez constantes, mais la réalité des échanges mondiaux et l'offre procréative de certains pays deviennent une perspective séduisante pour les couples en quête de parentalité. Cependant, les droits français et polonais estiment, à juste titre, que la procréation humaine impliquant des hommes vivants et des hommes en devenir ne peut être traitée comme une simple affaire de commerce. C'est pour cette raison, qu'ils refusent de reconnaître les conventions de mère-porteuse et de transcrire des actes de naissance régulièrement mis en œuvre à l'étranger. Si les interventions extérieures à la procréation font l'objet d'une généralisation (Titre 1), dans certaines hypothèses, elles seront considérées comme des actes pénalement sanctionnés lorsqu’elles sont employées (Titre 2).

TITRE 2
LA SANCTION DES INTERVENTIONS EXTERIEURES CONTRAINTES

437. La sanction de l'interruption illicite de grossesse sans et avec le consentement de la femme. Les interventions extérieures associées à la procréation humaine peuvent causer des atteintes individuelles ou collectives susceptibles de faire l'objet d'une sanction pénale. Les interruptions illicites de grossesse, faisant partie des atteintes extérieures pénalement poursuivies au titre des atteintes individuelles, mettent de plus en plus l'accent sur les objectifs médicaux et sanitaire de l'opération médicale. Les législations pénales française et polonaise se rapprochent par une considération forte de la liberté de la femme de disposer de son corps. Elles tentent d'assurer la liberté de la femme en dépénalisant les manœuvres auto-abortives. Ainsi, l'infraction intentionnelle de l'interruption illégale de grossesse distingue, en droit français et polonais, deux catégories : l'interruption illicite de grossesse sans le consentement de l'intéressée et l'interruption illicite de grossesse avec le consentement de l'intéressée. La première catégorie est incriminée par l'article 223-10 du code pénal français (art. L.2222-1 du code de la santé publique) et l'article 153 du code pénal polonais. La deuxième catégorie est sanctionnée par les articles L.2222-2 et L.2222-4 du code de la santé publique en France et l'article 152 du code pénal en Pologne.

438. Les qualifications de violences spécifiquement dirigées contre la femme enceinte. En France les atteintes dirigées contre une femme enceinte sont susceptibles de tomber sous les différentes qualifications pénales en fonction du préjudice subi par la femme. Elles peuvent être divisées en deux catégories : les violences susceptibles d'entraîner la mort et celles qui ne pouvant entraîner la mort de la femme enceinte. Si l'interruption de grossesse cause le décès de la mère, les tribunaux ont retenu des qualifications différentes en fonction des circonstances : soit celle d'homicide par imprudence, ou celle de violences mortelles. En revanche, l'enfant à naître n'est pas la victime d'une interruption illicite de grossesse. Car le droit pénal français opère une distinction entre les deux intérêts : la vie de la femme enceinte et la vie du fœtus. Ce dernier est, en France, une personne humaine potentielle sous réserve du critère de viabilité. Alors qu'en Pologne, l'état avancé du développement de fœtus est pris en compte dans les articles 152 et 153 du code pénal comme une circonstance aggravante de l'interruption illicite de grossesse avec le consentement de l'intéressée (art. 152§3) et de l'interruption illicite de grossesse sans le consentement de l'intéressée (art. 153§2). La grossesse est particulièrement prise en compte en droit français, car l'état de grossesse

constitue l'origine d'une vulnérabilité objective faisant l'objet d'une protection pénale automne. En revanche, la divergence significative intervient dans la prise en compte de l'enfant à naître. La loi française a évolué vers la dépénalisation de l'instigation à l'interruption illicite de grossesse. En Pologne, l'instigation à l'avortement est incriminée par l'article153 du code pénal. L'instigateur peut jouer un rôle effectif comme l'avorteur ou simplement convaincre, diriger, ou suggérer l'avortement à une femme enceinte. L'article 153§1 exige que cette instigation doit être suivie d'effet.

439. Les atteintes collectives à la procréation humaine liées au conflit de guerre et à la mise en place de nouvelles technologies. Les conflits militaires et les guerres semblent favoriser la création de circonstances propices à l'élaboration de plans criminels concertés. Si le plan criminel est devenu un élément objectif de la norme pénale, il n'est pas nécessairement situé dans un contexte de conflit. En revanche, il traduit et matérialise très souvent par des projets conformes à des idéologies, comme, par exemple, l'idéologie nazie dirigée contre les ennemis à éliminer comme les peuples slaves et juifs. Ces plans constituent la partie de la concertation criminelle des crimes contre l'humanité. Ils supposent l'élimination massive et la purification du territoire convoité. Cette politique discriminatoire mise en place, commune pour les totalitarismes du passé, aussi bien que pour les régimes modernes, cache souvent l'intention génocidaire basée sur une justification idéologique et assurée par l'intervention étatique explicite ou seulement implicite. Le caractère collectif des crimes consiste à la multiplication des victimes des plans méthodiques et à la répétition des actes préconçus. Ces éléments constitutifs peuvent donner lieu à la diversité des crimes perpétrés sous des formes variées telles que les expériences médicales massives, la criminalité sexuelle collective, les viols procréatifs ou les stérilisations forcées. La composante intellectuelle des crimes collectifs contre la procréation humaine doit être dirigée contre un groupe choisi en fonction des qualificatifs objectivement décrits par la norme et subjectivement fixés par les auteurs. La supériorité d'un groupe justifie la mise en place d'une véritable industrie meurtrière : aussi bien du génocide biologique que de la purification ethnique des indésirables.

440. La bioéthique offre un potentiel technologique considérable, tout en comportant de nombreux dangers pour l'espèce humaine. La réaction du droit pénal consiste, dans un premier temps, à protéger le patrimoine génétique de l'humanité : des hommes vivants et de la descendance héréditaire des générations futures. Elle interdit toute forme d'eugénisme collectif, méthodique ou/et institutionnalisé à travers des manipulations génétiques et des

recherches sur l'embryon humain. Contrairement au droit polonais, la notion d'espèce humaine est insérée dans le code pénal français où le crime du clonage figure expressément. La menace du clonage reproductif qui plane sur l'humanité constitue à la fois une atteinte à l'autonomie de l'homme et plus globalement à l'intégrité génétique de l'espèce humaine. Le clone n'est pas juridiquement un homme mais un organisme biologique unique une sorte de réplique humaine artificiellement produite. Sa création sera dangereuse pour lui-même, car il pourra être exposé à un mépris soit à une exploitation biologique. Le clonage n'est pas une technique procréative alternative capable de garantir l'autonomie procréative de l'espèce humaine. La volonté de préserver la stabilité génétique de l'espèce humaine et du génome humain est menacée par la création des chimères et des hybrides produits sous la forme des embryons transgéniques et chimériques. La dernière révision de la loi de bioéthique du 7 juillet 2011 a introduit l'interdiction de créer des chimères et des hybrides humains. En revanche, dans certaines hypothèses, la loi autorise exceptionnellement des atteintes au patrimoine génétique de l'homme. Tel est le cas des diagnostics génétiques réalisés sur l'embryon humain. Ces recherches restent limitées et justifiées par la possibilité d'améliorer la technique de la procréation médicalement assistée, de prévoir le devenir du futur être humain, mais également de décider par anticipation de son avenir. Les questions liées aux crimes contre l'humanité et les dangers associés aux nouvelles technologies seront analysés dans le chapitre deuxième. Le Chapitre 1 est consacré aux atteintes dirigées contre la femme enceinte et contre l'enfant à naître. Le Chapitre 2 étudie la sanction pénale des atteintes extérieures à la procréation humaine au titre des atteintes collectives.

CHAPITRE 1
La sanction des interventions extérieures au titre des atteintes individuelles à la femme enceinte

441. L'approche historique de l'avortement avant la Révolution de 1789. Dans l'approche historique transversale de la régulation des interruptions criminelles de grossesse, on peut observer deux positions contradictoires. L'appréciation extra-pénale[753] reste quasiment indifférente face à la qualité de l'auteur aussi bien qu'au mode opératoire, sans doute en raison de la condamnation morale générale de l'avortement lui-même. En droit canonique, la qualité de l'auteur n'a aucun impact sur la punition ; de plus la sanction peut être accompagnée d'une dimension morale voire spirituelle de la peine. Dans la conception pénale au contraire, la qualité de l'auteur est abordée de manière beaucoup plus précise, car elle joue un certain rôle dans la détermination de la sanction pénale. La première disposition européenne précisant la peine pour l'avortement varie en fonction de la qualité de l'auteur. Elle est apparue au IVème siècle de notre ère, *Lex Visigothorum*. Si la personne en question était le mari de la femme enceinte, il s'exposait à une peine d'emprisonnement ou à la mutilation qui consistait à arracher les yeux. En ce qui concerne les dispositions nationales, dans les deux systèmes, la codification suivit la coutume. Les coutumes polonaises les plus anciennes n'ont attribué aucune sanction à l'avorteur. En revanche, au Moyen-âge, le droit coutumier français connaissait une infraction appelée *« anchis »* citée à plusieurs reprises dans les documents écrits comme Les Établissements de Saint Louis, les Coutumes de

---

[753] Sur le droit canonique : *Histoire des conciles*, vol. 3, I partie, p. 573 ; E. Zielińska, *L'appréciation juridique et pénale de l'interruption de grossesse*, Varsovie 1986, p. 34 ; W. Bednarski, *Saint Thomas*, London 1970, vol. 18 ; *Histoire des conciles*, C. Hefele, Paris 1907, p. 410 ; CODEX IURIS CANONICI, Poznań, éd. Pallotinum 1983 ; Sur les sanctions canoniques : La pensée chrétienne condamnait, de manière inconditionnelle, l'avortement considéré comme une forme d'assassinat portant atteinte à la fois sur l'intégrité corporelle de le femme enceinte que sur l'enfant à naître doté, selon la théologie chrétienne, de l'âme depuis sa conception. Cette règle sera exprimée pour la première fois dans le canon 91 rédigé en 692 lors de concile à Constantinopole par le césar Julien II. Il deviendra un principe général appliqué à l'égard de l'auteur indépendamment du degré de développement de la grossesse, même si l'enfant a été conçu hors du mariage. Si la qualification de l'homicide était acceptée par l'ensemble de l'église, la gradation de la sanction canonique sera instaurée en 1150 dans le code de canons de Gracian où on retrouve une théorie d'animation basée sur le principe formulé par Saint Augustin « *non est homidica qui aborsum procura tante, quam anima corpori si infusa* ». En conséquence, la sanction était variée selon animation ou non du fœtus. Naturellement, dans un domaine si abstrait, il est impossible d'établir les critères objectifs. Pour Saint Thomas d'Aquin, l'animation de l'enfant intervient vers 40 jours après la conception pour le fœtus féminin et avec 90 jours pour le fœtus masculin. Évidemment, aucune vérification objective n'est pas envisageable. Cependant, cette théorie va exercer une grande influence sur le droit canonique. Dans le premier code officiel de canons édifiait en 1234 à la demande du pape Gregoire IX, la qualification d'homicide a pu être retenue à l'égard d'un tiers-avorteur, même pour le fœtus non animé. Après le concile à Veron, le canon IX imposait la peine d'excommunication accompagnée de la bannissions du pécheur et de la confiscation des biens. Depuis la Constitution *Apostolicae Sedis* du pape Pius IX du 12 octobre 1869, la peine d'excommunication a été appliquée pour chaque avorteur, après selon le nouveau canon 1383, instauré le 25 janvier 1983, une réalisation matérielle de l'avortement est effectivement exigée.

Provence d'Anjou et de Marne[754]. Dans l'ensemble de ces textes on retrouve la punition qui se manifeste par le fait d'égorger la personne ou de confisquer ses biens si les coups données à la femme ont entrainé son décès. L'avortement était considéré comme l'un des crimes les plus graves. Les premières réglementations officielles vont prendre, durant le XVIème siècle, la forme de statut en Pologne et d'ordonnances ou de déclarations royales en France. C'est donc dans les Statuts de Grande Duché de Lituanie qu'on trouve les précisions sur la qualité et la responsabilité d'un avorteur. L'article XVI pénalisait limitativement l'avortement criminel. Il a exclu de sanctionner la mère et une seule sanction était prévue à l'égard d'un tiers. Le dispositif précisait également le mode d'exécution par le fait de frapper une femme ou de la faire bousculer par un cheval. Dans tous les cas, conformément à la tradition féodale, la culpabilité d'un tiers ne pouvait être recherchée ni jugée si la victime n'était pas un noble. Les Statuts ont pris en compte l'intention et le résultat dommageable. Alors, l'auteur a pu bénéficier d'une impunité lorsque la femme a été bousculée par un cheval pour une cause extérieure à la volonté de l'auteur. En revanche, ce dernier risquait une peine de mort si l'interruption de grossesse était le fruit de son comportement volontaire comme la témérité excessive, l'ivrognerie, la bagarre provoquée, ou l'outrage dirigés contre une femme qui décède par la suite. Si dans les circonstances précitées, le résultat se réduisant à une blessure grave, non mortelle, l'auteur s'exposait à la qualification de parricide involontaire[755]. En France le souci de lutter contre la criminalité abortive s'est développé, face à la relative clémence des juges. Par un édit d'Henri II de 1556, un régime de présomption légale de crime a été établi. Il a instauré pour les femmes l'obligation de déclarer leur grossesse aussi bien que l'accouchement devant les officiers royaux à Paris et les juges dans les provinces du Royaume. Pour s'assurer que l'édit était respecté, il obligeait les curés à afficher le contenu des ordonnances aux prônes tous les trois mois pour que *« nulle femme, servante et chambrière ou autre »* n'ignore cette règle. L'exigence précitée fut réaffirmée par la déclaration de Louis XIV en 1708. La vocation principale de l'édit consistait à prévenir l'auto-avortement et les infanticides. Néanmoins, la peine de mort a pu être prononcée, mais en pratique elle n'était pas appliquée si la preuve d'homicide n'était pas faite. Dans le cas contraire, le juge prononçait le bannissement ou la fustigation[756]. Ces textes furent abrogés lors de la Révolution.

442. Le droit de l'avortement de la Révolution à 1810. Avec le code de 1791, la peine

[754] H. Strasman, *Infraction de l'interruption de grossesse, Étude comparative*, Varsovie 1928, p. 9-12
[755] A. Zamoyski, *La collection de droits des tribunaux pour le Sejm de 1778*, Varsovie 1778
[756] Y. Yeanclois (sous la dir.), *Dimensions historiques du droit européenne*, Université R. Schuman Strasbourg III, 2004 , n° 9 , p. 32

prévue pour le crime d'avortement était fixée à 20 ans de travaux forcés. Le code pénal de 1810 a sanctionné l'avortement dans l'article 317. Il punit de réclusion des femmes qui se sont livrées aux manœuvres abortives et aux travaux forcés les médecins les ayant aidées[757]. Selon la Cour de cassation, la répression subsistait si la femme n'était pas enceinte[758] et si les moyens administrés n'étaient pas efficaces comme c'était le cas de la condamnation de deux époux le 28 mars 1950 qui avaient administré à leur domestique des injections d'eau de Cologne mélangée à du vinaigre[759]. Dès les années 1970, les cours d'assises avaient la forte tendance à atténuer les peines et à acquitter les femmes, comme illustre le *« procès de Bobigny »*[760]. Le code pénal de 1810 s'appliquait jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal de 1994.

443. Le droit polonais de l'avortement de 1795 à 1918. La fin du XVIIIème siècle fait ressortir une différence entre la loi française et la loi polonaise car la Pologne se trouvait sous l'occupation étrangère entre 1795 et 1918. Après 1795, date marquant le début de l'occupation de la Pologne, jusqu'en 1918, le droit polonais a été privé de sa législation nationale et soumis aux lois de trois pays-occupants (Russie, Autriche, Allemagne). L'ensemble de ces codes étrangers se caractérisait par l'assimilation de l'avortement criminel à l'assassinat et par l'augmentation significative, selon le code de 1847, de la sanction encourue. Le code des peines principales et correctionnelles de 1847 s'appliqua sous l'occupation russe, après la décision du tsar Nicolas I. Lorsque l'avortement était réalisé par un tiers volontairement sans le consentement de la mère, il était puni d'une peine de travaux forcés de 3 à 6 ans, de 5 à 8 ans en cas de blessure physique et de 8 à 10 ans en cas de décès. La fourniture des moyens abortifs avec le consentement de la femme entraînait la privation des droits civiques et la bannissement en Sibérie. En revanche, il y avait une légère atténuation des peines dans les régions occupées par l'Autriche et l'Allemagne. Sous le régime du code pénal autrichien de 1852, la peine encourue par un tiers était fixée d'un an à 5 ans d'emprisonnement et de 5 à 10 ans en cas d'apparition de circonstances aggravantes comme par exemple des blessures graves[761]. Sous l'occupation allemande, le code pénal de 1871 prévayant la gradation de la sanction qui pouvait aller jusqu'à la perpétuité en cas de décès de la femme[762]. Durant le XVIII et XIXème siècle, la philosophie des Lumières venue

---

[757] Jean-Yves Le Naour, *L'histoire de l'avortement, XIX-XXème siècle*, éd. Seuil, Paris 2003
[758] Cass. Crim., 8 novembre 1928, Dalloz 1929, I, 97
[759] Cass. Crim., 28 mars 1950, Bull. Crim., 1950, n° 117
[760] R. Merle, A.Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, éd. Cujas 1982, vol. II , p.1701 ; T. correctionnel de Bobigny, 22 novembre 1972, Gazette du Palais 1972, II, 890
[761] Le code pénal autrichien est entré en vigueur le 1 septembre 1852 (articles § 144 -146)
[762] Code pénal de 1871 (articles 218-220), Poznań 1930, Il a été remplacé par Landrecht en Prusse

de la France, a exercé une influence remarquable sur les solutions élaborées au sein du code des peines du Royaume de Pologne de 1818 et réglé dans les articles 129 à 132 et 321 à 323. D'abord, l'avortement criminel est devenu, pour la première fois, une infraction autonome et distincte des autres homicides et du parricide. Il a pris la forme d'un crime pouvant être commis uniquement par un tiers sans le consentement ni la permission de la femme, toujours pour une mauvaise cause (art. 130). L'article 321 pénalisait le père–avorteur au titre d'un délit et punissait de 3 ans à 10 ans de prison du condamné avec la possibilité d'atténuer la peine. Dans l'article 324 on retrouvait une disposition similaire à celle, qui figure dans l'édit d'Henri II sanctionnant la dissimulation de grossesse ou de l'accouchement. Le code pénal qui a suivi celui des peines du Royaume de Pologne de 1918, était le code pénal du 11 juillet 1932.

444. L'entre-deux guerres en France et en Pologne. En France, la loi du 31 juillet 1920 n'a pas modifié l'article 317 du code pénal de 1810 pour les avortées et leurs complices. Mais, elle a fait de la provocation à l'avortement un délit passible des tribunaux correctionnels. Cette loi a élargie le spectre des pratiques abortives en sanctionnant pour la première fois la propagande anticonceptionnelle et la vente de *« remèdes secrets préventifs à la grossesse »*. La loi du 27 mars 1923 a modifié l'article 317 du code pénal de 1810. La qualification d'avortement a gardé les mêmes éléments constitutifs du délit, mais l'avortement lui-même a été correctionnalisé. Dans le code pénal polonais de 1932, c'est le consentement à l'acte de l'avortement ou son absence qui constituait un critère de différenciation de la peine encourue par un tiers. Elle était de 5 ans d'emprisonnement si la femme aurait consentie (art. 234) et de 10 ans en cas d'absence de consentement (art. 232).

445. La période de la deuxième guerre mondiale en Pologne et en France. Sous l'occupation nazie en Pologne, entre 1943-1945, la loi autorisait l'avortement de façon illimité[763]. Cette législation a été imposée par l'occupant allemand, elle s'inscrit dans l'idéologie nazie qui viser à réduire la nation polonaise à l'esclavage et ensuite à l'anéantir définitivement. Dans le même période en France, une législation a été mise en place par le régime de Vichy du maréchal Pétain. L'avortement a été associé à une attaque contre l'unité du pays et le peuple français. Le code de la famille du 29 juillet 1939 a introduit la sanction de la tentative de l'avortement. L'avortement a été puni dans les articles 82 à 92, l'auteur est défini comme une personne qui *« aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée telle »*. Une telle formule a contribué au renforcement de la répression pénale. La loi du 15 février 1942 a qualifié l'avortement de crime contre la Sûreté

[763] J. Leeb, *Le Troisième Reich à la lumière de Nuremberg*, Varsovie 1979, p. 391

de l'État et est puni de la peine de mort. Elle fut abrogée à la libération. Cette période dans l'histoire de la France a été marquée par le procès emblématique de Marie-Louise Giraud guillotinée le 30 juillet 1943 pour d'avoir pratiqué des avortements criminelles contre rémunération.

446. La législation polonaise après la deuxième guerre mondiale. Le code pénal de 1932 a été remplacé par le code de 1969. Le moment-clé dans l'évolution de la législation polonaise après la deuxième guerre mondiale était la modification du code pénal de 1969 opérée en 1993. La loi du 7 janvier 1993 relative à la planification familiale, la protection du fœtus et aux conditions de l'interruption de grossesse a abrogé la loi du 27 avril 1956 relative aux conditions de l'interruption de grossesse. Dès 1993, le code pénal comporte trois articles réprimant l'interruption illicite de grossesse : 152, 153 et 154. Comme en France, la femme enceinte ne peut être pénalement responsable de son propre acte d'avortement. La loi du 8 juillet 1999 a complété le code pénal en sanctionnant, dans l'article 157a, les atteintes volontaires à la vie de l'enfant conçu, une disposition qui n'a pas de correspondant en droit français.En 2007, une proposition de modification de la Constitution polonaise a été déposée au Parlement. Elle proposait d'inscrire directement dans la norme constitutionnelle un article visant à protéger la vie humaine dès sa conception. Mais ce projet n'a pas été approuvé par le Parlement.

447. La législation française après la deuxième guerre mondiale. La libéralisation de la contraception par la loi du 28 décembre 1967 n'a pas réglé la question des avortements clandestins, elle a ouvert, en revanche, la porte à la légalisation postérieure de l'avortement. Deux lois ont révolutionné le droit d'avortement : la loi du 17 janvier 1975 qui a autorisé l'interruption volontaire de grossesse, et la loi du 4 juillet 2001 qui a transposé l'incrimination de l'interruption de grossesse vers le code de la santé publique ? Désormais, le code pénal comporte un seul article 223-10 qui dispose que *« L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende ».*

448. En droit moderne un avortement devient une interruption illicite de grossesse[764].

[764] J. Pinatel, *Aperçu des aspects criminologiques de l'avortement,* RSC, 1973, p. 741 et s. ; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, Dalloz 2003, p. 141 ; J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial,* éd. Cujas 2007/2008, p. 58 et s. ; J.-B. d'Onorio, *Loi Weil : réflexion sur un premier bilan,* JCP, éd gén., 1986, I, 3246 ; A. Decocq, *Commentaire de la loi du 17 janvier 1975*, RSC 1975, p. 725 ; P. Decheix, *Articles 223-10 à 223-12 du code pénal,* Juris-Classeur pénal ; F. Dekeuwer-Defossez, *Avortement,* Répertoire pénal

Durant le XXème siècle les lois modernes françaises et polonaises deviendront de plus en plus similaires et inspirées par les mêmes changements sociaux qui ont conduit à la libéralisation des droits des femmes, y compris de droits procréatifs. Aussi bien en France qu'en Pologne, l'hostilité initiale vis-à-vis de la contraception va évoluer vers la légalisation non seulement de la contraception, mais également la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse. La différence fondamentale entre les deux systèmes tient au traitement pénal réservé aux fœtus. La législation française privilègie la conception selon laquelle la mère est la maîtresse de la situation. L'enfant conçu n'est pas autrui et de ce fait il ne peut être victime d'un homicide involontaire. Ils prennent en compte la vie de l'enfant à naître de façon assez différente (Section 2). Mais ils sanctionnent des interruptions illicites de grossesse de façon plus similaire (Section 1).

SECTION 1
Les interruptions illicites de grossesse et une nouvelle répartition des dispositifs pénaux

449. La notion de la suppression illicite de grossesse. L'avortement est une expulsion volontaire du produit de la conception. Sur le plan juridique, l'avortement et après l'interruption illicite de grossesse ont été définis, par les normes pénales françaises et polonaises, en référence aux éléments matériels de l'infraction. L'article 317 du code pénal de 1810 a défini la réalisation matérielle de façon suivante : *« quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme »*. L'article 223-10 du code pénal français précise que l'interruption de grossesse est illégale en l'absence du consentement de l'intéressée. Les dispositions du code de la santé publique fondent la référence à l'aspect médicale. Ainsi, l'interruption illicite de grossesse est réalisée, selon l'article L.2222-2, lorsque le délai légal de l'interruption de grossesse de 12 semaines a été dépassé, lorsqu'elle a été pratiquée par une personne n'ayant pas la qualité de médecin, et lorsqu'elle a été réalisée dans un établissement qui ne satisfait pas les exigences légalement imposées. Enfin, l'article L.2222-3 du même code dispose : *« Le fait de procéder à une interruption de grossesse après diagnostic prénatal sans avoir respecté les modalités prévues par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d 'amende »*. L'article 152 du code pénal polonais incrimine une interruption de grossesse dont le caractère illégale consiste à la violation des

---

Dalloz ; M. Heers, *Existe-il un droit à l'avortement ?*, Revue de droit sanitaire et social 1961, p. 69 ; G.Wiederkehr, *Le vir devant l'avortement*, RTDC 1974, p. 573

règles relatives à l'interruption volontaire de grossesse avec l'accord de la femme enceinte. L'article 153 du même code pénalise l'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée comme dans l'article 223-10 du code pénal français.

450. La législation pénale concernant l'interruption illicite de grossesse a connu une évolution qui marque un nouveau choix des valeurs pénalement protégées. Dans un premier temps, l'avortement a été incriminé en France et en Pologne. Ensuite, les droits pénaux des deux pays ont introduit des permissions légales de pratiquer certaines interruptions de grossesse. Enfin, le droit moderne français, contrairement à la législation polonaise, a dépénalisé partiellement l'avortement. Tout d'abord, le consentement de la femme, sa liberté et son intégrité physique sont mieux protégés. Ensuite, le regard pénal va se focaliser sur la régularité de la procédure médicale de l'interruption de grossesse. Il convient d'étudier les causes du caractère illicite de l'interruption de grossesse en droits modernes français et polonais. Monsieur A.Vitu a proposé une distinction entre les auteurs *« qualifiés »* et *« non qualifiés »*, encore sous le régime du code pénal français de 1810 (art. 317). Elle a conservé toute son actualité dans le code pénal de 1994[765]. D'un point de vue purement pénal, l'interruption illégale de grossesse peut être classée parmi les atteintes à la liberté de disposer de son corps en France, et parmi les atteintes à la santé humaine en Pologne. La répression pénale, autant française que polonaise, peut intervenir de deux façons : soit au titre d'une incrimination autonome (art. 223-10 du code pénal français et art. 152, 153 et 154 du code pénal polonais), soit au titre de la violation des règles de l'interruption légale de grossesse. La répression pénale de certaines interruptions de grossesse prend en compte la qualité de l'auteur (§1). Mais, dans les deux systèmes pénaux, cette répression est tournée principalement vers la volonté de protéger la mère-victime (§ 2).

§ 1: L'illicéité de l'interruption de grossesse et la qualité de l'auteur présumé

451. La loi du 4 juillet 2001 a opéré réellement une transposition de la norme pénale concernant l'interruption illégale de la grossesse. Le code pénal a conservé un article unique, le 223-10, tous les autres sont transposés dans le code de la santé publique. L'article 223-10 est devenu l'article L.2222-1, les articles 223-11 et 223-12 sont devenus respectivement les articles L.2222-2 et L.2222-4. Dans les deux systèmes pénaux, les

[765] R. Merle, A.Vitu, *Traité de droit criminel*, éd. Cujas 1982, n° 2114, p. 1716

législateurs ont opté pour la mise en place d'un réel monopole des médecins pratiquant dans les structures hospitalières publiques ou privées satisfaisant aux conditions imposées par la loi. Cette politique sanitaire, fondée sur des raisons d'ordre essentiellement médical, tente de répondre aux impératifs sociaux, similaires dans les deux pays. Elle a inspiré les modifications normatives qui ont associé l'illicéité de l'interruption de grossesse à la violation des prescriptions relatives à l'interruption volontaire de grossesse. La qualité de l'auteur n'est pas une circonstance aggravante. Mais un médecin qui a procédé à une interruption illicite de grossesse peut être condamné, au titre d'une peine complémentaire, à l'interdiction professionnelle. La répression pénale française de l'interruption illicite de grossesse est de plus en plus résiduelle et transposée vers le code de la santé publique. Alors, qu'en Pologne, les violences dirigées contre une femme enceinte sont décrites directement dans le code pénal et classées parmi les infractions volontaires contre la santé. La sanction pénale varie en fonction de la qualité de l'auteur présumé (A). La répression pénale, dans les deux pays, n'évolue pas de la même façon (B).

A. L'accomplissement des manœuvres abortives et la qualité de l'auteur

452. Présentation. L'interdiction générale de l'avortement se trouve dans le serment d'Hippocrate et formulée dans la phrase : *« Je ne donnerai pas, quiconque m'en prierait, une drogue homicide, ni ne prendrait l'initiative de pareille suggestion ; de même, je ne donnerai à aucune femme un pessaire abortif »*. De la même façon, le commandement essentiel du décalogue indique *« Tu ne tueras pas »*. La qualité de médecin, comme l'auteur d'une interruption illicite de grossesse constitue un élément qualificatif, pesant directement sur la sanction pénale[766]. En France, chaque généraliste peut effectuer une interruption de grossesse[767], en Pologne une spécialisation de premier degré est exigée. L'appartenant de

[766] E. Clavel, *La clause de conscience du médecin dans la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse,* JCP, éd. gén., 1978, I, 2915 ; J.-B. Grenouilleau, *Déontologie médicale et loi du 17 janvier 1975*, Gazette du Palais 1976, II, doctrine, 701 ; G. Mémeteau, *Le refus de soins à l'enfant conçu*, RDSS 1979, p. 317 et s. ; G. Roujou de Boubée, *L'interruption volontaire de grossesse*, Dalloz 1975, chronique n° 209 ; R.Vouin, *L'avortement voulu*, Dalloz 1976, chronique n° 1 ; J-M. Auby, *Des problèmes posées par les produits abortifs devant le Conseil d' État*, RDSS 1991, p. 228 ; T. Cabot, *La responsabilité du service hospitalier et interruption volontaire de grossesse*, Gazette du palais 1985, 2, doctrine, 602 ; A.-M. Dourlen-Rollier, *L'aspect juridique et social de l'avortement en France,* Annales de médecine légale 1967, p. 501 ;

[767] E. Clavel, *Considérations sur la clause de conscience du médecin après la loi du 31 décembre 1979,* JCP, éd. gén., 1985, I, 3192 ; E. Clavel, *Le décret n ° 82-826 du 27 septembre 1982 est-il compatible avec l'exercice de la clause de conscience du médecin en matière de l'avortement ?,* LPA, éd. gén., 1983, I, 3128 ; J. Massip, *La responsabilité du médecin face aux conséquences de l'échec d'une interruption volontaire de grossesse,* LPA 27 mai 1997

l'auteur de l'interruption de grossesse au corps médical est, selon l'article L.2222-2 du code de la santé publique, la garantie de la légalité de l'intervention médicale. Ainsi, le délit d'interruption involontaire de grossesse est caractérisé par la consommation. Il faudrait que la mère ait subi directement un préjudice. Il convient d'étudier deux hypothèses : l'interruption illicite de grossesse commise par un membre de la profession médicale (1), et la suppression illicite de grossesse procurée par un tiers n'appartenant pas au corps médicale (2).

1. L'exécution par un membre de la profession médicale

453. La situation en France. Les membres de la profession médicale sont directement visés par l'article 317 alinéa 4 du code pénal de 1810 comme les auteurs *« professionnellement qualifiés »*. Ils s'exposent à une peine complémentaire de suspension pendant 5 ans au moins. L'article 317 du code pénal de 1810 distinguait trois catégories d'auteurs : la femme enceinte qui pratiquait des manœuvres abortives sur elle-même, un ou plusieurs tiers n'appartenant pas au corps médical et un auteur qualifié de *« l'homme de l'art »* appartenant à l'une des catégories suivantes : médecins, chirurgiens, pharmaciens et *« les autres officiers de santé »*. La sanction criminelle a été prévue pour l'auteur et pour le complice. Le profil de l'auteur était déterminant pour le choix de la sanction et sa durée. Car la femme enceinte et l'auteur n'appartenant pas au corps médical ont risqué entre cinq et dix ans de réclusion, alors qu'un représentant des professions de santé pouvait s'exposer à des travaux forcés à temps allant de cinq à vingt ans. L'article 85 du décret-loi du 29 juillet 1939 disposait que l'interdiction professionnelle a pu être prononcée et déclarée en France à la requête du Ministère Public par le tribunal correctionnel si la condamnation par une juridiction étrangère rentrait dans le contenu de l'article 317. De plus, la violation de cette interdiction était punie d'une peine d'emprisonnement d'au moins 6 mois et de 2 ans au plus ainsi qu'une amende de 3 600 F à 60 000 F. Cette répression a été maintenue jusqu'à l'abrogation par l'article 16 de la loi du 4 juillet 2001. La loi du 4 juillet 2001, a transféré l'article 223-11 du code pénal dans l'article L.2222-2 du code de la santé publique. En vertu de l'article L.2222-4 du même code (ancien article 223-12 du code pénal) *« la fourniture ou la délivrance de médicaments autorisés ayant pour but de provoquer une interruption volontaire de grossesse ne peut être assimilés au délit susmentionné »*. D'une part, ça ouvre la voie pour réduire la portée de l'article L.5435-1 et permet la délivrance aux femmes de substances ou pilules abortives. D'autre part, l'article L.2222-4 du code de la santé publique a une portée plus générale que celle de

l'article 317 alinéas 4 de l'ancien code pénal[768]. Mais la délivrance des médicaments se fait dans un milieu médical. En outre, la prescription ou la délivrance de médicaments autorisés ne constitue pas un délit, le champ d'application est limité à la fourniture de moyens matériels non autorisés. Le fait de fournir à la femme les moyens matériels de pratiquer une interruption de grossesse sur elle-même est susceptible de s'appliquer à chaque tiers *« ordinaire et non compétent »* et indépendamment de sa compétence médicale ou de son absence. La peine encourue est de 3 ans d'emprisonnement et d'une amende de 45 000 euros, soit de 5 ans et une amende de 75 000 euros en cas de récidive. Il faut souligner que cette disposition du code de la santé publique n'a prévu aucune sanction supplémentaire, comme c'est traditionnellement le cas du code pénal. *In fine* aussi bien la loi française, que polonaise prévoit la sanction de l'omission lorsque le médecin a refusé de prendre les mesures ou les actes médicaux destinés à protéger la grossesse menacée. Dans cette hypothèse, la responsabilité ne peut être naturellement être retenue à l'égard de chaque tiers, mais uniquement à l'encontre de professionnel tenu par une obligation spéciale d'éviter le dommage éventuel[769]. L'article L.2222-3 du code de la santé publique dispose : *« Le fait de procéder à une interruption de grossesse après diagnostic prénatal sans avoir respecter les modalités prévues par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende »*. Il ne précise pas la qualité de l'auteur, mais on ne peut pas exclure que cet auteur détient des connaissances médicales et des qualifications professionnelles.

2. L'interruption illicite de grossesse procurée par un tiers n'appartenant à un corps médical

454. L'absence de définition de l'auteur dans les codes pénaux. L'analyse du contenu des normes pénales françaises et polonaises démontre que la qualité de l'auteur n'est pas directement évoquée dans les textes pénaux en tant que circonstance aggravante. Cette aggravation de la sanction intervient pour les auteurs qualifiés dans les textes techniques, tels que le code de la santé publique en France et la loi sur la profession de médecin en Pologne. La réforme introduite en France par la loi du 4 juillet 2001, a transféré l'article 223-11 du code pénal dans l'article L.2222-2 du code de la santé publique, dans sa rédaction précédente. Actuellement, si l'interruption est pratiquée en connaissance de cause par une personne n'ayant pas la qualité de médecin, cet auteur s'expose à 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. En Pologne, aucun article du code pénal ne précise la qualité de l'auteur. A

[768] J.-F. Seuvic, *Chronique législative*, RSC 2001, p. 852
[769] *Nouvelle codification pénale, Les infractions contre la vie et la santé*, Cahier n° 28, Varsovie 2000, p.187

plusieurs reprises, au sein de l'article 152, 153, 154 et 157a du code pénal, le législateur polonais a donné une description d'élément matériel réalisé par *« quelqu'un »*. Cette personne va s'exposer à une peine privative de liberté allant jusqu'à 3 ans en cas d'avortement sans le consentement de la mère (art. 152§1), à une peine privative de liberté entre 6 moins et 8 ans lorsque l'interruption de grossesse a été commise avec violence (art. 153§1), à une peine d'un an à 10 d'emprisonnement en cas de mort de la victime (art. 154§1) et à une peine d'amende, une peine restrictive ou privative de liberté allant jusqu'à 2 ans si la femme a perdu sa grossesse suite aux atteintes graves portées à l'intégrité physique du fœtus (art. 157a§1). La sanction pénale reste relativement constante depuis le code pénal de 1969, elle varie avant tout en fonction de la gravité effective de faits[770].

455. La complicité élargit le spectre des auteurs. La complicité est directement évoquée dans l'article 152§2 du code pénal polonais et punit en fonction du stade de la grossesse d'une peine d'emprisonnement jusqu'à 3 ans et de 6 moins à 8 ans, lorsque le fœtus est suffisamment développé pour vivre en dehors de l'organisme de sa mère. Dans ces hypothèses évoquées, chaque complicité sera punissable. L'analyse transversale de la répression en France montre l'évolution progressive des peines allant, parfois, jusqu'à l'impunité pénale[771]. D'une manière générale, les peines encourues sont celles de l'article 223-10 du code pénal : d'un un emprisonnement de cinq ans et de 75 000 euros d'amende. Cette disposition pénale est donc applicable à chaque auteur, quel que soit son statut. Une répression moins sévère de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende est inscrite à l'article L.2222-2 du code de la santé publique. Elle suppose la connaissance de cause de la part de l'auteur qui pratique ou tente de pratiquer l'interruption de grossesse en violation des conditions médicales de l'intervention instaurées par la loi du 17 janvier 1975. L'auteur agit, comme en droit polonais, en connaissance de l'état de grossesse. Parmi les peines supplémentaires applicables à un tiers non qualifié, le nouveau code pénal français a adouci la sanction, car l'interdiction des droits civiques et de famille existant jusqu'à la loi du 4 juillet 2001 a été abrogée. L'article 223-17 du code pénal qui est appliqué : à savoir la confiscation des objets ayant servi ou destinés à commettre cette infraction et la fermeture définitive soit pour une durée de cinq ans au plus d'un établissement qui a servi à commettre

---

[770] J. Majewski, W. Wróbel, *La protection pénale de l'enfant conçu*, État et droit 1993, n° 5 ; J. Majewski, *La sanction pénale de l'avortement en droit polonais*, État et droit 1997, n° 4 ; L. Gardocki, *Droit pénal*, Varsovie, éd. C.H. BECK 1999, p. 222-224

[771] Une illustration de cette impunité peut être la solution adoptée par la Cour de cassation le 5 mai 1997, lorsqu'il a été jugé que la preuve du respect par les établissements hospitaliers des dispositions du code de la santé publique concernant du délit d'entrave à l'IVG n'a pas de l'importance au niveau des poursuites, Cass. Crim., 5 mai 1997, n° 96-81.462 ; Cass. Crim., 5 mai 1997, n° 96-81.889

ce délit. En France, la répression de la complicité de l'interruption illicite de grossesse est soumise à l'article 121-6 du code pénal relatif à la complicité des actes délictuels.

B. L'évolution de la répression de l'interruption illicite de grossesse.

456. Présentation. Dans les deux systèmes, le développement de la répression pénale n'a pas évolué dans la même direction. En France, le moment décisif était le vote de la loi du 17 janvier 1975 qui a instauré un fait justificatif autorisant les médecins à effectuer l'interruption volontaire de grossesse. Cette permission légale constituait un changement révolutionnaire de l'esprit de l'article 317 du code pénal de 1810. Avec le nouveau code pénal de 1994, l'infraction d'avortement a été requalifiée en interruption illégale de grossesse. Après l'ordonnance du 15 juin 2000 relative à la partie législative du code de la santé publique, les dispositions pénales ont été déplacées vers le code de la santé publique. Enfin, depuis la loi du 4 juillet 2001, deux articles du code pénal ont été abrogé (art. 223-11 et art. 223-12) et l'incrimination unique reste celle de l'article 223-10[772]. Selon l'expression de Monsieur B. Py en matière d'avortement *« le principe est l'impunité, l'exception est la répression »*[773]. La description des violences envers la femme enceinte rapproche partiellement les droits français et polonais (1). En revanche, le droit français moderne est marqué par le déclin de la prévention de l'interruption de grossesse (2).

1. La description de la violence dirigée contre une femme enceinte

457. La compatibilité entre le droit français et polonais. Le droit français impose trois règles d'or qui régissent le recours aux interruptions licites de grossesse. Ces conditions sont cumulatives et compatibles avec la loi polonaise. Lorsque l'acte médical est légal, il ne peut être réalisé que par un médecin, dans un établissement de santé adéquate, enfin une surveillance médicale postopératoire s'impose. En Pologne, la disposition de l'article 153§1 utilise à deux reprises l'expression *« contrainte »* appliquée par l'auteur sous la forme d'une violence directement dirigée contre la femme. La Cour Suprême de Pologne a précisé cette

---

[772] Bilan de l'avortement comme un acte volontaire en droit français : C. Brunetti-Pons, *Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Droit de famille 2001, n° 23 ; F. Taquet, *Les nouvelles dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, (loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001)*, Gazette du palais 15-16 février 2002, 5 ; M. Drapier, *La loi relative à l'interruption volontaire de grossesse dix ans après*, RDP, 1985, 469 ; P. Sargos, *Réflexions « médico-légales » sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique*, JCP, éd. gén., 2001, I, 322

[773] B. Py, *Droit et valeurs sociales : le statut de l'être humain dans le nouveau code pénal*, Les cahiers de la sécurité intérieure 1994, p. 69

notion de contrainte. Dans un premier temps, le 18 décembre 1933, elle estimait que *« la contrainte peut être dirigée contre une chose à condition que cet acte exerce une influence directe sur la personne »*.[774] Ensuite, la plus haute juridiction polonaise se prononçait sur la qualification des violences en cas d'interruption de grossesse. Mais le 10 décembre 1998, elle a donné une définition radicalement différente de celle acceptée précédemment. Cette fois elle avait distingué une *« violence générale »* et une *« violence directe et exercée contre une personne »*. Dans le cas prévu par l'article 153§1 il s'agit uniquement de la violence physique adressée directement à une femme enceinte sans faire recours à un objet[775]. Cette interprétation est sans doute plus favorable aux auteurs de délits. Car le fait de frapper une femme pour provoquer une interruption de grossesse peut rester dans le champ d'application de l'article 153§1. La même qualification ne peut s'appliquer lorsque l'auteur a poussé violemment un meuble qui s'arrêtait sur le ventre de la femme et a causé l'expulsion prématurée du fœtus[776]. Compte tenu de la volonté clairement délictueuse chez l'auteur, on peut s'interroger sur l'exactitude d'une telle interprétation, car le résultat final recherché est la suppression de grossesse.

458. La description de la violence contre une femme enceinte dans le code pénal polonais. La violence doit se diriger contre l'intégrité physique de la personne telle qu'elle est dénommée par l'article 217§1 du code pénal[777]. La contrainte psychique ne doit pas prendre nécessairement une forme de violence immobilisant ou paralysant la victime. Mais, il faut qu'elle ait une intensité qui soit suffisante pour priver la victime de la possibilité psychique d'agir selon sa propre volonté et d'agir conformément à la volonté de l'auteur[778]. La menace comme mode d'action formulée par l'article 115§2 et 190 du code pénal. On peut donc imaginer la situation dans laquelle un mari menace sa femme de la tuer ou de la mutiler. De la même façon, la menace peut se faire sous forme de chantage de divulguer publiquement des informations susceptibles de porter une atteinte à l'image personnel et concernant par exemple des préférences sexuelles. Selon l'article 153§1 l'auteur peut aussi manipuler sa victime la conduire à interrompre sa grossesse. Il cherche alors à induire en erreur une

---

[774] CS de Pologne du 1 décembre 1933, n° II K 1117/33, 73/74 ; K. Daszkiewicz, *La menace dans le droit pénal polonais*, Varsovie 1958, p. 11

[775] CS du 10 décembre 1998, n° KZP 22/98, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP), Chambre criminelle et militaire 1999, n° 2 position 39

[776] M. Daszkiewicz, *Les infractions contre la vie et la santé, Chapitre XIX du code pénal*, Varsovie, éd. C.H. BECK 2000, p. 273

[777] CS de Pologne du 17 octobre 1973, n° 12, position 173 avec note W. Kubała et J. Kubicki RJM 1975, n ° 1

[778] CS de Pologne du 8 décembre 1997, n° VKKN 346/96, Parquet et droit 1997, n° 4, Dans hypothèse de l'article 153§1 s'applique également la violence physique *« moyenne »*, décision de la Cour Suprême du 10 avril 1979, n° III KR 69/79 non publié et du 16 juillet 1988, n° VKRN 270/86 non publié

femme en profitant d'une faiblesse ou d'une conviction erronée de cette dernière. Il peut par exemple essayer de convaincre que l'intervention médicale abortive est la dernière chance de survivre. Une ruse peut être accomplie par une parole, un document écrit, un geste. L'auteur cherche à créer une image fausse de la réalité, il pousse la victime à prendre une décision sur la suppression de grossesse. Son action reste en relation directe avec l'avortement criminel[779]. L'article 153§1 du code pénal incrimine donc le fait d'attaquer la sphère de la liberté personnelle de la femme dont la faiblesse est directement liée à son état de grossesse.

2. Sur la voie de la dépénalisation de l'instigation à l'interruption illicite de grossesse

459. Le déclin de la provocation à l'interruption illicite de grossesse. Dans un premier temps, le législateur français a fait preuve d'ouverture d'esprit face à la question de la contraception vue comme un nouveau moyen capable d'assurer la maîtrise de la procréation. Par conséquent, la propagande anticonceptionnelle a été légalisée par les lois du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances. Ensuite, deux éléments doivent être pris en considération : la suppression de la provocation et la sanction de la fourniture des moyens abortifs. Les deux témoignent de la manifestation d'un déclin de la prévention de l'interruption de grossesse. L'abrogation de l'article L.2221-1 montre que le législateur français a préféré prévenir plus l'interruption volontaire de grossesse, que l'incitation à l'interruption illicite de grossesse[780].

460. La suppression de la provocation et de la propagande. La sanction de la provocation a toujours connu une certaine souplesse. En vertu de la loi du 31 juillet 1920, l'article L. 647 a pénalisé la provocation d'une manière limitative et uniquement par l'un des moyens énumérés par le texte. Cette punition va évoluer avec la loi du 17 janvier 1975 vers une extension concernant autant les moyens (par chaque moyen) que les effets (même provocation non suivie d'effet). La suppression définitive de la provocation intervient avec la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interrution volontaire de grossesse et à la contraception, qui a abrogé l'article L.2221-1 du code de la santé publique. De la même façon, la propagande et la publicité directe ou indirecte en faveur des établissements ou des médicaments susceptibles de provoquer une interruption de grossesse, réprimés par le même article, ont été supprimés. En droit polonais, il n'existe pas une incrimination de provocation à l'interruption illicite de

[779] W. Świda, *Code pénal avec commentaire*, p. 620
[780] Dictionnaire Permanente de Bioéthique et Biotechnologies, Étude : *Interruption de grossesse*, n° 96-98, 01/12/2006

grossesse. En revanche, l'article 153 du code pénal se rapproche de la notion d'instigation, car l'auteur connaît l'existence de la grossesse et il veut conduire la femme à mettre un terme à sa grossesse en employant des ruses, des menaces, du chantage, de la sujétion psychologique.

461. L'interdiction de vendre des dispositifs médicaux maintenue. Il semble, que l'interdiction de vendre des dispositifs médicaux, a pris une dimension sanitaire. La fourniture de moyens abortifs a été incriminée dans un premier temps par la loi du 31 juillet 1920, ensuite par le décret du 29 juillet 1939. Avec la loi du 17 janvier 1975, les articles L.51356-1 et L.5435-1 du code de la santé public que ont mis l'accent sur l'efficacité des moyens procurés en interdisant ceux susceptibles de provoquer ou de favoriser une interruption illicite de grossesse. L'esprit de cette loi a été profondément modifié par la loi du 4 juillet 2001. Car désormais une interdiction ultime est prévue par l'article L.5135-1 et concerne des fabricants et des négociants en appareil gynécologique voulant vendre ces produits à des personnes n'appartenant pas au corps médical. La responsabilité des personnes morales est retenue en vertu de l'article 121-2 du code pénal. On peut penser que cette interdiction est conçue pour lutter contre les abus à la fois séparés et massifs. L'hypothèse de l'inefficacité des moyens n'est pas directement évoquée par le texte de loi. Elle peut pour autant bien exister. Il convient donc de répondre à la question suivante : peut-on réprimer l'action sans résultat (infraction impossible) ou l'action suivie d'un résultat (infraction matérielle de l'interruption de grossesse) ? La réponse de la Cour de cassation va dans le sens extensif, elle avait estimé plusieurs fois que l'inefficacité partielle ou totale de moyens procurés constitue un élément indépendant de la volonté de l'auteur donc la tentative reste punissable[781]. L'article L.2222-4 du code de la santé publique issue de la loi du 4 juillet 2001 dispose : *« Le fait de procurer à une femme les moyens matériels de pratiquer une interruption volontaire sur elle-même est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Ces peines sont portées à cinq ans et à 75 000 euros d'amende si l'infraction est commise de manière habituelle. En aucun cas, la femme ne peut être considérée comme complice de ces actes ... ».* Cette disposition serve à prévenir les auto-avortements, elle protège la femme contre toute poursuite pénale.

462. Plan. Les interruptions illicites de grossesse sont incriminées déferrement en fonction de l'auteur présumé qui appartient ou non au corps médical. Mais cette répression pénale illustré

[781] Cass. Crim., 8 novembre 1928, Dalloz 1929, I, p. 97 ; Cass. Crim., 18 janvier 1942, JCP, éd. gén., 1942, II, n° 1821 ; Cass. Crim., 28 mars 1950, Sirey, 1950, p. 176 ; RSC 1950, p. 592 ; Cass. Crim., 21 décembre 1965, JCP, éd. gén., 1966, IV, n° 17 ; M. Roujou de Boubée, observation sous Cass. Crim., du 16 janvier 1986, JCP, éd. gén., 1987, II, n° 20774

également la volonté de protéger la mère-victime d'une interruption illicite de grossesse.

§2 : L'illicéité de l'interruption de grossesse illustre la volonté de protéger la mère-victime

463. Présentation. Dans l'hypothèse de l'interruption involontaire de grossesse, les lois française et polonaise considèrent les femmes enceintes comme des victimes. Les deux systèmes pénaux s'accordent à distinguer les violences dirigées contre une femme enceinte et les situations dans lesquelles les indications médicales justifient le déclenchement de l'accouchement. Dans cette deuxième situation, la qualification de l'interruption illicite de grossesse ne peut être retenue car le médecin cherche à sauver la mère et il vise à faire vivre le fœtus. Alors que l'avortement déclenché à d'autres motivations qui consiste à supprimer la vie u fœtus. Les droits français et polonais prennent en considération l'attitude de la mère face à sa grossesse, mais de manière différente. En droit français, la volonté de la femme, voire son consentement à l'avortement n'efface pas le caractère illicite. Selon une décision récente de la Cour Suprême de Pologne du 29 mars 2009, la mère qui a consenti à l'interruption de sa grossesse en connaissance de cause, ne peut participer au procès en tant que victime au sens de l'article 152 du code pénal[782]. Le point commun des deux systèmes est le fait, que la femme ne peut être poursuivie pour l'auto-avortement. Sa protection contre les pratiques illicites est renforcée (A). Elle peut être déclarée victime d'une interruption illicite de grossesse suite aux différentes atteintes portées contre elle (B).

A. L'autonomie affirmée de la femme enceinte

464. Présentation. La sanction pénale de la femme face aux interruptions criminelles et puis délictuelles de grossesse, aussi bien en France qu'en Pologne, est marquée par un adoucissement progressif allant jusqu'à la dépénalisation entière de l'auto-avortement dans le début des années 1990. Pour autant, les deux systèmes exigent dans ce cas l'absence de l'aide ou de l'assistance par un tiers. La femme enceinte est alors l'auteur unique des faits. Ils se différent dans l'appréciation du consentement de la femme qui en France reste indifférent, pendant qu'en Pologne ce consentement peut entraîner l'aggravation de la sanction pénale. La

[782] CS du 29 mars 2009, affaire IKZP 2/09 ; Droit et Médecine, *La Cour Suprême a refusé de donner son avis relativement à l'interruption de grossesse*, 11/10/2009

femme peut auto-avorter en toute impunité aussi bien en France qu'en Pologne. Il convient d'étudier sa liberté face à l'interruption de sa grossesse, puis son rôle actif et passif dans la suppression de la grossesse (1). Le caractère illicite d'une interruption de grossesse est justifié, dans les deux pays, par l'absence du consentement à l'acte médical de la femme enceinte. Il faut donc analyser comment les lois nationales aperçoivent le consentement de cette dernière à l'avortement à l'égard de la sanction encourue par un tiers avorteur (2).

1. La confirmation de l'impunité pénale des manœuvres auto-abortives

465. De la condamnation unanime ... En France, le code pénal de 1791 a laissé la femme enceinte impunie pour favoriser la dénonciation[783]. L'article 317 alinéa 3 du code pénal de 1810 a puni *« d'emprisonnement de 6 mois à 2 ans et d'une amende de 360 F à 20000 F la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou aura tenté de se la procurer, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet »*. On observe, que la sanction était déjà moins sévère, que celle appliquée au tiers–avorteur à savoir d'un an à 5 ans d'emprisonnement et d'amende de 18 000 F à 100 000 F sous le régime du même code de 1810. Au sein du code pénal polonais de 1932 l'auto-avortement était puni dans l'article 231 d'une peine de 3 ans d'emprisonnement. Dans le nouveau code pénal français de 1994, l'article 223-12 a prévu une peine de 2 ans d'emprisonnement et de 25000 F d'amende pour toutes les formes de manœuvres auto-abortives. Cette disposition comportait une description de la femme avorteuse comme une *« femme qui pratique l'interruption de grossesse »*. Cet adoucissement de la sanction était *« le résultat d'un compromis intervenu, après beaucoup de difficultés, entre le Sénat qui souhaitait conserver l'incrimination de l'auto-avortement, et l'Assemblée Nationale qui comme le Gouvernement, souhaitait la supprimer »*[784].

466. ... à la dépénalisation définitive. La dépénalisation de l'avortement va intervenir en France et en Pologne dès le début des années quatre-vingt-dix. L'article 7 de la loi du 7 janvier 1993 a introduit les modifications dans le code pénal polonais en instaurant les articles 149a et 156a qui ont fait référence explicitement à l'impunité de la mère. L'article 149a§1 disposait *« qui provoque la mort de l'enfant conçu sera puni d'une peine d'emprisonnement de 2 ans »*, le §2 déclarait *« ne sera pas puni la mère de l'enfant conçu »*. De la même façon, l'article 156a§1 a sanctionné la personne qui a causé une atteinte à

[783] F. Dekeuwer-Défossez, *Interruption volontaire de grossesse*, Répertoire pénal Dalloz, avril 1996, n° 37
[784] F. Desportes, F. Le Gunehec, *Présentation des dispositions du nouveau code pénal*, JCP, éd. gén., 1992, I, 3615, n° 144, p. 428

l'intégrité physique ou à la santé de l'enfant conçu susceptible de menacer sa vie. Une peine de 2 ans d'emprisonnement était appliquée dans ce cas. Le §2 de l'article 156a excluait la responsabilité de la mère pour acte défini dans le §1. Les deux articles précités ont été abrogés avec l'entrée en vigueur du code pénal de 1997 et leur contenu sera remplacé par la loi du 8 juillet 1999 dans l'article 157a qui dans § 3 confirme l'impunité pénale de la mère[785]. En France, suite à la loi du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, les deux premiers alinéas de l'article 223-12 ont été abrogés[786]. La suppression de l'incrimination de l'auto-avortement, aussi bien en France qu'en Pologne, est entière. Elle concerne à la fois l'exécution accomplie qu'une simple tentative. Par conséquent, la femme peut pratiquer une interruption de grossesse contraire aux règles légales, sans pour autant s'exposer à une sanction pénale. Elle *« peut violer la loi sans être délinquante »*[787]. Pour les juristes polonais, cette dépénalisation est fondée sur le droit de la femme d'être ou non une mère. Ce droit à la maternité est garanti par l'article 79 de la Constitution polonaise. Mais certains auteurs français comme Madame M.-L. Rassat, considèrent que le refus de sanctionner l'auto-avortement *« risque d'avoir légalisé une forme d'infanticide pratiqué par la mère »*[788]. Il faut souligner le caractère illimité de la dépénalisation, en France et en Pologne. Aucune condition n'est prévue ni relativement au stade de la grossesse, ni relativement au stade du développement de l'enfant à naître. Par conséquent, la mère gagne une liberté absolue et l'enfant reste privé de toute protection pénale. Pratiqué sur soi-même et en absence d'un tiers, l'auto-avortement reste légal à la veille de l'accouchement.

467. Le doute profite à la femme. En l'état actuel du droit, chaque fois lorsqu'un doute s'installe entre l'avortement licite, voire l'auto-avortement et l'infanticide punissable, les juges français et polonais vont appliquer la même règle : *in dubio pro reo.* En outre, le fait de retrouver le cadavre d'un enfant né viable devra faire présumer, en absence d'autres preuves, l'avortement légal et non l'infanticide. Naturellement, au stade où la viabilité de l'enfant ne pose aucun problème, cette solution peut sembler choquante. Néanmoins, la loi impose une disposition ferme. Elle tranche la légalité de l'acte en légalisant les manœuvres abortives de la mère lorsque cette dernière est l'auteur unique de fait. Simultanément, elle puni l'infanticide dans l'article 221-4 du code pénal français de la réclusion criminelle à perpétuité avec période de sûreté et le considère comme un meurtre aggravé par l'âge de la victime dès

---

[785] La loi du 8 juillet 1999, Journal des Lois 1999, n° 64, position 729 entrée en vigueur le 17 juillet 1999

[786] La loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, JORF 30 janvier 1993, p. 1580

[787] B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de de l'activité médicale*, thèse Nancy II, 1993, p. 330

[788] M.-L. Rassat , *Droit pénal spécial, Infractions contre les personnes*, Dalloz 2004, p. 350

l'instant de la naissance. En Pologne, c'est l'article 149 du code pénal qui dispose que *« la mère qui tue l'enfant lors de son accouchement et sous le choc provoqué par l'accouchement sera punie d'une peine d'emprisonnement d'un an à 10 ans »*. La frontière de la légalité est donc fixée par le moment de l'accouchement.

2. L'interruption illicite de grossesse sans le consentement de la femme

468. L'exigence d'un consentement préalable comme élément de la légalité de l'interruption de grossesse. Les deux systèmes pénaux se rapprochent et ils réaffirment l'autonomie de la femme enceinte en instaurant trois règles d'or. En premier lieu, l'exigence d'un consentement constitue une *condition sine qua non* de la légalité de l'acte médical qui ne peut être réalisé, que dans des conditions strictement énumérées par la loi. En deuxième lieu, pour que l'interruption de grossesse soit licite, l'exigence du consentement et la satisfaction des conditions légales doivent être simultanément réunies. En troisième lieu et selon une pure tradition pénale fondée sur le principe de la légalité, l'accord de la mère n'efface pas la criminalité de l'acte chaque fois que l'interruption de grossesse intervient en violation de la loi.

469. Les lois française et polonaise sont donc similaires d'un double point de vue. D'une part, les dispositions modernes montrent une sorte de glorification de dogme du consentement à l'acte médical. D'autre part, on observe le renforcement de la protection et de l'autonomie des personnes vulnérables. Il faut étudier la réaffirmation de la protection pénale des mères capables et incapables. Sur le terrain du droit pénal français, le consentement de la femme sera toujours indifférent pour la punition de l'auteur si l'interruption de grossesse est illicite en elle-même. Mais d'autre part l'absence de consentement caractérise la nature criminelle de l'intervention incriminée à ce titre dans l'article 223-10 du code pénal. La tentative d'interruption illicite de grossesse en vertu de l'article 223-10 du code pénal français n'est pas punissable. Le législateur français est donc direct dans sa formulation du problème. L'auteur agit en connaissance de cause. L'article L.2222-1 du code de la santé publique fait littéralement appel à la protection du consentement parce que *« l'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende »*. L'apparition du résultat est impérativement exigée, une simple tentative n'est pas pénalement punissable[789]. L'infraction est punie de l'interdiction des droits

[789] H. Angevin, *Interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée*, Juris-Classeur pénal 2005, n° 5, Art. 223-10, Fascicule 20 ; Juris-Classeur Pénal, Annexes, Médecine, Fascicule 42 ; Cass. Crim., 27

civiques, civils et de la famille (art. 223-16 du code pénal). Des peines complémentaires sont prévues par l'article 223-17 et 222-19 à savoir l'interdiction pour une durée de 5 ans ou plus d'exercer une activité de nature médicale ou paramédicale. L'article 149b du code pénal polonais de 1969 énumérait le défaut de consentement parmi les éléments l'illégalité puni d'une peine d'emprisonnement de 6 mois à 8 ans. L'article 153 du code pénal de 1997 puni l'interruption sans le consentement de l'intéressée d'une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 3 ans.

470. Le consentement des mères incapables. En ce qui concerne les mères incapables, les deux systèmes donnent la même définition ; une mère incapable est soit une fille simplement mineure, soit une femme majeure atteinte d'une maladie mentale. En Pologne, la mineure de plus de 13 ans devra impérativement exprimer son consentement tout comme son représentant légal. Si elle est âgée de moins de 13 ans, la loi exige l'accord du tribunal pour les affaires familiales. La mineure peut donner son avis à titre consultatif chaque fois lorsque son état le permet. Pour protéger les filles mineures contre la pression des parents le législateur français a créé au sein du code de la santé publique l'article L.2212-7. En effet, lorsque la fille est mineure et célibataire, l'intervention médicale suppose le consentement aussi bien de l'une des personnes exerçant l'autorité parentale, que celui de la mineure donné hors de la présence des autres personnes. Si dans une situation hypothétique la jeune fille subit la pression morale et l'avortement est effectué contre son gré, le seul auteur direct peut être l'auteur principal. Il s'agit donc de prévenir les avortements forcés effectués sur les personnes vulnérables soit par leur âge, soit par leur état de santé comme c'était le cas du procès d'Evry en 1982[790]. Les parents de la mineure sont, dans ce cas, complices par provocation[791]. Une éventuelle poursuite peut donc être entamée sur l'inobservation de ces conditions relatives à l'absence du consentement de la mineure. Le droit français contient une disposition qui n'existe pas en Pologne en matière de protection des mineures contre les avortements forcés lorsqu'une mineure est exposée à la violence psychique. La loi du 12 juin 2001 tentant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales permet de réagir face aux actes de violences comme une sujétion psychologique adressée à une mineure pour la conduire à interrompre sa grossesse. Premièrement, l'article 1er de cette loi permet au Tribunal de Grande Instance de prononcer la dissolution civile de la personne orale, voire d'une secte

---

mars 1902, Bull. Crim., 1902, n° 128, Droit pénal 1902, 5, p. 63 ; Cass. Crim., 1 décembre 1971, Bull. Crim., n° 1971, n° 330 ; RSC 1972, p. 389, observation, G. Levasseur

[790] G. Mémeteau, *Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé*, RDSS 1983, n° 3, p. 525 et s.

[791] M. Véron, *Droit pénal spécial*, éd. Armand Colin, Paris 2004, p. 109

dont la mineure enceinte est membre. Les associations de lutte contre les sectes disposent en vertu de l'article 2-17 du code de la procédure pénale de la possibilité d'exercer les droits reconnus à la partie civile, dès que l'interruption illicite de grossesse, sur une majeure ou sur une mineure, a été commise au sein de cette secte. Deuxièmement, l'article 19 de cette loi permet aux associations de défense de l'enfance en danger de se constituer partie civile si les poursuites ont été déclenchées par le ministère public ou la partie lésée. Lorsque la victime est mineure, cette association peut agit sous le fondement de l'article 2-3 du code de procédure pénale.

3. L'interruption illicite de grossesse avec le consentement de l'intéressée

471. La situation en France. Il convient d'étudier deux hypothèses : celle de l'article L.2222-4 et celle de l'article L.2222-4 du code de la santé publique. Dans l'hypothèse de l'article L. 2222-2 du code de la santé publique, il s'agit de sanctionner le non-respect des dispositions relatives au délai légal de l'interruption volontaire de grossesse (art. L.2222-2 al.1), du non-respect de l'exigence liée aux compétences professionnelles de l'auteur n'ayant pas de la qualité de médecin (art. L.2222-2 al.2) et de la réalisation de l'interruption de grossesse dans un lieu qui ne réponde pas aux conditions légalement imposées (art. L.2222-2 al.3). Dans l'hypothèse de l'article L.2222-4 du code de la santé publique, il s'agit de fournir à une femme des moyens matériels afin qu'elle puisse elle-même pratiquer un auto-avortement. La femme enceinte est donc consentante, mais elle n'est pas complice. Seul le fournisseur est pénalement responsable et puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende et de 5 ans et 75 000 euros d'amende en cas d'habitude. Paradoxalement, cette aide, qui se distingue de la prescription ou la délivrance ayant pour but de provoquer une interruption de grossesse, est punissable mais pas un fait lui-même. Le législateur n'a pas voulu donner une description circonstancielle de moyens matériels fournis à la femme, le texte ne vise pas les simples conseils donnés à la femme enceinte[792].

472. La situation en Pologne. Le code pénal de 1997 encadre le consentement de deux manières au sein de l'article 152 (l'interruption illicite de grossesse avec le consentement) et de l'article 153 (interruption illicite de grossesse sans le consentement). Sachant, que dans les deux dispositifs précités il s'agit toujours de l'avortement criminel réalisé par les différents modes d'exécution, on peut s'interroger sur la protection du consentement de la mère par la loi polonaise. La lecture attentive des deux articles conduit au constat selon laquelle

[792] J. Laguier, Ph. Conte, A.-M. Languier, *Droit pénal spécial,* éd. Dalloz 2005, p. 27

coopération, l'accord ou son absence, implique des conséquences aggravantes sur la sanction de l'auteur. Si la femme accepte l'interruption de grossesse en violation de la loi, l'auteur sera punie de 3 ans d'emprisonnement, mais pas la femme consentante. Dans cette situation la femme reste consciente du caractère illicite de l'acte, en plus elle collabore. En revanche, si la femme n'accepte pas l'intervention sur elle réalisée par autrui qui la conduit à l'avortement criminel par contrainte, menace ou ruse, l'auteur qui n'a pas commis le délit personnellement est puni plus sévèrement, de 6 mois à 8 ans d'emprisonnement (art.153§1). Dans cette hypothèse le législateur a mis l'accent sur la protection de la femme privée de conscience ou carrément trompée par une fausse information émanant de l'auteur, surtout lorsqu'elle ne veut pas interrompre sa grossesse. De la même façon, la sanction pénale varie si la mère consent ou non à l'acte criminel à un stade avancé de la grossesse, voire après 12 semaines selon la majorité de la doctrine polonaise, lorsque les organes du fœtus sont suffisamment développés pour survivre en dehors du ventre de sa mère. Si pendant cette étape de la grossesse la femme consent à l'avortement criminel l'auteur risque, depuis la loi du 17 août 1999, une peine d'emprisonnement de 6 mois à 8 ans (art.152§2). Lorsqu'au même stade avancé de grossesse elle s'oppose à l'acte, une aggravation significative atteint l'auteur, la peine est d'un an à 10 ans d'emprisonnement (art.153§2)[793].

B. Les qualifications de violences spécifiquement dirigées contre la femme enceinte

473. Présentation. La complexité des atteintes dirigées contre une femme enceinte amène à considérer deux hypothèses. En premier lieu, les cas d'interruption de grossesse provoquant des préjudices physiques qui n'entraînent pas la mort de la femme (2). En deuxième lieu, les cas où l'interruption de la grossesse engendre le décès de la mère (3). Aussi bien en droit français que polonais, la protection de l'intégrité physique de la femme enceinte est prise en compte de deux manières : au titre d'une incrimination autonome de l'interruption illicite de grossesse puis au titre de la violation des règles sur l'interruption volontaire de grossesse. Le droit français protège la vulnérabilité de la femme liée à sa grossesse (1).

1. La vulnérabilité objective liée à l'état de grossesse selon l'article 223-15-2 du code pénal français

474. L'auteur qui conduit la victime à un grave préjudice afin d'assouvir un but personnel.

[793] La loi du 8 juillet 1999, Journal des Lois 1999, n° 64, position 729 a modifié la rédaction de l'article 152 et 153, car après le 17 août 1999 date de sa entrée en vigueur il a été ajoutés les paragraphes concernant le stade avancé de la grossesse respectivement §3 dans l'article 152 et §2 dans l'article 153

Contrairement à la législation pénale polonaise, le code pénal français considère la grossesse sous un autre angle. Ce sont les articles 223-15-2 à 223-15-4 qui protègent la femme contre les abus frauduleux de l'état de faiblesse lié à sa grossesse[794]. Il a été introduit à l'occasion du vote de la loi du 12 juin 2001[795]. Du contenu de l'alinéa 1 de l'article 223-15-2, on peut déduire l'étendue de la protection accordée, car il dispose : *« Est puni de 3 ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité due...à un état de grossesse ... »*. On voit donc l'intention du législateur qui a voulu donner de l'importance à la femme enceinte, tout en ignorant, la situation du fœtus considéré comme *« un objet indirect et secondaire »* de la protection. La grossesse vue de cette façon-là n'est pas une simple cause de vulnérabilité. Elle ne conduit uniquement pas à une présomption de faiblesse, mais à la constatation d'une vulnérabilité objective pendant la grossesse et après l'accouchement. Selon les dispositions actuelles, l'infraction en question est matérielle. L'apparence de l'état de vulnérabilité doit être connue à l'auteur qui tire intentionnellement parti de cette vulnérabilité. La victime est ainsi conduite à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables. Cette action vise à menacer la grossesse. La norme pénale française n'exige pas directement une perte de la grossesse, ni même sa mise en danger. Cependant, si une telle atteinte intervient effectivement, elle est *« seulement »* une conséquence matérielle, pendant que la vraie intention de l'auteur consiste à profiter de la faiblesse afin d'assouvir ses propres fins. L'alinéa 2 de l'article 223-15-2 illustre une volonté du législateur français de protéger les victimes de mouvements sectaires. Une aggravation de la peine allant jusqu'à 5 ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende est prévue lorsque l'infraction a été commise par le dirigeant d'un groupement sectaire. Dans cette dernière hypothèse, l'auteur profite de la faiblesse de la femme enceinte soumise à la sujétion psychologique. La victime est donc doublement vulnérable[796], car

---

[794] P. Salvage, *Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse*, Juris-Classeur pénal, Art. 223-15-2 à 223-15-4 du code pénal 2006, n ° 8 ; Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, éd. Litec 2005, n° 274 et s. ; J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas 2004, n° 148 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, éd. Dalloz 2003, n° 256 ; J.-F. Seuvic, *Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse*, RSC 2001, p. 852 ; M. Véron, *Droit pénal spécial*, éd. Collin 2004, n° 178 et s.

[795] La loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tentant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, JORF du 13 juin 2001, p. 9336

[796] Sur la vulnérabilité psychologique de le femme enceinte : J.-H. Baudet, *Obstétrique pratique*, 1990, p. 47 ; B. Faurie, P. Mazet, *Aspectes psychologiques de la grossesse*, in *Pathologie maternelle et grossesse*, 1988, p. 591 ; M. Bydłowski, *Le bébé avant la naissance : particularités de la vie psychique*, in *Le foetus et son entourage*, éd. Médecine et hygiène, Genève 1989, p. 51 ; E. Conne-Perréard, *Le syndrome de dépression du prepartum, résultat d'une recherche sur les signes précurseurs de la dépression du post-partum : La psychiatrie de l'enfant*, PUF, 1997, p. 533 ; P.-C. Racamier, C. Sens, L. Carretier, *La mère et l'enfant dans les psychoses du post-partum*, L'évolution psychiatrique 1961, p. 538 ; Selon les auteurs évoqués, l'état de grossesse provoque toute une séries de symptômes qui peuvent s'avérer dangereux pour

exposée aux atteintes psychiques ou/et physiques.

475. La femme enceinte dans la circulation routière. Le 15 novembre 2006, la Cour de cassation a été chargée d'examiner le pourvoi en cassation du ministère public après la décision de la juridiction de proximité de Strasbourg. En l'espèce, une femme enceinte de huit mois avait effectué un stationnement gênant sur un emplacement réservé aux véhicules des grands invalides. Selon son témoignage, elle s'était arrêtée à cet endroit car elle avait un malaise grave l'ayant empêché de continuer la route. Elle soulevait que, c'était le seul stationnement disponible et qu'elle était obligée de stopper sa voiture au risque d'en perdre contrôle[797]. La Cour de cassation se référait à la notion de contrainte pour casser le jugement du juge de proximité de Strasbourg et renvoyer l'affaire devant la juridiction de proximité de Colmar. Elle a précisé que, dans le cas de figure, la contrainte consistait à *« l'impossibilité absolue de se conformer à la loi »* et que le malaise invoqué par la prévenue relève de son pouvoir souverain d'appréciation.

2. Les violences n'ayant pas entraîné la mort

476. L'article 223-10 du code pénal constitue un cas de violence spécifiquement incriminé parmi les autres atteintes à la personne humaine, voire les infractions de mise en danger. Il inscrit explicitement le consentement comme un facteur de la légalité de l'acte médical tout comme l'article L.2222-2 du code de la santé publique. Ce texte ne précise ni la forme, ni le degré de l'atteinte physique que pourra subir une femme, victime d'une intervention médicale. A ce titre, le juge français devrait faire appel aux qualifications ordinaires de violence chaque fois que le consentement de la femme enceinte n'aura pas été donné en connaissance de cause. Telle peut être la situation dans laquelle l'intervenant fait croire à une femme enceinte qu'il est médecin.[798]

477. La qualification de violences et les conséquences subies par la femme. Selon la nature du dommage physique, il est possible d'appliquer les dispositions des articles 222-9 et 222-10 du code pénal français lorsque les violences auront entraîné pour la femme une mutilation ou

---

la femme comme: un sentiment de bien-être, un état dépressif prolongé, une extrême sensibilité à l'environnement, le changement radicale des liens affectives, un remaniements psychologique conduisant à la dégradation de propre image, les remémorations infantiles, les fantasmes régressifs, syndrome de dépression, un rejet inconscient de l'enfant, dépression provoquant éclatement de l'organisation de la personnalité

[797] Cass. Crim., 15 novembre 2006, n° 06-80.087 ; DP 2007, commentaires, n° 16, p. 14-15

[798] P. Le Comte, *Le droit pénal spécial*, éd. Litec 2005 p. 120

une infirmité permanente. De même, le concours de qualifications permet de retenir l'incrimination d'administration de substances nuisibles ou toxique incriminée par l'article 222-15 du le code pénal[799]. On constate qu'en droit pénal français l'intérêt protégé par la disposition de l'article 223-10 est celui de la femme sur laquelle l'interruption est pratiquée. Si l'intervention illégale est accompagnée d'autres infractions différentes, un concours réel d'infraction peut être retenu[800] On observe également l'établissement d'un principe général en vertu du lequel, quand la femme visiblement enceinte est frappée, mais que malgré tout elle est encore en vie et seul le fœtus est expulsé, la loi considère cet acte comme une interruption illégale de grossesse contre le gré de la femme[801]. Lorsque les violences extrêmes sont dirigées sur le ventre de la femme, la qualification à retenir est celle des coups et violences volontaire au sens des articles 222-10 al.2 et 222-12 al. 2 du code pénal. Ces violences sont en réalité une sorte de manœuvres abortives lorsque l'enfant à naître décède suite à ces manœuvres.

3. Les violences ayant entraîné la mort

478. La variété des qualifications pénales. Si l'appréciation de l'élément moral des violences mortelles rapproche les lois française et polonaise, on observe une double divergence en ce qui concerne d'élément matériel. En effet, la loi polonaise met plus l'accent sur le résultat final en incriminant de manière autonome les violences ayant entraîné la mort. Alors que la loi française attribue des qualifications différentes selon le mode d'exécution : les incriminations d'empoisonnement, d'administration de substances toxiques et d'homicide par imprudence ne soulèvent pas d'objections dans la doctrine française. Sous le régime du code pénal de 1810 et en vertu de son article 309, l'auteur était poursuivi pour crime de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, souvent en concours avec le délit d'avortement. L'administration de substances abortives par l'ingestion a été susceptible de tomber sous la qualification de substances nuisibles en vertu de l'article 318 du code pénal de 1810 dès que la suppression du fœtus était effective[802]. L'acquittement du chef d'avortement ne faisait pas obstacle à des poursuites pour violences mortelles [803] comme a jugé la Cour de

---

[799] Juris-Classeur pénal, Article 223-10, *Interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée* par H. Angevin, 2005, Cass. Crim., 9 novembre, 1955, JCP, éd. gén., 1955, II, 9249, note J. Granier, 1 décembre 1971 ; Gazette du palais 1972, 1, 223

[800] M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, Infractions contre les personnes*, éd. Dalloz 2004, p. 349-350

[801] Cass. Crim., 9 janvier 1992, Droit pénal 1992, commentaire n° 172 observation M. Véron ; RSC 1993, p. 326 et 328, observation G. Lavasseur ; J. Pradel, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas 2007/2008, p. 58

[802] CA de Montpellier 6 décembre 1869, Dalloz, 1970, p. 179

[803] Cass. crim., 27 juin 1856, Dalloz 1856, 1, 368 ; RSC, 1972, Chronique : *Crimes et délits contre les personnes*, p. 390

cassation le 27 juin 1856[804], le 9 novembre 1955 et le 1er décembre 1971[805]. Ensuite, tout en confirmant le caractère involontaire des atteintes, la position de la Cour de Cassation a évolué vers la correctionnalisation et l'application de la qualification d'homicide involontaire. Le 3 mars 1989, le juge français a rejeté le pourvoi contre un médecin qui par *« une rare maladresse »* a provoqué une péritonite généralisée, ayant causé la mort subite de la patiente[806]. Le 3 mai 1960, la Cour de cassation a jugé, qu'en cas de mort d'une femme suite à une interruption délictuelle de sa grossesse, la qualification d'avortement peut être retenue même lorsque le crime de violences ayant entraîné la mort de la femme ont été commis sans l'intention de la donner[807]. Le code pénal polonais de 1969 classait dans l'article 157§1 cette infraction parmi les actes volontaires. Mais l'article en question n'a pas précisé qu'il s'agit d'une femme enceinte. La doctrine polonaise, notamment Monsieur W. Wolter, a donné une interprétation selon laquelle la mort de la femme est dans ce cas intentionnelle[808]. Ce point de vue a connu un changement radical avec l'entrée en vigueur du code pénal de 1997 qui dans son article 154 a rompu définitivement avec l'idée d'intention criminelle en cas d'avortements illicites. La doctrine s'accorde actuellement que, dans le cas d'une interruption illicite de grossesse qui entraînerait la mort de la femme, l'auteur ne veut pas donner la mort. En revanche, il a pu prévoir le résultat de son acte. Cette situation renvoie directement à la disposition de l'article 9§3 du code pénal de 1997 en vertu de laquelle *« la peine est appliquée si l'auteur a prévu ou il a pu prévoir le résultat de l'acte accompli et interdit par la loi »*. Dans la justification du code pénal de 1997, le législateur polonais précisait d'une part le résultat matériel qui est la mort d'une femme enceinte suite à l'interruption de sa grossesse, et d'autre part le moment du décès. Car l'auteur est puni aussi bien lorsque la femme est enceinte au moment des faits, que lorsqu'elle n'est pas enceinte mais à condition que la mort est une conséquence des complications directement liées à l'interruption de la grossesse préalablement réalisée[809]. Dans le cas où le décès de la mère entraîne la mort de l'enfant conçu, sans pour autant pratiquer une interruption de grossesse proprement dite, l'incrimination de l'article 154 du code pénal de 1997 ne peut être retenue[810].

---

[804] Cass. Crim., 27 juin 1856, Bull. Crim., n° 227 ; Dalloz 1856, 1, 368

[805] Cass. Crim., 9 novembre 1955, JCP, éd. gén., 1956, 9249, note J. Granier ; Cass. Crim., 1 décembre 1971 ; Gazette du Palais 1972, I, 223, RSC, 1972, 389, observation G. Lavasseur

[806] J.-P. Delmas-Sainte-Hilaire, *Les infractions contre la chose publique*, RSC 1987, p. 426 ; Gazette du palais 18 décembre 1986, II, sommaire n° 429, observation J.-P. Doucet

[807] Cass. Crim., 3 mars 1960, Bull. Crim., n° 138

[808] W. Wolter, *Code pénal avec commentaire*, Varsovie 1973, p. 5 o

[809] K. Daszkiewicz, *Les infractions contre la vie et la santé, Chapitre XIX du code pénal commentaire*, Varsovie, éd. CH BECK 2000, p. 402

[810] A. Wasek, *Code pénal la partie spécial, Commentaire des articles 117 à 221*, Varsovie, éd. C.H. BECK 2006, p. 277 ; J. Majewski, *La punition de l'avortement en Pologne à la lumière des dernières modifications législatives*, Parquet et droit 1997, n° 4, p. 65-74 ; Sur la protection de l'embryon en droit

479. L'existence d'une incrimination autonome en droit polonais. Le fait de priver un enfant conçu de sa vie se trouvant au stade de viabilité et ne lui permettant pas une existence indépendante en dehors de l'organisme de sa mère, est puni en vertu des articles 152§2 et 153§2 du code pénal. Ce cas de figure ne constitue pas d'infraction d'interruption de grossesse. Dans cette hypothèse, il faut prouver l'existence d'un lien de causalité directe entre l'interruption de grossesse et la mort de la mère. On note que dans la disposition de l'article 154§1 et §2 les sanctions varient selon deux cas de figure. L'article 154§1 punit l'auteur si la mort est la conséquence de la violation de l'article 152§1 soit 152§2, à savoir l'interruption de grossesse commise sans le consentement de la femme en violation de l'article 4a de la loi du 7 janvier 1993. Dans ce cas, l'auteur est condamné à une peine d'emprisonnement d'un an à 10 ans. L'article 154§2 prévoit la mort de la femme comme un résultat de la violation de l'article 152§3 et 153. Il s'agit ici de l'interruption de grossesse commise sans le consentement (art. 153) soit l'interruption de grossesse réalisée lorsque l'enfant conçu dispose d'une viabilité avancée (art. 152§3). La répression appliquée dans ces deux situations est une peine d'emprisonnement de 2 à 12 ans. L'analyse des incriminations françaises et polonaises conduit à un double constat concernant à la fois l'aspect interne et l'aspect comparatif. Premièrement et sur le plan interne, la mort de la femme enceinte atteint en Pologne une punition plus sévère que l'interruption avec le consentement de la mère (art. 152§1 et §3) et sans le consentement (art. 153§1 et §2). En France, le décès suite aux manœuvres abortives n'ouvre pas automatiquement le droit d'exercer une action civile au mari, ni aux enfants. Sur ce point, la jurisprudence française est loin d'être uniforme. Dans le passé, elle acceptait une telle action au titre d'un droit propre[811]. Ensuite, elle a établi un partage de responsabilité conditionné par la faute de la victime[812] pour simplement rejeter l'action civile une autre fois[813]. Deuxièmement, une comparaison entre des deux systèmes pénaux permet de remarquer deux éléments. D'une côté, à défaut d'une incrimination autonome telle qu'elle existe en droit polonais, l'interruption illégale de la grossesse se distingue difficilement des autres infractions en droit français. Elle existe sous le fondement des atteintes involontaires à la vie. De l'autre côté, l'incrimination polonaise de l'article 154 protège une catégorie bien déterminée des victimes : les futures mères et leur droit à la maternité. Il est donc regrettable que le législateur français ait privé les femmes enceintes de la protection pénale

---

polonais sous l'ancien code pénal : E. Zielińska, *L'infraction d'interruption de grossesse, in Système de droit pénal*, vol. V, partie I, (sous la dir.) J. Andrejew, Varsovie, éd. Ossolineum 1985, p. 276

[811] Cass. Crim., 6 juin 1952, Dalloz 1954, 494 ; JCP, éd. gén., 1953, II , 7074, rapport par J. Brouchot

[812] Cass. Crim., 25 novembre 1964, Bull. Crim., n° 312 ; Tribunal correctionnel de Seine du 6 avril 1965, JCP, éd. gén., 1966, IV, 9

[813] Il s'agit des associations agissent à l'échelle locale : Cass. Crim., 20 décembre 1977, Bull. Crim., 1977, n° 404 ; Gazette du palais 1978, II, sommaire n° 296

« personnalisée » lorsque l'avortement criminel entraîne leur mort sous la forme d'une incrimination autonome.

480. Plan. La répression pénale des interruptions involontaires de grossesse a pour mission de protéger la mère enceinte. Dans certaines hypothèses, le droit pénal protège également la vie de l'enfant conçu.

SECTION 2

Les interruptions illicites de grossesse et la vie de l'enfant à naître : l'approche critique

481. Présentation. Dans certaines hypothèses, la sanction d'une interruption de grossesse trouve ses origines dans la prise en compte de la situation de l'enfant conçu. Cependant, les droits pénaux français et polonais ont tendance à faire reposer leur protection de la vie de l'enfant à naître sur des critères différents. Le droit pénal français favorise plus l'autonomie décisionnelle de la femme enceinte. Alors que le droit polonais a évolué progressivement vers le renforcement de la protection pénale de la vie en formation. En France, les tribunaux ont exclu définitivement la qualification pénale d'homicide du fœtus humain, le critère de viabilité etant abandonné et le critère de vie a été consacré. En Pologne, l'intégrité corporelle de l'enfant conçu fait l'objet d'une protection autonome, mais limitée aux atteintes volontaires. En revanche, la vie prénatale est protégée explicitement par la Constitution polonaise et par le code pénal à travers l'article 157a depuis le 8 juillet 1999 (§ 1). Face à cette divergence significative des deux systèmes nationaux, la vision internationale du statut du fœtus relative à l'interruption de grossesse semble être relativement neutre et privée d'un consensus européen global. Elle renvoie systématiquement aux législations nationales. Le juge européen a tranché, à travers l'interprétation de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, en disant que le droit à la vie du fœtus n'est pas un droit normatif (§ 2).

§ 1: Le champ limité de la protection pénale de la vie en formation

482. Faut-il protéger la vie en elle-même ou la vie car elle existe déjà ? La vie humaine, quel que soit son étape de développement anténatal, n'est pas pénalement protégée avec la

même intensité que la vie d'une personne vivante. Cette limitation est la conséquence d'une longue évolution aussi bien législative que jurisprudentielle. Dans un premier temps et avant 1993, la loi française a connu le crime, puis le délit d'avortement. A partir de 1993, le législateur a opté pour le délit d'interruption illégale de grossesse. On peut supposer que le changement de vocabulaire est destiné à faire la différence avec la légalité de certaines interruptions de grossesse. Le droit polonais est marqué par le renforcement progressif de la protection de la vie en formation, alors qu'en droit français les normes protectrices de l'enfant conçu ont disparu progressivement (A). La divergence significative entre les deux systèmes pénaux s'exprime également par le choix des critères sur lesquels repose la protection pénale. Si en Pologne, elle se base simplement sur le constat d'une capacité de survie en dehors de l'organisme de la mère, en France le critère de viabilité sera progressivement abandonné en faveur du critère de survie (B).

A. Les tendances opposées dans l'évolution des dispositifs pénaux

483. Présentation. Les législations des deux pays ont connu une évolution divergente. La position privilégiée par la loi française consiste en une valorisation de la liberté de la mère, liberté qui pour autant n'est pas inconditionnelle. Elle est marquée par le retrait progressif des normes qui protègent l'enfant conçu (1), qui ne peut être déclaré victime d'un homicide involontaire (2). La loi polonaise a évolué vers la création d'un régime particulier qui protège l'intégrité corporelle de l'enfant conçu de manière limitée, car uniquement contre les atteintes volontaires. La législation polonaise, la jurisprudence de la Cour Suprême et les décisions du Tribunal Constitutionnel, illustrent l'existence d'une certaine *« pyramide des valeurs »* en matière d'interruption de grossesse et de protection pénale de l'intégrité corporelle de l'enfant conçu (3).

1. Le retrait progressif des normes protectrices en droit pénal français

484. Le régime protecteur du code pénal de 1810. Contrairement à la protection civile qui s'est développée parallèlement aux lois bioéthiques protégeant l'embryon *in utero,* la loi pénale, tant ancienne que contemporaine, n'accorde aux embryons *in utero* aucune existence juridique autonome hors du corps de la mère. Néanmoins, on observe que la protection existant dans le code pénal de 1810 était manifestement plus favorable à l'enfant conçu que le régime instauré par le code pénal de 1994, à l'issue de la loi du 17 janvier 1975 et des lois postérieures. L'analyse des incriminations du code pénal de 1810 permet de noter que la loi

pénale de l'époque n'était pas totalement neutre face à la mort de l'enfant conçu. Elle n'a pas assuré expressément la protection, mais après les interprétations doctrinales, l'enfant naissant bénéficiait de la même protection pénale que l'enfant né vivant. Les juridictions du fond ont suivi ce raisonnement. La répression dirigée contre les atteintes tant volontaires qu'involontaires dont l'enfant naissant était victime, se basait sur la pluralité de qualification. Tout d'abord, il s'agit de la criminalisation de l'avortement et de la suppression de l'enfant né-vivant. La disposition de l'article 317 du code pénal de 1810 n'excluait nullement le fœtus du champ de protection pénale, au moins depuis le stade de la *« viabilité légale »* telle qu'elle a été élaborée dans l'arrêt de Marie Bohard le 7 août 1874[814]. La dame en question était poursuivie par le Ministère public pour délit de suppression d'enfant mort en vertu de l'article 345 alinéa 3 issu de la loi du 13 mai 1863. Sa grossesse s'était interrompue accidentellement à cinq mois et demi. La Cour de cassation confirmait l'arrêt de la Cour d'appel de Caen du 6 juillet 1874 et tranchait, par référence à la notion de la personnalité civile qui utilise la présomption de conception, que l'existence du délit de suppression d'enfant est subordonnée à condition que l'accouchement ait eu lieu après six mois de gestation. Ensuite, il faut rappeler l'application des qualifications délictuelles de provocation à l'abandon de l'enfant à naître et des suppressions de l'enfant mort-né, plus spécialement de plus de 180 jours après la gestation, comme l'illustre l'arrêt Lachausée du 9 avril 1874[815]. Le dernier exemple de qualifications concerne une interprétation élargissant l'infanticide, qui pour le juge de l'époque permettait en quelque sorte une reconnaissance symbolique, qui n'existait pas auparavant, car la mort de l'enfant pendant l'accouchement était bien assimilée à l'infanticide. Si actuellement la majorité de la doctrine française s'oppose aux solutions jurisprudentielles consacrant l'exigence de la vie extra-utérine, les commentaires du régime imposé par le code de 1810 ont largement soutenu l'élan répressif. Par exemple, pour Monsieur Emil Garçon, la constitution de l'infanticide n'était absolument pas conditionnée par l'exigence de la viabilité du fœtus ni de la vie extra-utérine. Ce point de vue fut partagé par un grand nombre de juristes[816]. Évidemment, on peut se demander pourquoi pour protéger l'enfant à naître, les juridictions répressives ont fait appliquer l'article 319 du code pénal à l'auteur d'une faute non intentionnelle ayant causé la mort d'un enfant ? Ce courant jurisprudentiel protecteur de l'enfant conçu a pu s'expliquer de deux façons. D'une part par la dureté et les risques de la vie

---

[814] Arrêt Marie Bohard , 7 août 1874, Sirey 1875 , I, p. 41

[815] Cette appréciation de 180 jours après la gestation apparaît avec l'arrêt Lachausée du 9 avril 1874, Sirey 1874, I, 28

[816] E. Garcon, *Code pénal annoté*, vol. I, Sirey 1901-1906, Art. 300, p. 705 ; Étude pratique sur le code pénal, éd. Cosse et Marchal 1861-1872, tome 5, n° 505 ; *Théorie du code pénal*, tome 3, éd. Cosse et Marchal 1861-1863, n° 1213 ; Traité théorétique et pratique de droit pénal français, Sirey 1924, p. 181; D. Cammaret, *Conclusions de l'avocat général. Audience plénière de la Chambre Criminelle du 6 juin 2002*, Droit pénal 2002, chronique, 31, p. 4

quotidienne de l'époque qui fait que les enfants étaient plus facilement exposés à l'imprudence et la négligence des tiers. D'autre part, l'accès aux services et techniques médicaux était rendu assez difficile. La parturiente a du donc faire appel aux *« fausses sages-femmes »* en absence d'un personnel médical qualifié. Un tel cas a été soumis à la Cour d'appel de Douai le 2 décembre 1882. Elle a déclaré coupable d'homicide involontaire une femme qui procédait illégalement à des accouchements dont les complications causaient la mort de l'enfant *in utero*. On voit que les incriminations anciennes étaient assez générales. C'était, en réalité, le juge qui jouait le rôle de protecteur de l'enfant. En vue de mieux préciser le sujet de cette protection, un projet de loi fut présenté au Sénat français le 7 février 1899 visant la modification de l'article 300 concernant le meurtre commis sur l'enfant nouveau-né. Selon la suggestion des partisans du projet, l'infraction aurait été mieux caractérisée par l'évocation du *« moment de la naissance »*. Par conséquent, l'enfant avant la naissance, voire avant le commencement de l'accouchement auront pu bénéficier d'une protection pénale partielle. A partir du moment de l'accouchement, l'enfant devait jouir d'une protection pénale complète. Ce projet n'a jamais été concrétisé sous la forme d'une loi[817]. Il semble avoir beaucoup de similitudes avec la législation polonaise actuelle qui fait varier le degré de la protection pénale avant et pendant l'accouchement. Suite à l'évolution des esprits, des mœurs et le progrès des sciences médicales, on observe un déclin de la protection pénale de l'enfant conçu en droit français.

485. Le déclin entre le droit pénal classique et le droit pénal contemporain. La sévérité de l'article 317 du code pénal de 1810 assurait une protection relativement efficace du fœtus. La protection du fœtus était prise en compte à travers cette incrimination réprimant plusieurs comportements envers une femme enceinte ou même supposée enceinte, y compris le fait de procurer ou tenter de procurer l'avortement. La répression pénale constituait une règle, aujourd'hui elle est une exception. Car la loi a rompu le lien traditionnel unissant le droit pénal et le principe de la protection de la vie dès son commencement. Elle a écarté, sans ambiguïté, les références explicites à la protection de la vie, exprimées tant dans les textes nationaux que internationaux. Quelle que soit la nature des violences involontaires dont la femme enceinte est victime, le juge écarte la qualification d'homicide involontaire si la mère accouche un enfant mort-né. Mais, il applique cette qualification si la mère accouche un enfant né-vivant[818] qui décède ensuite. Cette solution donne l'impression que dans ces cas

[817] D. Cammaret, *Conclusions de l'avocat général. Audience plénière de la Chambre Criminelle du 6 juin 2002*, Droit pénal 2002, chronique n° 31, p. 5

[818] J. Pradel, *Violences involontaires sur femme enceinte et délit d'homicide involontaire*, Dalloz 2004, n° 7, 449

précis, la détermination de la qualification pénale est laissée un peu *« entre les mains du destin »*.

486. Une importance cruciale de la loi du 17 janvier 1975 confirmé par la loi du 4 juillet 2001. La loi de 1975 avait maintenu le principe de répression d'avortement et, en même temps, elle a instauré des exceptions qui consistaient à autoriser l'interruption de grossesse pour motif de détresse jusqu'à 10 semaines de grossesse ainsi qu'en cas d'impératif médical. A partir de ce moment-là, deux tendances se sont développées. En premier lieu, la dépénalisation progressive de l'avortement évolua jusqu'au moment où la pénalisation est devenue une exception. En deuxième lieu, la protection de la liberté de la femme enceinte se développa jusqu'à ce que la liberté d'interrompre la grossesse devienne un droit quasiment absolu et incompatible avec toute forme de protection de la vie anténatale. Si la reconnaissance du droit de disposer de son corps instaurée par la loi du 17 janvier 1975 et du 31 décembre 1979 est incontestable, la liberté accordée à la femme s'est élargie. C'est au nom de cette reconnaissance que les atteintes à l'être humain *in utero* ont été autorisées pour la première fois. Par la suite, cette autorisation fut élargie et la loi ne prend plus en compte l'intérêt du fœtus.

487. Avec l'entrée en vigueur du nouveau code pénal de 1994, une nouvelle optique s'impose. L'interruption de grossesse est directement légalisée. La vie du fœtus est devenue entièrement tributaire de la volonté de sa mère, d'ailleurs susceptible depuis 1993 de procéder à l'auto-avortement en toute impunité. La loi du 4 juillet 2001 est une ultime confirmation de la tendance générale visant à réduire les dispositions pénales en vigueur et le choix de vocabulaire témoigne de la primauté de l'intérêt de la femme sur son enfant conçu, l'expression *« l'interruption illégale de grossesse »* étant remplacée par la formule visant *« L'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée »*. On peut douter qu'une telle apologie de la liberté féminine, exprimée directement sur le plan pénal, se justifie par des exigences de politique criminelle. Il n'existe plus de droit protecteur de l'enfant à naître, son statut réduit est insuffisant.

2. L'exclusion jurisprudentielle de la qualification pénale d'homicide involontaire du fœtus humain[819]

[819] Cass. Crim., 30 juin 1999, Bull. Crim., 174 ; La Cour de Cassation a retenu notamment : « *En application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, le fait de donner involontairement la mort à un enfant à naître ne peut être qualifié d'homicide involontaire. (...). Le fait de provoquer involontairement une interruption de grossesse ne constitue pas un délit d'homicide involontaire sur le fœtus, lorsque celui-ci n'était pas viable au moment de cette interruption* » ; Revue pénitentiaire, 2000, p.

488. L'arrêt du 30 juin 1999 est un arrêt de principe. Avant que l'application de la qualification d'homicide involontaire soi définitivement exclue à l'égard du fœtus en 1999, l'arrêt du 13 mars 1997 dit *« Golfier »* a reconnu la protection pénale de la vie en formation tant intra-utérine qu'extra-utérine[820]. Selon la Cour d'appel de Lyon, la norme pénale n'opère aucune distinction entre les phases successives de la vie et la viabilité lors de la naissance est une notion scientifiquement incertaine. Du fait que l'enfant conçu est une personne humaine, la Cour a considéré que cet enfant est protégé contre les atteintes involontaires en vertu de l'article 221-6 du code pénal. Dès le 30 juin 1999, cette solution a été abandonnée et depuis elle n'a pas été substantiellement remise en cause ni la jurisprudence postérieure, ni par le législateur lui-même. Elle était déjà perceptible dans une décision antérieure rendue le 14 juin 1957[821]. Le 30 juin 1999, le juge a exclu toute l'application de la qualification d'homicide involontaire à l'égard du fœtus décédé *in utero*. En l'espèce, une confusion de l'homonyme entre deux patientes, un gynécologue a procédé à l'extraction d'un stérilet sur une patiente qui se présentait pour un suivi de grossesse. Suite à cette confusion, chez la patiente enceinte une rupture prématurée de la poche des eaux a conduit à un avortement thérapeutique qui se terminait par le décès de l'enfant. Le principe de l'interprétation stricte de la loi prévue par l'article 111-4 du code pénal et selon la Cour *« les faits reprochés au prévenu n'entrent pas dans les prévisions des articles 319 ancien et 221-6 du Code pénal »*. La Cour se referait également à la notion de commencement de la vie en vertu de l'article 1 de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse et l'article 16 du code civil. Cette décision du 30 juin 1999 a ajouté une condition de naissance qui, en réalité, n'était pas indiquée ni dans la norme pénale, ni dans la norme civile. Cette interprétation n'est pas vraiment stricte, mais excessivement extensive.

489. L'arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001[822]. En l'espèce, un enfant est décédé *in utero* suite à un accident de circulation. En se référant au principe de la légalité des délits et des peines, la Cour de cassation s'opposait à l'application de l'article 221-6 réprimant l'homicide involontaire car le fœtus et l'embryon bénéficient de textes particuliers, comme la loi du 17 janvier 1975, qui excluent le recours à un texte de portée générale. L'absence de la vie extra-utérine est déterminante pour qu'un fœtus ne soit pas qualifié de victime d'un homicide involontaire.

112, observation B. Bouloc ; Dalloz 2000, sommaire. p. 169. Ch. Desnoyer et L. Dumaine ; Droit pénal 2000, commentaire. M. Véron ; R. Théry, *La condition juridique de l'embryon et du fœtus*, Dalloz 1982, chronique n° 231 ; F. Mayer, *La protection juridique de la vie anténatale*, RDSS 1987, p. 571

[820] CA de Lyon, 13 mars 1997, Dalloz 1997, p. 557 ; JCP, éd. gén., 1997, II, 22955

[821] Cass. Crim., 14 juin 1957, Dalloz 1957, p. 512

[822] Cass. Crim. 2 décembre 2003, Bull. Crim., n° 230 ; Dalloz 2004

490. La jurisprudence postérieure au 29 juin 2001. Le 25 juin 2002, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé que l'enfant qui est mort pendant un accouchement à cause de la négligence d'un médecin et même en absence de toute malformation, ne peut être victime au sens de l'article 221-6 du code pénal, car il n'est pas né vivant. Il convient de souligner que dans cette affaire la viabilité du fœtus ne posait aucun doute[823]. Le 4 mai 2004, la Cour de cassation a indiqué que *« l'enfant n'étant pas né vivant, les faits ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale »*[824]. En l'espèce, un tragique concours de circonstances a conduit au décès d'un enfant lors d'une césarienne tardive, sans que ses anomalies du rythme cardiaque soient prises en charge. Le 27 juin 2006, la Cour de cassation n'a pas retenue la responsabilité d'un automobiliste qui a causé un accident de circulation et le décès d'une femme enceinte de 22 semaines. Suite à cet accident, un fœtus est mort *in utero.* La Cour a cassé l'arrêt de condamnation des juges de fond car le fœtus n'était pas une personne né vivante[825]. Mais, lorsque dans des circonstances identiques, un automobiliste a *« causé la mort de l'enfant qui a vécu une heure après sa naissance et qui est décédé des suites des lésions vitales irréversibles subies au moment du choc »*, la qualification d'homicide involontaire est caractérisée[826]. La solution de principe instaurée par l'arrêt du 30 juin 1999 n'a été jusqu'à maintenant remise en cause ni par les juges, ni par le législateur. Elle est très éloignée des solutions polonaises.

3. La protection de l'intégrité corporelle de l'enfant conçu dans le code pénal polonais

491. La protection pénale de l'intégrité physique de l'enfant conçu avant la loi du 8 juillet 1999. Suite à la loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale, la protection de l'enfant conçu et l'interruption de grossesse, l'article 156a a été introduit dans le code pénal polonais du 19 avril 1969 en même temps l'article 149a§1 qui punit la mort de l'enfant conçu d'une peine privative de liberté jusqu'à 2 ans[827]. L'article 3 de la loi du 30 août 1996 a abrogé les deux articles précités[828]. Le 28 mai 1997, le Tribunal Constitutionnel a estimé l'abrogation de l'article 156a§1 comme inconstitutionnelle et son contenu a été de nouveau inséré dans le code pénal[829].

---

[823] Cass. Crim., 25 juin 2002, Dalloz 2002, p. 3099, note J. Pradel ; JCP éd. gen., 2002, II, 10155
[824] Cass. Crim., 4 mai 2004, Dalloz 2004, p. 3097, note J. Pradel
[825] Cass. Crim., 27 juin 2006, n° pourvoir 05-83767
[826] Cass. Crim., 2 décembre 2003, JCP, éd. gén., 2004, IV, 1105 ; Dalloz 2004, p. 449, note J. Pradel
[827] Code pénal du 19 avril 1969, Journal des Lois 1969, n° 13, position 94 avec les modifications postérieures ; Journal des Lois 1993, n ° 17, position 78
[828] Journal des Lois 1996, n° 139, position 646
[829] TC de Pologne du 28 mai 1997, K26/96, OTK 1997, n° 2 ; Journal des Lois 1997, n° 157, pos. 1040

492. La protection pénale de l'intégrité physique de l'enfant conçu après la loi du 8 juillet 1999. La loi du 8 juillet 1999 a modifié le code pénal du 6 juin 1997, un nouvel article 157a a été créé. L'incrimination de l'article 157a du code pénal polonais constitue une infraction intentionnelle de droit commun. Elle est placée dans le Chapitre XIX du code pénal parmi *« Les infractions contre la vie et la santé »*. L'article 157a§1 dispose : *« Celui qui provoque une lésion corporelle chez l'enfant conçu ou une dégradation de santé menaçant sa vie est puni d'une peine d'amende, d'une peine restrictive de liberté soit une peine privative de liberté jusqu'à 2 ans »*. Selon la position minoritaire défendant une *interpretatio restrictiva,* l'objet définit par l'article 157a est la santé de l'enfant en phase prénatale de vie[830]. Pour certains auteurs, la vie et la santé de l'enfant conçu sont des valeurs autonomes, donc indépendantes des autres valeurs pénalement protégées telles que l'intégrité corporelle de la mère[831]. Les autres, au contraire, soulèvent, que l'article 157a protège indirectement les droits de la mère, voire même des parents au développement normal de leur enfant[832]. La solution privilégiée par le législateur polonais limite considérablement des poursuites éventuelles, en se limitant uniquement aux actions intentionnelles.

493. Les lésions corporelles subies par l'enfant conçu. L'infraction dans l'article 157a du code pénal a un caractère matériel ; elle est consommée dès l'apparition des lésions prénatales. L'article 157a mentionne deux formes de résultat matériel : la lésion corporelle proprement dite qui provoque les changements anatomiques et la dégradation de l'état de santé entraînant des modifications nuisibles dans le fonctionnement de l'organisme[833]. La mort de l'enfant conçu n'est pas exigée, comme c'était préalablement le cas de l'article 149a de l'ancien code pénal qui a puni la mort du fœtus d'une peine privative de liberté jusqu'à 2 ans. En absence d'une incrimination spéciale, telle qu'elle existe en Pologne, la jurisprudence française a tenté d'élaborer les critères pénaux de la protection du fœtus, plus particulièrement le critère de viabilité et le critère de vie.

494. L'application de l'article 157a du code pénal polonais et ses difficultés pratiques. Si l'article 157a§1 se prononce *in favorem* pour la protection de l'intégrité anatomique et fonctionnelle du corps de l'enfant conçu, l'article 157a§2 mentionne explicitement la

---

[830] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Droit pénal, La partie générale et spéciale*, Varsovie 2006, p. 429

[831] M. Budyn-Kulik, P. Kozlowska-Kalisz, M. Mozgawa, *Code pénal, Commentaire pratique*, Cracovie 2006, p. 310

[832] R. Krajewski, *Les lésions portées sur le corps et la détérioration de la santé de l'enfant conçu*, Parquet et droit 2007, n° 6

[833] M. Kulik, *Les révision du code pénal de 1997*, Parquet et droit 2002, n° 12, p. 45 ; K. Grudziński, *L'infraction de l'atteinte involontaire à l'intégrité corporelle*, Varsovie 1969, p. 104

personne de la mère. Le paragraphe 2 autorise toute action médicale du médecin provoquant des lésions prénatales lorsqu'elle intervient en vue d'éviter des dangers menacant la santé ou la vie de la femme enceinte ou celle de l'enfant conçu. L'impunité du médecin ne concerne pas que des actes médicaux qualifiés nécessaires et indispensables pour écarter toute menace pesant réellement sur la mère et sur l'enfant à naître. Monsieur O. Górniok assimile cette situation à l'état de nécessité[834]. Monsieur B. Michalski voit ici un type qu'il désigne comme *casus specialis.* Pour B. Budyń-Kulik le médecin se trouve dans une *« collision des obligations »* entre celles qu'il doit assurer à l'égard de la mère et celles à l'égard de l'enfant[835]. De la même façon, l'article 157a§3 exclut toute responsabilité de la mère[836]. La sanction pénale prévue par l'article 157a est floue. En vertu de cette disposition les atteintes sont punies par une palette répressive de peines relativement vastes ; de plus la mort de l'enfant conçu comme résultat final, ou même potentiel, n'est pas non plus exigée. Une telle rédaction doit provoquer des interrogations. Parce qu'il est facile d'imaginer, notamment en cas d'atteintes volontaires, que la mort ou les lésions mortelles soient de véritables objectifs visés par un agresseur. De plus, il est parfois difficile d'évaluer la réalité des atteintes subies dans un état fragile qui est celui-là de grossesse. Par exemple, les atteintes provoquant des dégradations de l'état psychique chez l'enfant à naître ne peuvent être étudiées qu'à titre de probabilité. Car la notion de souffrances fœtales est difficile à évaluer. Le fait de causer des lésions prénatales constitue un délit, dont la sanction se caractérise par une certaine élasticité. Les poursuites pénales doivent être obligatoirement engagées par organe public, voire la police à la demande du procureur. La plainte doit être déposée par le procureur de la République au nom de la société (l'accusation publique). Aucune plainte privée n'est recevable (l'accusation privée). La rédaction de l'article 157a ne prévoit pas de cas d'aggravation. Par conséquent, de nombreuses possibilités d'aménagement de la peine sont envisageables. La peine la plus lourde est l'emprisonnement jusqu'à 2 ans. Lorsque la nocivité sociale des atteintes subies par le fœtus est jugée assez modeste, le tribunal peut renoncer à l'exécution d'une peine privative de liberté et ordonner l'interdiction d'exercer la profession de médecin en application de l'article 59 du code pénal. De la même façon, en application de l'article 66§1, le juge polonais dispose de la possibilité de classer l'affaire sans suite. Lorsque la condamnation a finalement lieu, le juge applique les articles 46§1 et 46§2

---

[834] O. Górniok, S. Hoc, M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wasek, *Code pénal, Commentaire pratique*, Gdansk 2002/2003, p. 920

[835] B. Michalski, M. Fleming, W. Radecki, A. Stefański, J. Wasylewski, A. Wasek, *Code pénal, Commentaire des articles 117-221*, Varsovie 2006, p. 354 ; M. Kulik-Budyń, P. Kozlowska-Kalisz, M. Mozgawa, *Code pénal, Commentaire pratique*, Cracovie 2006, p. 311

[836] A. Barczak, G. Bogdan, Z. Ćwiakalski, M. Dabrowska-Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzynkiewicz, M. Szewczyk, M. Wró bel, A. Zoll, *Code pénal, Partie spécial, Commentaire des articles 117-221*, Cracovie 2006, p. 354 et s.

donnant aux victimes le droit à l'indemnisation. En fonction du résultat criminel, un concours de qualification est possible entre l'article 157a et les articles 152 et 153 lorsque la femme a perdu sa grossesse. Puis, on peut appliquer les articles 154 ou/et 155 du code pénal si la femme enceinte est décédée par la suite.

B. La fluidité des critères de la protection pénale en droit pénal français

495. Présentation. Dans un premier temps, la jurisprudence française avait tendance à faire reposer la protection du fœtus sur un critère de viabilité, malgré de nombreuses marges d'incertitudes quant à la définition de la notion de viabilité (1). Après avoir écarté ce critère flou, les tribunaux ont basé la protection pénale de l'enfant à naître sur le critère de survie. Le critère de vie est sans doute plus facile à identifier que le critère de viabilité. En revanche, la consécration du critère de vie post-natale prive de toute protection pénale des enfants nés morts (2).

1. L'abandon progressif du critère de viabilité

496. La viabilité, une notion « ... scientifiquement contingente et incertaine ... »[837]. La viabilité n'est définie ni par les dispositifs pénaux, ni par les dispositifs civils. De ce fait, une approche doctrinale et jurisprudentielle permet de considérer la viabilité comme une aptitude à la vie, une capacité à survivre. Contrairement à la naissance et à la mort, la viabilité ne peut être constatée avec une certitude absolue. Cette détermination est dans la plupart des cas fixée approximativement à partir des critères d'ordre scientifique, médical, et technique. On peut également imaginer qu'elle puisse résulter d'une conviction subjective et purement personnelle d'un expert établissant un rapport médical[838]. Pour la majorité de la doctrine, la viabilité exige une maturité fixée en fonction de l'état de formation des organes internes et de la durée de la gestation. L'Organisation Mondiale de la Santé complète cette définition en ajoutant deux critères alternatifs et non cumulatifs : 22 semaines de gestation qui font référence directement à la date prévue de la gestation et 500 gr. de poids. Le 7 août 1874, la Chambre criminelle utilisait le seuil de 180 jours pour déterminer la viabilité d'un fœtus. En

[837] Cette description de la notion de viabilité a été privilégiée par la Cour de cassation le 30 juin 1999, n° 97-82351 ; Cass. Crim., 30 juin 1999, Bull. Crim. n° 174 ; Droit pénal 2000, chronique n° 12 ; DP 2000, commentaire n° 3

[838] P. Salvage, *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, RTDC 1976, p.725 ; C. Philipe, *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, Dalloz 1996, chronique, p. 29 ; X. Labbe, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, PUF1990, p. 21 ; J. François, *Contribution à l'étude de la personnalité*, Revue générale de droit, de la législation et de la jurisprudence, 1931, p. 286 ; V. Balestriero, *La situation de l'enfant mort-né*, Dalloz 1999, p. 81

l'espèce la suppression d'un enfant mort a été soumise à l'appréciation du juge. La Cour de cassation déclarait : *« Que l'être humain qui vient au monde avant ce terme, privé non seulement de la vie, mais des conditions organiques indispensables à l'existence, ne peut constituer qu'un produit innomé et non un enfant »*[839]. Cependant, malgré un progrès impressionnant des sciences médicales, l'âge du fœtus reste toujours un facteur secondaire. Car il peut osciller autour de 20 semaines actuellement et rien ne peut exclure que ce seuil sera modifié. Il faut également prendre en considérations les hypothèses particulières telles que la naissance prématurée qui exige l'aide et l'assistance de médecins ainsi que l'engagement des moyens techniques et pharmacologiques adéquats[840]. Le seuil de viabilité connaît un abaissement constant en corrélation avec les progrès médicaux, mais les moyens mis en œuvre pour assurer la survie de l'enfant augmentent ses chances potentielles sans les garantir.

497. Une situation particulière concerne les malformations des organes vitaux ainsi que les maladies considérées comme incompatibles avec la vie. Une intervention médicale rapide permet de diagnostiquer les malformations congénitales graves et de procéder à une intervention médicale *in utero*. *« L'utilisation du critère de viabilité établit ainsi une inégalité frappante et difficilement justifiable entre les enfants non encore nés, vivants et non viables, et les enfants nés, vivants et viables, sans que cette inégalité ne repose sur autre chose que sur quelques vagues considérations d'ordre pratique et des critères de sélection physique »* [841]. Il convient de se demander si la protection pénale accordée au fœtus en fonction de sa viabilité répond véritablement aux exigences d'égalité des individus devant la loi ? Les éventuelles évocations directes de viabilité au sein d'une future incrimination de l'embryocide ou du foeticide, seront selon Monsieur J.-F. Seuvic, une référence *« inopportune et erronée »*[842].

498. La viabilité laissée à l'appréciation du juge. La viabilité a servi aux juges français à la protection de la vie-intra et extra-utérine. Le 2 décembre 1882 la Cour d'appel de Douai avait condamné une femme qui se livrait à une pratique illégale d'accouchement. Elle a été condamnée pour homicide involontaire pour le fait que bien que n'ayant pas *« respiré,*

---

[839] Chambre Criminelle, 7 août 1874, Dalloz 1875, I, p. 6 ; Chambre Civile du 11 juillet 1923, Gazette du palais, 1923, II, 507 ; Droit pénal 1923, I, 30 ; RTDC 1924, p. 25

[840] J. Bernard, *La bioethique, Phase de viabilité*, coll. Dominos 1994

[841] A. Aubert, *La qualification pénale des atteintes involontaires à l'embryon ou foetus (produit de la conception humaine in utero)*, Mémoire DEA de Nancy II, 1999, p. 42

[842] J.-F. Seuvic, *Variations sur l'humain comme valeurs pénalement protégées*, Mélanges C. Bolze 1999, p. 371

l'enfant n'en a pas moins vécu de la vie intra–utérine »[843]. Dans un arrêt postérieur, rendu par la Cour d'appel d'Amiens le 28 avril 1964, une sage–femme a été reconnue coupable de la naissance d'un enfant mort–né en raison du retard de son intervention. La condamnation pour homicide par imprudence se fondait sur le constat *« qu'il suffit que l'atteinte à la personne ait porté sur un être humain, même non séparé de sa mère, dès l'instant qu'il était venu à terme viable et que sa mort est seulement imputable à la faute d'un tiers »*[844]. Les autres illustrations jurisprudentielles témoignent que la viabilité était considérée comme le syndrome de l'humanitude. C'est dans ce sens que va l'arrêt de la Cour d'appel de Douai du 2 juin 1987. En l'espèce, l'auteur fautif de la collision entre les deux véhicules sera condamné pour homicide involontaire du fœtus de 4 kg. mort-né après une césarienne. Étant en état de gestation bien avancé, il a été reconnu comme *« une personne à part entière indemnisable en raison des blessures reçues »*[845]. Le 19 janvier 2000, la Cour d'appel de Versailles a retenu la viabilité d'un enfant mesurant 50,5 cm. et pesant 2,5 kg, car il disposait d'*« une humanité distincte de celle de sa mère »*[846]. Le 3 février 2000 la Cour d'appel de Reims a déclaré que l'enfant même non séparé de sa mère a franchi le seuil de viabilité, qu'il était à terme et parfaitement apte à vivre de façon autonome[847].

499. L'abandon définitif du critère de viabilité. La jurisprudence des juridictions du fond évolue vers l'abandon du critère de viabilité. Cette tendance est maintenue actuellement. La viabilité est indifférente pour la protection pénale du fœtus, voir même en l'absence de la vie extra–utérine. Il faut citer notamment l'arrêt dit *« Golfier »* du 13 mars 1997 rendu par la Cour d'appel de Lyon[848]. A l'origine de cette affaire une faute d'imprudence a été commise par un chirurgien soignant deux patientes de nationalité étrangère, l'une venue pour contrôler sa grossesse, l'autre venue pour l'extraction d'un stérilet. Suite à une erreur d'homonymie le médecin se trompait sur l'identité réelle des patientes et provoquait une rupture de la poche des eaux chez la patiente enceinte de 20 à 24 semaines. La Cour d'appel de Lyon déduit de la loi du 17 janvier et de l'article 16 du code civil que l'enfant reste une personne humaine indépendamment de l'état de sa viabilité. Elle a cité également l'article de la Convention Européenne de droits de l'Homme et l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'observation des décisions plus récentes conduit à la conclusion selon laquelle

---

[843] CA de Douai, 2 décembre 1882, Sirey 1883, 2, p. 153
[844] CA d'Amiens, 28 1964, Gazette du Palais, 1964, II, p. 167 ; CA de Paris, 10 janvier 1959, Dalloz 1959, p. 74 ; RSC, 1967, p. 165
[845] CA de Douai, 2 juin 1987, Gazette du palais 1989, I, p. 145
[846] CA de Versailles 19 janvier 2000, LPA, n° 119, 14 juin 2002, p. 4
[847] CA de Reims, 3 février 2000, Dalloz 2000, p. 873
[848] CA de Lyon, 13 mars 1997, Dalloz 1997, p. 557

la jurisprudence évolue vers l'abandon de la protection de la vie anténatale en se référant finalement au principe de la légalité des délits et des peines tel qu'il est formulé à l'article 111-3 du code pénal. Elle opte pour le critère de la vie, voire de la survie postnatale.

2. La consécration du critère de vie

500. L'importance décisive de l'arrêt du 29 juin 2001. Si le critère de vivant ne figure pas dans l'article 221-6 du code pénal français, il est exigé par la jurisprudence française en cas de responsabilité pénale pour faute d'imprudence. Il prend en compte deux composantes : la naissance et l'exigence de la vie extra-utérine. Étant bien enraciné dans l'ancienne jurisprudence pénale[849], il est devenu une solution de principe depuis l'arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001[850]. Dans l'arrêt du 29 juin 2001, la Cour se prononçait à la fois sur la place de l'embryon/fœtus en droit pénal et sur l'application de l'article 221-6 du code pénal. En écartant toute ambiguïté, elle décidait : *« le principe de légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du code pénal, réprimant l'homicide involontaire soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon et fœtus ».* Cet arrêt rejette d'une manière directe l'application du délit d'homicide involontaire à l'enfant à naître. Quelles sont les conséquences sur le plan pénal ? Premièrement, pour la Cour de cassation, l'article 221-6 du code pénal est un texte à portée générale. La Cour évoque un régime juridique particulier, dont peut bénéficier le fœtus, fondé sur la loi du 17 janvier 1975. Deuxièmement, cette décision est une consécration du critère de vivant. La reconnaissance d'un préjudice subi *in utero* exige la survie de l'enfant. Cette appréciation est proche des conceptions civilistes qui réduisent la famille juridique des personnes à ce qui sont nés. *A posteriori* de l'arrêt du 29 juin 2001, les décisions de la Chambre criminelle confirment ce principe. Le 25 juin 2002, la Cour de cassation a jugé que la loi pénale s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire par imprudence s'applique au cas des enfants qui ne sont pas nés vivants[851]. Le 2 décembre 2003, il y a eu une condamnation de la conductrice qui a causé un accident de circulation. Suite à cet événement, l'enfant né vivant a vécu une heure après sa naissance et

[849] Cass. Crim., 14 juin 1957, Dalloz 1957, p. 512 ; CA de Metz, 3 septembre 1998, JCP, éd. gén., 2000, II, 1023 ; CA de Paris, 10 janvier 1959, Gazette du Palais 1959, I, p. 223 ; RSC, 1959, p. 678 ; Cass. Crim., 30 juin 1999

[850] Cass. Assemblée Plénière du 29 juin 2001, Dalloz 2001, p. 2917 ; Dalloz 2001, n° 36/7045, p. 2907, Droit pénal 2001, chronique n° 34 ; JCP, éd. gén., 2001, I, n° 21 ; JCP, éd. gén., 2001, II, 10569

[851] Cass. Crim., 25 juin 2002, Dalloz 2002, p. 3099, JCP, éd. gén., 2002, II, 10155 ; Droit Pénal 2002, chronique n° 31

décédait suite aux lésions vitales irréversibles subies au moment de l'accident[852]. Selon la Cour de cassation le critère du vivant est indispensable pour que l'homicide involontaire puisse être imputée, car si *« l'enfant n'était pas né vivant, les faits ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale »*[853].

501. Malgré les critiques doctrinales, les juridictions du fond suivent le raisonnement de la Cour de cassation[854]. L'examen de l'ensemble des décisions citées permet de tirer trois conclusions. Tout d'abord, le fœtus n'a pas la qualité de victime, il n'est pas « *autrui* » tant qu'il n'a pas vécu une vie extra-utérine indépendante même s'il s'agit de quelques secondes ou bien de plusieurs heures après la naissance. Cette appréciation peut être jugée inacceptable par les pères et les mères. Ensuite, la jurisprudence a écarté le critère de viabilité ce qui prive le fœtus de la qualité de personne humaine même dans des périodes proches de la naissance. Enfin, ces illustrations montrent une certaine prévisibilité des décisions futures, d'autant plus que la position de la Cour Européenne des Droits de l'Homme reste réservée, et ne remet nullement en cause la solution de juridictions françaises.

502. Plan. Le champ de la protection pénale de la vie en formation est limité. Les solutions françaises et polonaises ne sont pas similaires. Les divergences concernent également du statut pénal de l'enfant à naître dans les deux systèmes juridiques (§2).

§ 2 : Les débats autour du statut de l'enfant à naître face aux interruptions illicites de grossesse

503. Présentation. L'hypothèse d'une interruption involontaire de grossesse est particulière, car elle suppose des origines illicites de la mort de l'enfant conçu. Ce dernier n'étant pas autrui, ne peut prétendre d'être victime d'un accident au sens de la loi française, sauf naturellement s'il survivra même pendant quelques instants après sa naissance. Dans cette perspective, l'expression-clé du problème semble être le moment du commencement de la vie, une formulation évoquée à plusieurs reprises par la jurisprudence française et polonaise. L'absence de reconnaissance explicite de l'embryon et du fœtus comme des sujets de droit est l'élément commun aux deux systèmes pénaux. Cependant, la majorité de la doctrine française

[852] Cass. Crim., 2 décembre 2003, AJP, 2004, n° 3, p. 118
[853] Cass. Crim., 4 mai 2004, Dalloz 2004, n° 43, p. 3097
[854] CA de Metz, 17 février 2005, Républicain Lorrain du18 février 2005 ; Cass. Crim., 27 juin 2006, n° 05-83-767

et polonaise prône la nécessité urgente d'une protection efficace. L'état du droit positif tant français que polonais est loin d'être totalement satisfaisant. En France aucune disposition automne ni au sein du code pénal ni au sein du code de la santé publique n'assure directement la protection du fœtus face aux interruptions illicites, voire involontaires de grossesse. Nombreuses sont les propositions de la doctrine française en vue d'instaurer un statut réellement protecteur du fœtus. En Pologne, au contraire, il existe un article autonome du code pénal, l'article 157a ainsi que la description légale, doctrinale et constitutionnelle de la notion de l'enfant conçu. Mais son interprétation n'est pas unanime. En effet, cet article protège l'enfant conçu jusqu'au début de l'accouchement et puis à partir des premières contractions. Les législations des deux pays ne sont pas similaires, mais les partisans de la protection pénale de la vie *in utero*, tant en France qu'en Pologne, avancent les arguments fondés sur les principes de droits réservés aux personnes humaines vivantes. En France, deux principes constitutionnels sont évoqués : d'abord le principe du respect de l'être humain dès le commencement de la vie, ensuite le principe de la dignité de la personne humaine. En Pologne c'est article 38 de la Constitution qui, pour certains auteurs, permet de justifier la protection des enfants conçus au même titre que l'article 157a du code pénal. Il faut donc étudier le statut de l'enfant en France (A), puis en Pologne (B). La vision de l'enfant conçu désignée par les dispositions internationales est beaucoup plus générale que les lois nationales. Souvent critiquée, elle renvoie la question délicate du statut de l'embryon et du fœtus directement aux juges nationaux (C).

A. Le statut de l'enfant à naître en droit français

504. Présentation. Les doctrines françaises et polonaises sont partagées en ce qui concerne le statut de l'enfant à naître. Le droit pénal français a créé un système qui est assez restrictif. Il n'accorde la protection pénale, qu'aux enfants né-vivants. Cette solution a inspiré de nombreuses polémiques et réflexions. En France, l'enfant conçu n'appartient pas à la famille juridique des personnes. Ce *statu quo* est vivement critiqué par la doctrine française (1). Il convient de s'interroger si le principe du respect de l'être humain et le principe de la dignité humaine peuvent s'appliquer aux enfants à naître et si une modification législative visant à protéger pénalement l'enfant conçu ne doit pas être mise en place en France (2).

1. L'enfant conçu n'est pas une personne humaine en droit français

505. L'enfant conçu en droit français. La Cour de cassation s'exprimait directement sur le statut de l'enfant conçu le 29 juin 2001 lorsqu'elle a exclu son appartenance à la famille juridique de personnes du fait que l'enfant à naître bénéficie d'un régime juridique particulier et que les textes généraux ne s'appliquent pas à l'enfant *in utero*. Elle a évoqué la règle *lex specialis derogat legis generali*, mais sans aucune référence précise. On peut se demander si la référence à un régime relevant des textes particuliers est véritablement justifiée ? Car, comme a remarqué Madame A. Bertrand-Mirkovic, *« le régime spécial est nécessairement incompétent »*[855]. Dans l'ensemble des incriminations spéciales concernant l'interruption de grossesse, il n'existe aucune qui protège pénalement l'enfant *in utero*. Il est également exclu l'incrimination générale d'atteintes involontaires à la personne humaine qui ne s'applique pas qu'à la mère enceinte. Or, la Cour de cassation fonde ses décisions sur le principe de l'interprétation stricte de la loi. Le 21 juin 2002, la Chambre criminelle rejette la référence au régime spécial en s'en tenant à cette interprétation stricte. Cette analyse de la notion de la personne humaine est assez restreinte. Ni les avortements illicites, ni les accidents mortels ne rentrent dans le champ d'application de l'article 221-6 du code pénal. Pour Madame V. Jaworski *« en ajoutant à la loi une condition de naissance qu'elle ne comporte pas, la Cour de cassation se livre à une interprétation non pas stricte mais restrictive de l'article 221-6 du code pénal »*[856].

506. Le statu quo de l'enfant conçu et l'article 221-6 du code pénal français. La disposition de l'article 221-6 du code pénal se trouve parmi *« Les infractions involontaires à la vie »*, dans la deuxième section *« Les atteintes à la vie »*. Pour la recherche de la valeur pénalement protégée par cet article, le choix de la définition de la vie humaine reste primordial. Selon l'article 1 de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption de grossesse *« La loi garantit le respect de toute être humain dès le commencement de la vie »*. La présence de la vie est directement exigée mais sans aucune précision sur son commencement. Or l'expression *« commencement de la vie »* peut renvoyer à la fécondation car aucun texte ne fait expressément référence à la naissance. En vertu de l'article 16 du code pénal *« la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie »*. Pour autant, l'application pratique de la dernière disposition est ambiguë. Pour une certaine partie de la doctrine française donc

[855] LPA 2002, n° 19, p. 2
[856] V. Jaworski, *La protection de l'embryon*, Cours de DEA de Droit Privé, Université Strasbourg III, 2004/2005

Madame M.-L. Rassat, il n'est pas *« pertinent de se référer (…) aux conventions internationales reconnaissant un droit à la vie, ni aux textes du code civil sur l'enfant à naître »*. Pour les autres auteurs comme Monsieur M. Cornu, la disposition de l'article 16 du code civil évoquant la naissance, n'apporte rien de spécial. Car selon lui, l'humanitude de l'embryon puis du fœtus existe dès leur conception et non dès leur naissance[857]. De la même façon, le civiliste Monsieur B. Teyssie, considère que l'embryon est déjà humain, par conséquent, le droit à la vie devra s'exercer pour lui dès sa conception[858] . Messieurs G. Roujou de Boubee et B. de Lamy confirment cette analyse. Ils constatent qu'au regard de l'ensemble normatif interne actuel, l'embryon est pénalement protégé par l'article 221-6 du code pénal et qu'aucune intervention législative modificatrice ne semble nécessaire[859]. En revanche, cette interprétation n'est pas suivie pas la jurisprudence qui accorde la protection à l'enfant à naître conditionnellement, assez rarement et en se basant sur des critères relatifs et flous. Pour ces raisons, l'intervention du législateur est indispensable. Si l'enfant est devenu une personne juridique par anticipation dans l'infraction de non-assistance à personne en péril, il est dénié de toute protection pénale concernant l'homicide involontaire[860]. Son statut juridique est moins transparent que celui d'un animal jugé *« être vivant et sensible»*. En effet, on peut répéter après Monsieur L. Ferry : qu' *« il y a lieu de s'interroger sur une société qui accorde plus d'intérêt aux animaux, fussent-t-il de compagnie, qu'aux êtres humains, même en devenir »*[861]. L'enfant à naître est *« être »* uniquement, s'il est né vivant. Monsieur J.-F. Seuvic voit une sorte de détachement de la notion de *« l'être »* qui continuellement s'éloigne de la *« personne »*. Par conséquent, « *la distinction entre « être humain » et « personne humaine » chemine dans les constructions juridiques »*[862] . C'est pour ces raisons que l'enfant conçu ne doit pas rester dans le *statu quo* et une mise en place de l'intervention législative devra être envisagée.

2. La place attribuée à l'enfant conçu face aux grands principes du droit

507. Le principe du respect de l'être humain. Le respect de l'être humain signifie pour

---

[857] L.-M. Rassat, *La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la Chambre Criminelle du 30 juin 1999*, Droit pénal 2000, n° 12 ; G. Cornu, *L'embryon humain, l'approche multidisciplinaire*, (sous la dir.) B. Feuillet, éd. Economica 1996, p. 330 ; P. Murat, *Réflexions sur la distinction entre être humain/personne juridique*, Droit de la famille 1997, chronique n° 9

[858] B. Teysie, *Droit civil, Les personnes*, éd. Litec 1998, p. 24

[859] G. Roujou de Boubée, B. de Lamy, *Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus*, Dalloz 2000, chronique n° 181

[860] J. Makowski, D'autrui *dans des infractions contre les personnes*, Mémoire de Nancy II, 2005, p. 65

[861] L. Ferry, *Le nouvel ordre économique*, éd. Grasset 1992

[862] J.-F. Seuvic, *Variations sur l'humain comme valeur pénalement protégées*, Mélanges C. Bolze 1999, p. 366

Monsieur J.-F. Seuvic d'accepter que *« la qualité d'être humain tient à la nature et apparaît dès la conception »*[863]. On peut admettre que la conception, puis la viabilité et enfin la naissance ne sont que les étapes successives d'un même processus de la vie. Cet être humain est en voie de développement. Il possède, dès sa conception, un bagage génétique exclusivement individuel, impossible à contrefaire et témoignant son appartenance à l'espèce humaine de manière incontestable. Monsieur G. Cornu déclare que le respect dû à l'être humain constitue *« un engagement formel de la société, une proclamation de valeurs »*[864]. L'article 1 de la loi du 17 janvier 1975 dispose de la même façon, que *« la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie »*. C'est sur ce point, que les droits français et polonais se différencient. Car le système français ne comporte aucune stipulation défendant directement la vie prénatale elle-même dans le contexte de l'interruption illicite de grossesse. Le droit polonais, au contraire, a instauré par la voix du Tribunal Constitutionnel le principe de l'indivisibilité de la vie prénatale. Le juge constitutionnel polonais a déclaré que : *« la vie humaine, donc la vie en voie de développement en phase prénatale, ne peut être différenciée. Il n'existe pas de critères suffisamment précis permettant de procéder à une telle différenciation en fonction du stade de développement de la vie humaine »*. Par conséquent, la loi polonaise applique la règle *in dubio pro vitae*, elle définit la vie anténatale comme une phase parmi les autres de la vie humaine. L'humanitude en tant qu'élément qualificatif de la personne humaine ne peut être ni associée, ni conditionnée par la naissance qui, en soi, est *« un moment de la vie »*. Si les deux systèmes pénaux sont fondés sur le principe du respect de l'être humain, sa mise en place est différente en France et en Pologne. Le droit français applique le principe en question dès l'apparition de la vie extra-utérine qui écarte toutes les marges d'incertitude tenant à la notion floue de viabilité et la difficile détermination de la date exacte de la conception. En droit pénal polonais, la vie anténatale est protégée dans son intégrité et le critère de vivant, consacré par la jurisprudence française, reste indifférent pour l'application de l'article 157a du code pénal polonais. En France, une seule protection accordée est celle par l'intermédiaire du corps de la mère. La loi pénale protège, aussi bien en France qu'en Pologne, l'être humain sans poser de conditions supplémentaires. Dans cette perspective l'interruption volontaire de grossesse autorisée par le droit est une dérogation au principe général. L'article L. 2211-2 du code de la santé publique précise clairement qu'il n'a peut être porté atteinte au principe du respect dû à l'être humain dès le commencement de sa vie *« qu'en cas de nécessité et dans les conditions prévues par la*

---

[863] J.-F. Seuvic, *Paradoxes sur la situation pénale de l'homme avant la naissance et après la mort*, in *Bioéthique, Les enjeux du progrès scientifique, France-Allemagne*, éd. Bruylant 2000

[864] Rapport de Synthèse par G. Cornu, *L'embryon humain : approche multidisciplinaire*, Colloque des 9-10 novembre 1995, éd. Economica 1996

loi ». La loi française n'accorde sa protection qu'à condition que la naissance intervienne effectivement. La loi polonaise accorde une protection directe de la vie anténatale, mais pas avec la même intensité que pour la personne née. Cette règle a été réaffirmée dans un arrêt récent de la Chambre criminelle de la Cour Suprême le 30 octobre 2008[865]. De ce fait, des êtres humains sont distingués en embryon *in vivo* et embryons *in vitro*. Des longs débats sur ce phénomène ont été définitivement tranchés en France par la jurisprudence bioéthique du Conseil Constitutionnel du 27 juillet 1994. Il a annoncé que le principe du respect de l'être humain s'applique aux embryons i*n vivo* et au contraire, ce principe n'est pas applicable aux embryons *in vitro*. En Pologne, le Tribunal Constitutionnel ne s'est pas encore prononcé sur cette question.

508. Le principe de la dignité de la personne humaine. Il faut se demander comment ce principe de la dignité de la personne humaine peut s'appliquer aux enfants à naître ? Du point de vue du droit français, l'enfant à naître n'est pas *« autrui »* qui signifie la victime d'une infraction subissant les divers préjudices découlant des comportements pénalement punissables. Ce terme s'inscrit dans un contexte juridique global influencé par les conceptions civilistes de la personne. « *Autrui* » est assimilé à une personne physique titulaire de droits. La Cour de cassation considère que l'enfant en état de gestation n'est pas victime d'homicide involontaire, car il n'est pas autrui. Certains auteurs acceptent cette exclusion de la qualification d'homicide involontaire et privilégient *« un raisonnement rigoureux »*[866]. L'enfant conçu ne peut, pour eux, bénéficier du statut de la victime dans le procès pénal au nom de l'interprétation stricte de la loi. Le 3 décembre 1998, la Cour d'appel de Metz a jugé : qu' *« il ne peut y avoir homicide qu'à l'égard d'un enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré »*, puis elle a ajouté *« l'enfant mort-né n'est pas pénalement protégé au titre des infractions contre les personnes »*[867]. Une autre fois, le 29 juin 1999, le Tribunal correctionnel de Nancy jugeait que *« l'atteinte au fœtus n'est pas, en l'état actuelle du droit considérée comme une atteinte à autrui »*. En l'espèce, à la suite de l'intoxication par oxyde de carbone intervenue dans un immeuble, une interruption de grossesse a été réalisée chez une femme en raison des risques d'handicaps prévisibles chez l'enfant à la naissance. Selon le tribunal, *« il faudrait pour retenir homicide, établir que la mort du fœtus est directement et simultanément liée à l'intoxication de la mère, alors qu'en réalité la cause du décès résulte d'un acte médical décidé au regard des risques de handicaps prévisible de*

[865] CS du 30 octobre 2008, IKZP 13/08
[866] J. Mouly, *Du prétendu homicide de l'enfant à naître*, RSC, 2005, p. 47
[867] CA de Metz, 3 septembre 1998, JCP, éd. gén., 2000, II, 10231

l'enfant à la naissance »[868]. Cette illustration montre que le principe de dignité ne s'applique pas aux fœtus. Dans le cas précité paradoxalement l'intervention médicale n'aura jamais lieu sans un accident initial. On peut regretter qu'en France, l'attribution ou le refus de la qualification d'homicide involontaire est, en l'absence d'une incrimination autonome, le résultat du concours de circonstances souvent hasardeux et propre à chaque drame. Il faut se demander si l'application du principe en question est néanmoins envisageable en France ?

509. Comment justifier l'application du principe de la dignité de la personne humaine aux fœtus ? En France, cela peut se justifier par l'abandon de la conception de la personnalité juridique. En Pologne, on peut s'appuyer sur l'article 38 de la Constitution. Dans le droit français le fœtus n'a pas la personnalité juridique autonome en dehors de la mère. Il est privé de droits subjectifs reconnus aux personnes vivantes, même de la protection réservée aux choses, objets de droit. Certains juristes français définissent l'embryon comme une chose *« sacrée »*[869] ou une chose *« personnifiée »*[870]. Les autres auteurs comme Messieurs J.-F. Seuvic et D. Thouvenin, considèrent que toutes les discussions sur la distinction entre les choses et les personnes sont totalement inopérantes. Pour eux, l'embryon est un être en devenir. L'appartenance à une catégorie de personne humaine est plus large que la catégorie de sujets de droit. De plus, l'application du concept de personnalité juridique est indifférente car le fait d'appartenir à une catégorie de personnes humaines n'est pas conditionnée par le fait d'avoir ou non une personnalité juridique. *« L'exemple pris sur les esclaves démontre que la classe des personnes en droit ne se limite pas à celle de sujet de droit, les esclaves étaient qualifiés de « personnes non libres » »*[871]. Cette classification se base sur la loi du 24 avril 1833, réaffirmée par l'arrêt de la Chambre criminelle du 8 février 1839[872]. Les inspirations civilistes doivent être également écartées car la loi pénale doit garder son autonomie qui répondra aux exigences particulières. Les trois arrêts récents de la Cour de cassation du 6 février 2008, ont élargi l'interprétation de l'article 79-1 du code civil, ils n'ont pas imposé de condition relative à la durée de gestation ou du poids du fœtus. Préalablement, la Circulaire du 30 novembre 2001 préconisait 22 semaines de gestation et 500 gr. de poids si l'enfant est mort-né. Selon la conception pénale de la personne humaine, cette dernière n'est pas une catégorie intermédiaire entre la personne et la chose, mais une *« réalité »*. Pendant que la personnalité juridique est une création artificielle du droit, une pure construction

---

[868] TGI de Nancy, 29 juin 1999, n° 27/04/99, Parquet n° 974441
[869] X. Labbée, *Exquis d'une définition civiliste de l'espèce humaine*, Dalloz 1999, chronique, p. 437
[870] F. Dreifus-Netter, *Statut de l'embryon et du fœtus*, Centre de Documentation multimédia en Droit Médical, http://www.droit.univ-paris.fr ; Gazette du Palais 1998, chronique, p. 66 par J.-P. Doucet
[871] LPA du 14/06/2002, n° 119, p. 4
[872] La loi du 24 avril 1833, l'arrêt de la Chambre criminelle du 8 février 1839, Sirey 1839, p. 613

intellectuelle[873]. Pour Monsieur J.-F. Seuvic elle *« est un mécanisme qui régit le commerce juridique, il ne faut pas en faire une condition de la protection pénale de l'humain »*[874] .

510. La nécessité d'une modification législative en droit français. Deux possibilités d'intervention du législateur sont possibles. La première consiste à insérer un nouvel alinéa dans les dispositions relatives à l'interruption illégale de la grossesse. La deuxième consiste à créer un nouvel article autonome. Dans la première hypothèse, il faut concilier la protection du fœtus et la liberté de la femme. Une telle solution exige que le droit de la femme pour interrompre sa grossesse soit suffisamment assuré. D'autant plus que, dans l'esprit de la loi dite Veil de 1975, le droit à la vie de l'être humain n'est pas juridiquement garantit de façon absolue et le délai de 10 puis de 12 semaines était déterminé arbitrairement. Une série de propositions-échecs a été lancée. Le 6 février 2002, C. Gaillard déposait une proposition de loi prévoyant l'insertion dans le code pénal d'une nouvelle forme d'interruption de grossesse définie comme le fait de causer involontairement la mort de l'enfant à naître[875]. La proposition suivante est apparue en avril 2003 à l'occasion de l'examen de loi sur la sécurité routière. Un amendement, qui n'aboutira pas finalement, a ajouté à l'article 221-6 du code pénal un alinéa disposant que *« l'homicide involontaire de l'enfant à naître est visé par les alinéas précédents »*. En novembre 2003, Monsieur J.-P. Garraud relance le débat à l'occasion de l'adoption par l'Assemblée Nationale de la loi portant adaptation de la justice et de la criminalité. Son amendement créant un délit d'interruption involontaire de grossesse sera jugé d'une proposition qui *« pose plus de problèmes qu'elle n'en règle »*. Par la suite, les intellectuels français ont adressés le 10 janvier 2004 une lettre au Président de la République réclamant un projet de loi allant dans le même sens que l'amendement de J.-P. Garraud [876]. Ce sera un nouvel échec. Dans la deuxième hypothèse il s'agit de créer une incrimination autonome qui peut permettre d'éviter la remise en cause de l'interruption volontaire de grossesse, de protéger le fœtus, comme c'est le cas en Pologne, et de ne pas s'opposer à l'esprit de la législation sur l'interruption de grossesse. En 1999, Monsieur J.-F. Seuvic a proposé d'introduire au sein du code pénal une nouvelle incrimination, appelée par lui, de *« l'embryocide »* ou de *« foeticide »*. Il préconisait le renforcement de la protection anténatale de l'être humain, qui sera, selon lui, l'illustration *« d'une appréciation pénaliste réaliste »*, qui permettra de donner *« plus d'efficacité à l'article 16 du code civil et plus de cohérence aux dispositifs pénaux »*. Cette proposition se rapproche de l'article 157a du code pénal

[873] Defrénois, 1997, p . 640
[874] J.-F. Seuvic, *Variations sur l'humain comme valeurs pénalement protégées*, Mélanges C. Bolze 1999
[875] Document d'Assemblée Générale Nationale n ° 3572
[876] La lettre de soixantaine professeurs français a été publiée dans le journal Le Figaro du 17/01/2004

polonais car elle exprime la volonté de prendre en compte l'intégrité corporelle et fonctionnelle du corps de l'enfant à naître indépendamment de la phase du développement anténatale. Monsieur J.-F. Seuvic préconise de pénaliser exclusivement les comportements dommageables non-intentionnels. Cette proposition avisée tarde malheureusement de se concrétiser en droit français. La loi du 9 mars 2004 a été finalement votée sans que le délit d'interruption involontaire de grossesse soit intégré. Ni la loi du 6 août 2004, ni la dernière révision de la loi de bioéthique du 7 juillet 2011 n'ont été modifiés des règles de l'interruption de grossesse. Aucune disposition visant à protéger le fœtus humain contre les atteintes involontaires à sa vie n'a pas été introduite.

511. La protection de l'identité juridique de l'enfant au moment de la naissance en droit français. En France, en vertu de l'article 55 du code civil, la naissance d'un enfant doit faire l'objet d'une déclaration auprès d'un officier d'état civil dans les trois jours qui suivent l'accouchement dès lors que la gestation a duré cent quatre-vingts jours. La violation de cette obligation d'ordre publique est punie par une contravention de cinquième classe contre la nation, l'État ou la paix publique. Le défaut de déclaration est incriminé dans l'article R.645-4 du code pénal. Le 6 février 2008, la Cour de cassation a décidé dans les arrêts que tout fœtus né sans vie, quel que soit son degré de développement, doit faire l'objet d'un acte d'état civil dénommé par la Cour *« Acte d'enfant sans vie »*[877]. Cette logique a été reprise par le décret du 20 août 2008 autorisant l'établissement d'un acte d'enfant né sans vie dans deux situations : lorsque la mort de l'enfant intervient après un accouchement spontané ou provoqué par une interruption médicale de grossesse. Un certificat médical d'accouchement est délivré aux parents en application de l'article 79-1 du code civil[878]. En revanche, l'identité juridique de l'enfant conçu ne fait pas l'objet d'un certificat médical d'accouchement lorsque la mort de l'enfant intervient après une interruption volontaire de grossesse et après une fausse couche précoce, voire moins de 14 semaines de grossesse[879].

B. La reconnaissance de la subjectivité de l'enfant à naître en droit polonais

512. La protection pénale explicite de l'enfant conçu. Le statut pénal de l'enfant conçu en Pologne n'a pas son homologue en droit pénal français. En Pologne, les droits subjectifs sont reconnus aux fœtus tant par la doctrine que par une récente décision de la Cour Suprême en date du 26 octobre 2006. L'article 38 de la Constitution de 1997 dispose que la République

[877] Cass. Civ., 6 février 2008, n° 06-16.498, n° 06-16.499, n° 06-16.500 ; AJF, 2008, p. 95 et 165
[878] Voir Annexe n° 3
[879] AJF, 2008, p. 182

de Pologne garantit à chaque homme la protection juridique de la vie. Une nouvelle version de cet article, qui prévoit la protection juridique depuis la conception jusqu'à la mort naturelle, a été préparée par les députés et soumise aux débats parlementaires le 27 octobre 2006, puis le 16 novembre 2006 aux travaux de la Commission spéciale qui a rendu son rapport final le 2 mars 2007. Ni l'article 30, ni l'article 38 de la Constitution n'ont été modifiés. L'enfant à naître est protégé à travers les articles 152 à 154 et l'article 157a du code pénal. L'article 38 de la Constitution polonaise reconnaît, sans l'exprimer directement, la dignité humaine comme une caractéristique qualificative de l'enfant conçu[880]. Malgré l'existence d'une législation relativement développée sur la protection de la vie anténatale, il existe un certain nombre de questions qui provoquent des polémiques. Il convient étudier particulièrement deux problèmes : les imperfections dans l'élaboration de la notion de l'enfant à naître en droit pénal polonais (1), puis les questions liées à l'application des peines (2).

1. La protection de l'intégrité physique de l'enfant conçu

513. L'enfant à naître dans la norme polonaise. L'enfant à naître n'est pas sujet de droit ni en vertu de la Constitution, ni sur la base de l'ensemble de la législation pénale. Sa vie prénatale constitue néanmoins une valeur constitutionnellement protégée. Ce principe ne figure pas directement dans la Constitution, mais il a été défini par le Tribunal Constitutionnel. Selon le juge constitutionnel, l'intensité de la protection pénale de la vie du fœtus varie en fonction des circonstances et des facteurs, particulièrement lorsque l'existence du fœtus et de l'embryon est la conséquence d'un crime tel que le viol. Si la protection pénale de la vie en formation n'est pas absolue, toute atteinte licite à cette vie est admise exceptionnellement en vertu de l'article 4a de la loi du 7 janvier 1993 actuellement en vigueur. Sachant que la disposition principale protégeant l'enfant à naître est l'article 157a du code pénal, il faut préciser l'objet de la protection définie par cet article. Sans être définie d'une manière directe, la description légale de l'enfant conçu apparaît dans sept articles. Ces dispositifs peuvent être regroupés dans trois catégories. À travers les articles 152, 153 et 154 du code pénal, le droit polonais protège à la fois les intérêts de la mère et de l'enfant conçu. En revanche, l'article 157a tente de préserver principalement les intérêts du fœtus. La

[880] A. Bałagan, *L'opinion sur la constitutionnalité du projet de la loi sur la maternité choisie*, Revue de Sejm 2004, n° 6, p. 114 ; M. Granat, *L'opinion sur la constitutionnalité du projet de la loi sur la maternité choisie*, Revue de Sejm 2004, n° 6, p. 143 ; L. Wisniewski, *Les libertés, les droits de l'individu et leur garanties en pratique*, in *Les problèmes fondamentaux de l'application de la Constitution*, (sous la dir.) L. Gardocki, vol. III, Varsovie 2003, p. 2 et 7 ; W. Skrzydło, *L'opinion sur la constitutionnalité du projet de la loi sur la maternité choisie*, Revue de Sejm 2004, p. 136 ; CS de Pologne du 26 octobre 2006, IKZP18/06

sanction d'une atteinte à l'intégrité de l'enfant conçu intervient, dans l'article 157a, indépendamment de la protection de la mère se trouvant en état de grossesse ce qui est impérativement exigé dans le cas des articles 152 à 154. Une telle construction semble être le fruit d'un compromis tant sur le plan doctrinal que idéologique, un compromis qui peut inspirer le législateur français. Les articles 152 et 153 du code pénal concernent un enfant à naître incapable de vivre en dehors de l'organisme de sa mère. La période de cette incapacité fonctionnelle, entièrement adaptée tant par la doctrine française que polonaise, était désignée par l'Organisation Mondiale de la Santé comme existant dès la conception à 22 semaines de la vie anténatale[881]. Ensuite, les articles 152, 153 et 157a sanctionnent les atteintes physiques à l'intégrité corporelle de l'embryon et du fœtus dans une période assez vaste allant de la conception au début de l'accouchement. Enfin, l'article 149 sanctionne l'infanticide d'une peine privative de liberté de 3 mois à 5 ans. Il concerne exclusivement la période de l'accouchement jusqu'au, selon Monsieur M. Cieślak, huitième jour après la naissance[882].

514. Le texte de l'article 157a contient certaines imperfections significatives. Deux éléments doivent être analysés. En premier lieu, une certaine insatisfaction semble être légitime du fait que la pénalisation se réduit aux atteintes volontaires ce qui exclue les agissements dommageables non intentionnels constituant, sans doute, une grande majorité de cas. Pour faire face à ce vide juridique, le Ministère de la Justice a préparé en février 2007 le projet de révision du code pénal prévoyant deux nouveautés. D'une part, la sanction proposée pour des atteintes involontaires contre l'enfant à naître allant jusqu'à 2 ans d'emprisonnement. D'autre part, la mort de l'enfant conçu devenue une circonstance aggravante entraînant une peine privative de liberté de 3 mois à 5 ans. Un autre projet, cette fois présidentiel, a prévu pour la même infraction une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 1 an. Finalement aucune de ces propositions n'était retenue et la version initiale de l'article 157a à l'issu de la loi du 8 juillet 1999 a été maintenue[883]. En deuxième lieu, une autre controverse apparaît, à savoir la question de l'environnement biologique dans lequel l'embryon se développe par rapport à la méthode de la procréation préalablement choisie. Selon le raisonnement Madame d'A. Gałazka[884] partagé par Monsieur K. Wiak[885], la disposition de l'article 157a du code pénal vise l'enfant conçu sans déterminer la façon et le

---

[881] J. Potulski, *L'enfant, ce qui ?*, Gazette des tribunaux 2002, n° 2, p. 27

[882] I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, *Système de droit pénal*, Wrocław-Varsovie-Cracovie-Gransk-Lodz 1985, vol. IV, p. 361

[883] M. Gałazka, *La protection pénale de l'embryon in vitro*, Parquet et droit 2007, n° 5, p. 24 ; Z. Marek, *Code pénal, Commentaire*, Varsovie 2006, p. 323 et s.

[884] M. Gałazka, *La protection pénale de l'embryon in vitro*, Parquet et droit 2007, n° 5, p. 26-27

[885] K. Wiak, *La protection pénale de l'enfant conçu*, Lublin 2001, p. 252

lieu de la fécondation. Un seul point de référence est la conception. Cette interprétation permet d'élargir le champ d'application de l'article 157a aux embryons *in vitro*. Les auteurs cités appuient leurs arguments sur le principe constitutionnel imposant la protection de la vie prénatale sans le diviser en différentes étapes. Ce raisonnement semble être inacceptable aussi pour Monsieur M. Filar. Il pense que les infractions du Chapitre XIXème du code pénal polonais parmi lesquelles se trouve l'article 157a, ont pour vocation de protéger la grossesse elle-même[886], voire l'état de grossesse comme c'est le cas de l'article 223-15-2 du code pénal français.

2. La protection pénale de l'enfant au moment de l'accouchement

515. L'application de l'article 155 du code pénal à l'égard de l'enfant conçu[887]. Pour étudier l'appréciation pénale du moment de la naissance d'un point de vue de l'enfant à naître, il convient de distinguer la position des juridictions du fond et celle de la Cour Suprême de Pologne[888]. La position des juridictions du fond est plus tranchée. Le 29 novembre 2006, le Tribunal régional à P. a donné une interprétation selon laquelle la vie de l'enfant conçu n'est pas protégée par les articles 155 et 160 du code pénal[889]. De ce fait, il a relaxé un médecin qui a refusé l'hospitalisation et l'examen diagnostic prénatal d'une femme enceinte ce qui a provoqué, en définitve, la mort du fœtus à 39ème semaine de grossesse après une césarienne précipitée. Cette analyse a été confirmée postérieurement, le 16 octobre 2007[890]. Le 30 octobre 2008, la Cour Suprême n'a pas donné de réponse affirmative ni négative à la question de savoir si la vie de l'enfant conçu pouvait être protégée par l'article 155 du code pénal. Elle n'a pas tranché la question de savoir si l'article 155 du code pénal s'applique au fœtus dès le début de l'accouchement ou/et dès le moment, lorsque le fœtus peut survivre en dehors de l'organisme de sa mère[891].

---

[886] M. Filar, *Droit pénal médical*, Cracovie 2000, p 231-232

[887] ***L'article 155 du code pénal polonais dispose :*** « *Celui qui provoque involontairement la mort d'une personne est puni d'une peine d'emprisonnement de 3 mois à 5 ans* ».

[888] La jurisprudence de la Cour Suprême de Pologne sur l'application de l'article 155 du code pénal à l'égard de l'enfant conçu : CS du 26 février 2004, affaire I KZP 41/03, La jurisprudence de la Cour Suprême, Chambre criminelle et militaire, 2004, position 406 ; CS du 24 mai 2005, affaire I KZP 15/05, La jurisprudence de la Cour Suprême, Chambre criminelle et militaire, 2005, cahier n° 7-8, position 60 ; CS du 28 septembre 2006, affaire I KZP 16/06, La jurisprudence de la Cour Suprême, Chambre criminelle et militaire, 2006, cahier n° 10, position 90 ; CS du 26 juillet 2007, affaire I KZP 17/07, La jurisprudence de la Cour Suprême, Chambre criminelle et militaire, 2007, cahier n° 9, position 62 ; CS du 28 avril 2008, affaire I KZP 6/08, La jurisprudence de la Cour Suprême, Chambre criminelle et militaire, 2008, cahier n06, position 42 ; R.-A. Stefański, *Les questions juridiques adressées à la Cour Suprême en matière pénale*, Cracovie 2001, p. 254-261

[889] T. régional de P. du 29 novembre 2006, affaire II K 95/05

[890] T. régional de P. du 16 octobre 2007, affaire II K 307/07

[891] CS du 30 octobre 2008, affaire I KZP 13/08

516. L'application de l'article 160 du code pénal à l'égard de l'enfant conçu[892]. Le 26 octobre 2006, la Chambre criminelle de la Cour Suprême se prononçait sur le sujet de la protection pénale en vertu de l'article 160 du code pénal[893]. Selon le juge polonais, l'article 160 constitue le fondement de la protection pénale de la vie et de la santé de la personne humaine dans les deux situations. Dans un premier temps, dès le début de l'accouchement naturel, voire depuis le moment où apparaissent les premières contractions de l'utérus qui déclenchent l'accouchement. Dans un deuxième temps, dès le début de la césarienne[894].

517. La protection plus tranchée de l'identité juridique de l'enfant au moment de la naissance. En Pologne, les parents disposent d'un droit d'enregistrer la naissance indépendamment de l'âge du fœtus. Dans un premier temps, l'hôpital délivre une carte de décès et une déclaration écrite confirmant la naissance d'un enfant mort-né dans un délai de trois jours après l'accouchement. Le Bureau d'état civil prépare un acte de naissance avec une annotation que l'enfant est mort-né et avec l'indication du sexe. Si le sexe de l'enfant reste difficile ou impossible à préciser, le médecin indique la mention *« sexe indiqué par la mère »*[895]. Les parents peuvent ensuite laisser le corps de l'enfant à l'hôpital ou organiser un enterrement. L'acte de naissance avec mention remplace donc l'acte de décès. La circulaire du 21 octobre 2006 du Ministère de la Santé précise que le corps d'un enfant est considéré comme le corps d'une personne décédée indépendamment de la durée de la grossesse[896].

C. La vision internationale généralisée et relativement neutre de l'enfant conçu[897]

---

[892] ***L'article 160 du code pénal polonais dispose :*** *« § 1. Celui qui par son comportement menace la vie ou la santé d'une personne est puni d'une peine d'emprisonnement jusqu'à 3 ans.* ***§ 2****. : Lorsque l'auteur de faits était tenu par une obligation particulière de protéger la personne menacée, l'auteur est puni d'une peine d'emprisonnement de 3 mois à 5 ans.* ***§ 3****.: Lorsque l'auteur de faits indiqués dans le § 1. et § 2. agit involontairement, il est puni d'une peine restrictive de liberté ou d'une peine jusqu'à un ans d'emprisonnement.* ***§4****.: Lorsque l'auteur de faits indiqués dans les paragraphes 1 à 3 a pris volontairement les moyens et il a évité le danger, il n'est pas pénalement puni.* ***§ 5****. : Le déclenchement des poursuites exige la déposition d'une plainte par la victime ».*

[893] CS du 26 octobre 2006, affaire I KZP 18/06

[894] A. Boratyńska, *La césarienne à la demande de la femme*, Droit et Médecine 2008, n° 3, p. 46

[895] Circulaire du Ministère de la Santé du 21 décembre 2006 ; La loi du 31 janvier 1959 relative aux cimetières et aux enterrements des personnes décédées ; La loi du 29 septembre 1969 relative aux états civils, Journal des Lois 1986, n° 36, position 180 ; Circulaire du Ministère de la Santé du 2 février 2005 relative aux déclarations écrites de la naissance d'un enfant, Journal des Lois 2005, n° 27, position 232

[896] Circulaire du Ministère de la Santé du 21 octobre 2006 modifiant la Circulaire relative à la disposition des corps humains appartenant aux personnes décédées, Journal des Lois 2007, n° 1, position 10

[897] L. Doubouis, *L'interruption volontaire de grossesse au regard du droit communautaire*, Revue de droit sanitaire et social 1992, p. 49 ; L. Doubouis, *La liberté d'information sur les possibilités d'IVG à l'étranger au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, RDSS, 1993, p. 32 ; L. Idot, *A propos de l'interruption volontaire de grossesse : premier bilan de la jurisprudence de la Cour relative à la libre prestation de service en 1991*, Europe, novembre 1991 ; A.-M. Dourlen-Rollen, *Le problème de l'avortement dans les pays de la CEE*, R.C.et P.T., 1973, p. 277

518. L'absence de fondement normatif universel. Parmi les dispositifs internationaux, dont la France et la Pologne sont signataires, aucun ne proclame un statut uniforme ou général de l'être humain. Selon Mesdames M. Delmas-Marty et E. Zielińska, il n'existe aucun texte qui impose directement la pénalisation des atteintes involontaires à la vie humaine en voie de développement. Les éléments singuliers qui peuvent être pris en compte indépendamment ressortent des différents textes internationaux. De ce fait, il convient d'analyser une approche conventionnelle générale, dont la France et la Pologne sont dépositaires. L'ensemble des dispositions conventionnelles fonde, dans la plupart des cas, la référence plus ou moins explicite au principe du respect de l'être humain dès le commencement de la vie, sans pour autant définir la notion de personne avant la naissance. L'article 6-1 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 dispose que *« le droit à la vie est inhérent à la personne humaine (...) nul ne peut être arbitrairement privé »*. Dans ce texte il y a une référence directe à la protection de la vie dès la conception. La Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine du 4 avril 1994[898] opère une nette distinction entre l'être humain et la personne humaine. L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule *« le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi »*. Cette formulation est devenue, aussi bien en France qu'en Pologne, un argument constant des adversaires de l'avortement. Mais, d'un point de vue purement sémantique, la disposition évoquée ne définit pas la personne humaine dont elle prétend assurer la protection. De la même façon, elle fait référence au droit à la vie sans que cette vie ne soit précisée, ni même les frontières dans le temps. L'article 6 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 a reconnu que *« l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle a besoin d'une protection spéciale et des soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée avant comme après sa naissance »*. Cette fois, sans aucun doute, la vie anténatale est directement prise en compte. Les apports réels de ces conventions restent évidement plus déclaratifs que réellement effectifs, plus particulièrement lorsqu'ils ne peuvent être directement évoqués devant les tribunaux français en cas de réserve émise par l'État. Le droit à la vie du fœtus n'est pas un droit normatif selon l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (1), ce qui a été confirmé le 8 juillet 2004 (2).

[898] La Convention dite d'Oviedo a été signée par la Pologne en 1999, mais elle n'est pas appliquée en l'absence de la ratification par le parlement polonais. En France, la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique ratifie cette Convention

1. Le droit à la vie du fœtus n'est pas un droit normatif au sens de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme

519. La jurisprudence neutre du juge européen. La Convention européenne des droits de l'homme devra être avant tout considérée comme un consensus européen global, elle est différemment prise en compte en droit français et en droit polonais. La Pologne a ratifié le texte dans son intégralité le 19 janvier 1993. En revanche, la France avait assorti la ratification le 3 mai 1974 d'une réserve relative à l'interruption de grossesse[899]. Notamment, après avoir reconnu la constitutionnalité de l'interruption volontaire de grossesse le 15 janvier 1975, le Conseil Constitutionnel a motivé sa décision par le fait qu'il ne lui appartient pas *« d'examiner une loi par rapport aux stipulations d'un traité ou accord international »*. D'une part, selon l'article 2 de la Convention, la *« vie »* et la *« personne humaine »* sont des notions autonomes, citées sans aucune précision. D'autre part, une interprétation extensive semble être inappropriée car elle pourra exclure toute légitimité de l'interruption de grossesse[900]. L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a contourné, à plusieurs reprises, la question du statut de l'embryon dans les affaires d'avortement[901]. Elle s'est contentée de faire des allusions indirectes en se situant sur le terrain de la vie privée de la mère et en se référant aux *« autres intérêts juridiquement protégés ayant trait à la grossesse »*[902]. Peu à peu, les questions d"avortements seront de plus en plus présentes devant la Cour. Paradoxalement, il s'agit d'une situation de conflit de valeurs dans laquelle coexistent simultanément deux droits tellement opposés au point de se nuire l'un, à l'autre. La Cour sera donc obligée de se prononcer sur une limitation implicite du droit à la vie du fœtus pour sauvegarder la santé ou la vie de la mère le 13 mai 1980[903], puis le 19 mai 1992 de refuser explicitement de reconnaître la personnalité juridique d'un fœtus[904]. La jurisprudence postérieure sera marquée par une hésitation constante et une interprétation neutre de l'article 2 de la Convention[905].

---

[899] A. Pouille, J. Roche, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Dalloz 2002, p. 89

[900] CEDH, du 5 septembre 2002, affaire Boso c/Italie

[901] Commission européenne des droits de l'homme, 29 mai 1961, ann. IV, 1961, p. 271, Dans cette affaire de l'avortement la Commission a refusé de reconnaître la qualité de victime au sens de l'article 25 de la Convention EDH à un père de l'enfant conçu

[902] Commission européenne des droits de l'homme, 12 juillet 1977, Bruggemann et Scheuten c/RFA, req. n° 6959/75 : DR 19/1000 ; J.-L. Charrier, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme : textes, commentaires, jurisprudence*, éd. Litec 2005, p. 28

[903] Commission européenne des droits de l'homme, 13 mai 1980, X c/Royaume-Uni, req. n° 8416/79, DR 19/244 ; J.-L. Charrier, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme : textes, commentaires, jurisprudence*, éd. Litec 2005, p. 28

[904] Commission européenne des droits de l'homme, 19 mai 1992, H c/Norvège, DR 73/180

[905] Il convient de citer décisions suivantes: CEDH, 19 octobre 1992, Open Door et Dublin Well Woman c/Irlande, série A, n° 246 (la Cour a estimé qu'elle n'est pas compétente à déterminer si la Convention garantit un droit à avortement et si le fœtus dispose un droit à la vie au sens de l'article 2 ; Commission

2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à travers l'affaire de Madame Vo contre France

520. Dans l'arrêt Madame Vo/France du 18 juillet 2004, le juge européen se prononçait à la fois sur le droit français et le droit européen[906]. Dans un premier temps, il a confirmé l'état actuel marqué par l'absence d'un consensus européen qui néanmoins ne fait pas obstacle à ce que la protection pénale soit attribuée aux embryons et aux fœtus au nom de leur qualité de personne humaine potentielle. L'utilisation du qualificatif *« être humain »* pourra être jugée légitime même en l'absence de toute personnalité juridique. La Cour a rappelé qu'elle ne dispose d'aucune vocation universelle permettant d'imposer aux États des mesures pénales pour assurer la protection du droit à la vie, elle incite néanmoins à ce que les législateurs nationaux se prononcent de manière explicite sur le statut pénal du fœtus[907]. Ensuite, la Cour se penchait sur la notion de commencement de la vie *« ... le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États dont la Cour tend à considérer qu'elle doit être reconnue dans ce domaine, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention »*. Un tel choix s'inscrit dans la continuité et confirme qu'à la lumière de l'article 2 de la Convention l'embryon humain demeure toujours comme un dépositaire incertain, potentiel du droit à la vie. Dans un deuxième temps, le juge européen a consacré la non remise en cause de la position de la Cour de cassation. La France ne sera finalement pas condamnée, car *« l'enfant à naître n'est pas privé de toute protection en droit français »*. Parmi les moyens actuellement disponibles, la Cour a évoqué, entre autre, la faute médicale

---

européenne des droits de l'homme, 29 mai 1961, n° 867/60, Norvège : Rec. CEDH, n° 6, p. 34, Annales de la Convention, vol. IV, p.271, Commission européenne des droits de l'homme, 10 décembre 1976, n° 7045/75, Autriche, DR 7/87 ; B. Mauer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation Française 1999, p. 397

[906] Sur l'affaire de Madame Vo contre France : C.E.D.H., La Grande Chambre 18 juillet 2004, Dalloz 2004, n° 39, p. 2801, JCP, éd. gén., 2004, n° 42, p. 1798, JCP, éd. gén., 2004, II, 10158 ; E. Severin, *Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européen des droits de l'homme*, Dalloz 2004, chronique, p. 2801; J. Pradel, *La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarrasse*, Dalloz 2004, p. 2456 et s. ; M. Levinet, *La Cour EDH décide que la question de savoir quel est le point de départ de la vie relève de l'appréciation des États*, Dalloz, éd. gén., 2004, n° 42, p. 1798 et s.

Sur le statut du fœtus à la lumière de la Convention EDH en droit français : A. Belaud-Guillet, *Le statut du fœtus ex utero : du droit à la vie au droit sur la vie*, Petits affiches 1998, n° 111 ; L. Dubouis, *La liberté d'information sur les possibilités d'IVG au regard de la CEDH*, Revue de droit sanitaire et sociale 1993, p. 32 ; B. Mathieu, *La dignité de la personne humaine : quel droit, quel titulaire ?*, Dalloz 1996, p. 282 ; Juris-Classeur, Europe, Fascicule 6520, n° 3 par G. Cohen-Jonathan ; F. Golculku, *Le droit à la vie dans la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Petitti, éd. Bruylant, Bruxelles 1999 ; J. Velu, R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, éd. Bruylant, Bruxelles 1990, n° 216 ; G. Humbert, *L'avortement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Gazette du Palais 1947, doctrine., p. 666 ; C. Labrusse-Riou, B. Mathieu, Point de vue, Dalloz 2000, p. 3 ; P. Kaiser, *Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique ?*, Dalloz 2001, p. 1889

[907] F. Vialla, (sous la dir.) *Les grandes décisions du droit médical*, éd. LGDJ 2009, p. 509

et la protection pénale par l'intermédiaire de la mère qui n'ont pas été effectivement exploités par la requérante. *In fine*, selon l'opinion séparée du Juge Rozakis, mais qui traduit parfaitement l'esprit de cette affaire, *« même si l'on admet que la vie commence avant la naissance, cela ne revient pas à conférer automatiquement et inconditionnellement à cette forme de vie humaine un droit à la vie équivalent au droit correspondant d'un enfant après la naissance »*.

Conclusion du Chapitre 1

521. Les différences entre les droits français et polonais. Lorsque les violences sont dirigées contre une femme enceinte, l'auteur attaque à la fois une personne réellement existante : la femme enceinte et une personne potentielle : l'enfant à naître. Les intérêts de ces deux personnes sont liés, car une atteinte dirigée contre l'une d'elles peut porter préjudice à l'autre. En France, l'incrimination de l'interruption illicite de grossesse protège la liberté de la femme, au même titre que son intégrité physique. Alors qu'en Pologne, la même incrimination d'interruption illégale de grossesse protège à la fois la mère et l'enfant conçu au sein des articles 152 et 154 du code pénal. En droit français, les intérêts de la femme et du fœtus semblent être séparés. En droit polonais, ces deux intérêts sont simplement dissociés.

522. Les points de rapprochement entre les droits français et polonais. Le point de rapprochement entre les deux systèmes pénaux est le caractère intentionnel de l'action abortive et la prise en compte du consentement de la femme à l'acte abortif. Les deux législations distinguent l'interruption illégale de grossesse avec le consentement de la mère (art. L.2222-2 et L.2222-4 du code de la santé publique en France et 152 du code pénal en Pologne) et l'interruption illégale de grossesse sans le consentement (art. 223-10 du code pénal français et 153 du code pénal polonais). Cette protection de la mère est donc relativement complète. Mais lorsqu'une atteinte est dirigée contre cette mère, l'enfant à naître peut subir différents préjudices. L'étendue de la protection de cet enfant potentiel diffère entre les deux législations. La vie humaine avant naissance semble être mieux protégée par le droit polonais, mais cette protection reste encore limitée aux seules atteintes volontaires à la vie du fœtus, ce qui réduit considérablement le champ des poursuites pénales (art. 157a du code pénal polonais). En France, le seuil de la protection pénale du fœtus fixée par le droit est la naissance d'un enfant viable. A défaut et en cas de mort causée par une faute d'imprudence d'un tiers, indépendamment du stade de développement *in utero*, la qualification d'homicide volontaire au sens de l'article 221-6 du code pénal ne peut s'appliquer.

CHAPITRE 2
La sanction des atteintes extérieures au titre des atteintes collectives

523. Les atteintes collectives poursuivies au titre de crimes contre l'humanité. Seront analysées deux formes principales d'atteintes collectives : la purification ethnique et le génocide procréatif. La particularité du génocide par rapport aux crimes contre l'humanité tient au fait que ce premier exige simultanément une intention de détruire et une intention de détruire un groupe donné. C'est en ce sens, que pour Monsieur S. Glaser, le génocide constitue un cas aggravé ou qualifié de crimes contre l'humanité[908]. En quelque sorte, le génocide est le *« crime des crimes »*. Cependant, la frontière de distinction entre ces deux catégories reste souvent délicate, car le génocide peut, et c'est souvent le cas, constituent une sorte de *continnum* des crimes contre l'humanité.

524. Les crimes collectifs sont perpétrés selon des plans criminels variés. La notion de « *plan criminel* » cette dernière constituait un élément de différenciation entre les normes pénales françaises et les normes polonaises jusqu'en 2010. Les dispositions polonaises ont été privées longtemps de la notion de plan criminel au sens du droit international et au sens du droit pénal français. Certaines raisons à l'origine de cette situation tiennent au contexte historique, d'autre au contexte politique particulier. La législation pénale polonaise trouvait de nombreux obstacles à l'harmonisation fondées, au début du XXème siècle, sur le partage du territoire entre l'Allemagne, la Russie et l'Autriche. Jusqu'en 1932, l'année de l'entrée en vigueur du premier code pénal. Cette codification n'était possible auparavant car le territoire était soumis à des régimes différents : le code pénal allemand de 1871 au nord, le code pénal russe de 1903 dans le centre et à l'est, la loi pénale autrichienne de 1853 au sud, et le code pénal hongrois dans la région de Spisz et Orawa[909]. Par conséquent, la population polonaise a été exposée aux dispositions contraignantes des occupants. Cette situation fut aggravée encore par l'idéologie totalitaire nazisme qui considérait les Slaves comme une race privée de toute culture et sans avenir. Le mépris a ensuite trouvé sa concrétisation dans la région de Silésie où les stérilisations eugéniques massives ont été légalisées par la loi du 14 juillet 1933 relative à la prévention de la reproduction des maladies héréditaires[910]. Lors des travaux préparatoires du code pénal de 1932, aucune proposition d'incrimination des atteintes collectives au titre des crimes contre l'humanité n'est apparue. Ensuite, la doctrine polonaise se rapprocha dans ces conceptions générales des propositions de l'Europe occidentale. Une

---

[908] S. Glaser, *Droit international pénal conventionnel*, éd. Bruylant, Bruxelles 1970, p. 109
[909] L. Gardocki, *Droit pénal*, Varsovie, éd. CH BECK 2006
[910] J. Salij, *Histoire d'un mépris pour les plus vulnérables*, En route 2005, n° 4, p. 380, (journal en ligne)

première prise de position commune avait eu lieu le 17 avril 1940, lorsque la Pologne, la France et l'Angleterre signèrent l'Appel Formel et Public à la conscience du monde. Ce document ayant seulement une valeur déclarative, ne fut qu'une manifestation politique limitée et une stigmatisation générale de l'occupation allemande. Après la deuxième guerre mondiale et ses atrocités nazies, on assista à une nouvelle prise de conscience jamais observée auparavant, notamment après les événements génocidaires en ex-Yougoslavie et au Rwanda. Pour la première fois, les droits pénaux européens vont se pencher sur des notions telles que la purification ethnique ou le plan concerté de destruction massive. La sanction des atteintes extérieures à la procréation humaine peut donc se situer dans un contexte d'atteintes collectives. Elles peuvent être directement liées à une situation de guerre (Section 1), ou être liées aux nouvelles technologies qui offrent des espoirs médicaux, mais également des inquiétudes d'ordre éthique (Section 2).

SECTION 1
Le plan criminel et l'atteinte projetée

525. L'adaptation des droits pénaux nationaux aux crimes de la deuxième guerre mondiale. Avant la deuxième guerre mondiale, les crimes massifs, bien que collectifs, ne sont encore pas dénommés comme génocides. En 1944, Monsieur R. Lemkin propose le terme *« génocide »*[911] pour définir les crimes contre l'humanité perpétrés par les nazis contre les peuples juif, slave et tzigane durant la deuxième guerre mondiale. Selon cet auteur *« par génocide, nous entendons la destruction d'une nation ou d'un groupe ethnique »*. L'atteinte projetée par l'auteur est donc précieusement encadrée, mais ce n'est pas le cas du mode d'exécution, qui suppose seulement la planification préalable. Le mode de transposition des dispositifs répressifs des crimes massifs rapproche les deux systèmes pénaux par la ratification des conventions internationales. La Pologne a incriminé les crimes nazis dans le Décret du 31 août 1944 relatif à la répression des criminels nazis coupables des crimes commis sur la population polonaise, les prisonniers et les coupables de crime de trahison. Il convient de souligner que cette dernière disposition était limitée, temporaire et liée exclusivement aux crimes perpétrés par les criminels nazis. Ensuite, la Pologne a ratifié le 18 juillet 1950 la Convention des Nations Unies du 9 décembre 1948[912]. Cette prise de position a entraîné deux conséquences. D'un côté, la Pologne a déclaré son abrogation de l'Accord de

[911] R. Lemkin se référait à la grecque *genos* : la naissance, l'espèce et du latin *caedere* : tuer, massacrer
[912] La Convention relative à la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, Journal des Lois 1952, n° 2, p. 9

Londres du 8 août 1945, même si contrairement à la France, elle ne faisait pas partie des Alliés[913]. D'un autre côté, la Convention de 1948 a servi en Pologne, tout comme pour les juristes français, à rédiger l'incrimination du génocide.

526. La définition des crimes contre l'humanité en droit français. Avant la deuxième guerre mondiale les crimes contre l'humanité ne faisaient pas l'objet d'une incrimination autonome. Les seules dispositions de l'époque étaient l'article 24 et 24 bis de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 relativement à l'apologie et à la négation des crimes nazis, puis l'ordonnance du 28 août 1944 relative aux crimes de guerre. Parmi les premières dispositions françaises relatives aux crimes contre l'humanité après la deuxième guerre mondiale figure la loi du 26 décembre 1964 tenant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. Cette solution a été reprise et élargie dans l'article 213-5 du code pénal qui dispose que cette imprescriptibilité concerne l'action publique relative aux crimes contre l'humanité, ainsi que les peines prononcées. Dans le nouveau code pénal de 1994, les crimes contre l'humanité sont incriminés dans les articles 211-1 à 213-5 du code pénal parmi les crimes et délits contre les personnes. Le législateur français a divisé ces crimes en deux catégories : le génocide dans l'article 211-1[914] comme une destruction planifiée et délibérée d'un groupe humain, et les autres crimes contre l'humanité dans l'article 212-1 comme une destruction massive et systématique d'une population donnée pour des motifs idéologiques..

527. La définition des crimes contre l'humanité en droit polonais[915]**.** Après la deuxième guerre mondiale, le droit polonais s'orientait vers l'imprescriptibilité des crimes commis par les nazis dans la loi du 22 avril 1967[916]. Ensuite, fut ratifiée la Convention sur

---

[913] Accord de Londres du 8 août 1945, Décret n° 45-2267 du 6 octobre 1954. Cet Accord a été signé par la France mais pas par la Pologne. Il avait instauré à Nuremberg un Tribunal militaire international chargé de juger les grands criminels de guerre des pays de l'Axe pour les crimes contre la paix, crimes de guerre et crimes contre l'humanité, in C. Sawicki, *Droit de Nuremberg*, Varsovie 1948, p. 531, Répertoire pénal Dalloz, étude : *Crimes contre l'humanité, génocide, crimes de guerre et d'agression*, novembre 2005

[914] Aux termes de l'article 211-1 du code pénal français : « *...constitue un génocide le fait en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe nationale, ethnique, raciale ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre des membres de ce groupe, l'un des actes suivants : atteinte volontaire à la vie, atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique, soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe, mesure visant à entraver les naissances, les transfert des enfants... »*

[915] Sur les crimes contre l'humanité en droit polonais : T. Cyprian, J. Sawicki, *Droit de Nuremberg, bilan et perspectives*, Varsovie-Cracovie, 1948, p. 480 ; D. Dróżdż, *La responsabilité pour des crimes collectives devant les tribunaux pénaux internationaux*, Éducation juridique 2010, n° 12 (120), p. 17-18 ; D. Dróżdż, *Crime contre l'humanité dans le droit pénal polonais*, Relations internationales 2012, n° 4 ; M. Wasek-Wiaderek, *Avis sur le projet modifiant le code pénal*, Bureau de Sejm, document n° 2387, p. 9 ; D. Dróżdż, *Crime de génocide en droit pénal international*, éd. Wolter 2010, p. 30

[916] La loi du 22 avril 1964 relative à l'imprescriptibilité des crimes commis par les nazis pendant la

l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968[917]. Ces règles internationales sont devenues des normes nationales. Elles ont été visées dans l'article 109 du code pénal de 1969, et postérieurement complétées par l'article 105§1 du code pénal de 1997 et par l'article 113 du même code depuis 2010. Après l'entrée en vigueur du code pénal de 1997, les crimes contre l'humanité ont été pénalisés pour la première fois. Depuis la dernière grande révision du droit pénal opérée le 20 mai 2010, le législateur polonais a introduit l'article 118a au sein du code pénal comportant pour la première fois la description du plan criminel et des crimes collectifs visant à détruire l'existence biologique d'un groupe. L'article 18§2 du même code mentionne parmi les crimes les conceptions forcées en vue de modifier la structure ethnique d'un groupe visé, la création des conditions de vie susceptibles de provoquer un génocide biologique, les violences sexuelles et les assassinats. Il semble, que ce nouvel article 118a du code pénal polonais a intégré les règles imposées par l'article 8 du Statut de la Cour pénal international.

528. La norme pénale sanctionne les atteintes collectives à la procréation associées et dissociées d'un conflit de guerre. Le plan criminel permet d'assurer l'efficacité de la violence massive planifiée. C'est à l'occasion de différents conflits, le plus souvent guerres mondiales, coloniales ou civiles, que sont perpétrés les plans de la violence directe. Même le développement du droit international humanitaire, après la deuxième guerre mondiale n'a pas permis d'éviter les représailles massives et les recours aux formes les plus primitives de destruction au cours des conflits intérieures, notamment au Rwanda et au Kosovo marqués par la détérioration transnationale et ethnique. Un acte collectif tel que la guerre met aux prises des collectivités politiques organisées comme l'État. L'entente criminelle vise ici l'obtention par la force de la soumission de l'adversaire. L'ancien premier ministre polonais et le rapporteur spécial des Nations Unies Monsieur T. Mazowiecki, écrit au début de 1993 à propos des événements en l'ex-Yougoslavie : *« des informations dignes de foi font état de viols en public, par exemple devant un village tout entier, pour terroriser la population et forcer les groupes ethniques à fuir »*[918]. Si une tactique de génocide massif peut être mise en place en temps de paix, elle conserve des apparences de légalité sous la forme d'une norme légale officielle. C'est le recours à une stratégie militaire qui marque la divergence entre le temps de conflit et de paix. Pour établir l'existence d'un conflit, il suffit amplement de constater que l'intervention directe de l'armée avait lieu. Comme a souligné Monsieur M.

---

deuxième guerre mondiale, Journal des Lois 1964, n° 15, position 86

[917] La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968, Journal des Lois 1970, n° 88, position 208

[918] T. Mazowiecki, ONU, E/CN, 4 /1995/90, p. 19

Muszkat, l'engagement du pouvoir législatif et juridique assure la commission des crimes par tous les instruments mis à leur disposition. La politique totalitaire est donc fondée sur des mensonges et la loi sert à les justifier. Il s'agit des normes législatives internes, des fonctionnaires de l'appareil public soumis au régime au pouvoir et des groupes sociaux *pro* gouvernementaux[919]. Lorsqu'il existe une difficulté de déterminer la nature réelle d'un conflit donné marqué par la multitude des auteurs, l'appréciation du lien entre les actes poursuivis et le conflit armé existant, le juge international peut faire recours à l'aide d'un critère bien formel tel que l'appartenance de l'auteur à une force armée d'une des parties au conflit[920]. Dans un premier temps, il faut envisager le caractère plus ou moins prolongé de l'usage de la violence armée et le degré d'organisation des parties en présence. Ensuite, c'est la participation personnelle de l'accusé dans le contexte de crimes organisés et systématiques qui constituent la *condition sine qua non*. Il faut que les actes soient liés géographiquement et temporellement au conflit faisant partie d'un ensemble de crimes. La difficulté de déterminer la nature peut être liée à l'attitude prise par l'État lui-même, lorsqu'il nie l'existence d'un conflit armé sur son sol en vue d'éviter l'application du droit de la guerre. En conséquence, il accorde une légitimité aux groupes armés qu'il combat à l'intérieur de ses frontières. Si l'existence ou non d'un conflit a pu déterminer la compétence d'un tribunal international[921], cette condition va disparaître dans l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale, elle n'est pas visée par les dispositions de l'article 211-1 du code pénal français ni 118a du code pénal polonais. Quelle est donc l'utilité de la description du conflit? On observe qu'elle peut servir principalement à l'identification et à l'analyse de la réalité criminelle accompagnant la commission de crimes. La norme pénale incriminant les crimes collectifs contre la procréation exige l'élaboration d'un plan criminel préalable (§ 1). Les crimes contre la procréation humaine sont dirigés contre un groupe déterminé en fonction de critères subjectivement établis. Ils visent la continuité existentielle de ce groupe humain (§ 2).

§ 1: Le mode opératoire particulier

529. La première définition incomplète et approximative du plan concerté. La notion *stricto sensu* du plan criminel était absente dans les textes conventionnels comme l'Accord de Londres du 8 mai 1945 et la Convention des Nations Unies du 9 décembre 1948 sur le

[919] M. Muszkat, *Les questions du droit international*, État et droit 1949, n° 3, p. 41
[920] H. Ascensio, R. Maison, *L'activité des tribunaux pénaux internationaux en 1998,* L'annulaire français de droit international, XLIV, 1998, p. 386
[921] Notamment pour le Tribunal militaire de Nuremberg et le TPI pour l'ex-Yougoslavie

génocide, publiée en France par le décret du 24 novembre 1950. C'est l'article 6c du Statut du Tribunal militaire de Nuremberg, qui formule pour la première fois le contexte nécessaire de l'opération criminelle comme *« l'élaboration ou l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot »* attaché à une politique d'hégémonie idéologique. La plan criminel préconçu est présent aussi bien dans la norme pénal français que dans la norme polonaise. Dans les deux systèmes, il s'agit d'un *« plan coordonné de différentes actions visant à la destruction de fondements essentiels de vie de groupes avec pour but l'anéantissement de ces groupes eux-mêmes »*[922].

530. Le plan concerté en droit positif français. Avant d'être introduite au sein du code pénal français, cette notion de *« plan concerté »* a été citée plusieurs fois par la jurisprudence, par exemple le 20 décembre 1985 dans l'affaire Klaus Barbie. Lors des travaux préparatoires du code pénal de 1994, l'exigence d'un plan concerté était destinée à dégager la spécificité du crime de génocide. Ce dernier doit s'inscrire dans le cadre d'une entreprise criminelle de grande ampleur ayant pour but la destruction planifiée et systématique[923]. Il semble, que cette référence à un critère objectif a été proposée en vue d'éviter toute confusion avec les agissements de moindre gravité. Cette conception a été finalement acceptée de façon explicite dans l'article 211-1 du code pénal de 1994. En conséquence, l'existence du plan doit être impérativement démontrée pour pouvoir appliquer la qualification du génocide. Citée au sein de la norme pénale, la concertation criminelle n'est pas qu'une notion juridique parmi d'autres, ni une infraction autonome, ni une circonstance aggravante. En revanche, c'est un élément essentiel d'une catégorie d'infraction bien particulière, à l'égard de la gravité et de l'ampleur. Son rôle consiste à la fois à la caractérisation plus précise des infractions poursuivies et à la distinction plus significative par rapport aux autres infractions de droit commun. Si le but d'un plan criminel reste la désignation d'une atteinte, ce n'est pas une atteinte singulière ou séparée, mais une chaîne de crimes contrôlés par un centre décisif. Selon Monsieur J.-F. Seuvic, c'est la volonté de *« particulariser techniquement »* ces agissements qui constitue un élément de distinction entre les crimes contre l'humanité et les autres infractions poursuivant, en droit commun, le même objectif criminel[924]. Ce dernier auteur évoque l'aspect d'énumération des crimes, sans aucune spécification à l'égard du résultat, qui de ce fait peut être aussi bien immédiat que déféré dans le temps. Il y a donc l'absence d'une hiérarchie des crimes selon la gravité poursuivie d'un groupe.

---

[922] G. Lopez, S. Tzizis, *Dictionnaire des sciences criminelles*, éd. Dalloz 2004, p. 193
[923] JO du Sénat, débat du 2 octobre 1991, p. 2545
[924] J.-F. Seuvic, *Variation sur l'humain comme valeur pénalement protégées*, Mélanges C. Bolze, éd. Economica 1999, p. 348

531. Le plan concerté en droit pénal polonais. L'article 118 du code pénal polonais de 1969 ne fait aucune référence à un plan criminel élaboré, il énumère les éléments matériels du crime. Ce plan est défini par un nouvel article 118a du code pénal qui est entré en vigueur le 8 septembre 2010[925]. Dans le nouvel article 113 du code pénal, le législateur polonais impose des poursuites pénales à l'égard des citoyens polonais soupçonnés d'être des auteurs de crimes devant la Cour pénale internationale et mentionnés par le Statut de Rome du 17 juillet 1998. La notion de « *plan criminel* » organisé et concerté au sens des droits français et international a été introduite au sein de l'article 118a, 124 et 126a du code pénal. Aussi bien en droit pénal français qu'en droit pénal polonais, le plan criminel préconçu constitue un élément d'incrimination des crimes contre l'humanité (A). Ce plan criminel méthodique peut être réalisé sous différentes formes (B).

A. Le plan criminel comme critère objectif

532. Présentation. Le plan préconçu reste un critère explicite d'incrimination en vertu des dispositions de la loi pénale française et depuis 2010 en droit pénal polonais. Dans une perspective internationale, le plan concerté a été initialement lié au conflit armé et plus particulièrement l'agression allemande lors de la deuxième guerre mondiale. L'efficacité pratique du plan est assurée de manière significative par la description de la qualité bien déterminée de l'auteur, qui va agir avec une concertation préconçue et méthodique, en vue de réaliser un plan adapté à son désir de destruction (1). Parfois, la concertation criminelle bénéficie d'un soutien étatique (2). Sa matérialisation est complexe vu l'objectif recherché. Elle exige à la fois la préparation préalable, un certain degré d'organisation et la répartition des rôles criminels (3).

1. La concertation criminelle et la volonté de détruire

533. Les éléments constitutifs de la concertation criminelle. La concertation criminelle en tant que phénomène complexe et dynamique, comporte deux étapes essentielles : la préparation criminelle et l'exécution. Ces éléments matériels sont classiques en droit pénal. Il convient donc de s'interroger sur la provenance de la particularité de cette concertation criminelle étudiée. La référence à ce *« plan concerté »* dans le Statut du Tribunal militaire de Nuremberg, dans l'article 211-1 du code pénal français et dans l'article 118a du code pénal

[925] La loi du 20 mai 2010 relative à la modification du code pénal et de la loi relative à la police, Journal des Lois 2010, n° 98, position 626

polonais souligne l'importance des agissements planifiés et coordonnés de manière organisée. Dans tous les cas, la phase d'exécution est précédée d'une politique de consultations et de décisions prises après réflexion. Ces travaux ne peuvent être accomplis effectivement que par un groupement structuré. Dans l'ensemble des textes, c'est la description qualificative de l'auteur qui constitue dans un premier temps, un élément de différenciation par rapport à des actes criminels *« ordinaires »*.

534. La notion de la volonté de détruire. La volonté de détruire se matérialise par la perpétration des actes de destruction discriminatoire dirigés vers le fondement, le cœur du groupe. Le dénominateur commun tient à la volonté de détruire la continuité existentielle d'un groupe, d'une race, d'une nation, de cesser leur l'existence biologique. Si l'ensemble des agissements criminels conservent la forme d'atteintes à l'intégrité physique de la personne, certains apportent des effets immédiats comme les purifications ethniques au Rwanda ou les conceptions forcées à KL Auschwitz. Les autres visent la destruction prolongée dans le temps, notamment par des viols procréatifs en l'ex-Yougoslavie et à Rwanda. L'intention génocidaire se manifeste, dans les deux systèmes pénaux, dans une double dimension : en tant que composante intellectuelle *stricto sensu* et en tant qu'élément qualificatif de l'infraction. Le plan criminel reste un facteur d'identification du dol spécial, soit par référence au plan, soit à la politique préconçue et plus large. La *« massivité des effets destructeurs »* visée dans l'acte de l'accusation contre Radovan Karadzic et Ratko Mladic, est justement l'une des manifestations de l'intention génocidaire[926]. Mais l'individu faisant partie de l'entente criminelle collective peut être également animé par un mobile personnel comme la perspective d'un profit économique, d'un avantage politique, d'une certaine forme de pouvoir ou même d'une intention de perpétrer le génocide *stricto sensu*[927]. Dans cette hypothèse, la qualification de crime contre l'humanité est retenue en France lorsque le mobile personnel de l'auteur singulier correspond à la destruction prévue par le milieu des dirigeants. L'auteur sait que le génocide est en cours. Pour Monsieur M. Muszkat, la connaissance du plan criminel général ne concerne pas dans l'absolu, l'ensemble des actes accomplis par les coauteurs. Mais selon lui, la réussite du plan est conditionnée par la connaissance et l'approbation générale de la direction prise par le milieu décisif[928]. La doctrine française évoque, à cette occasion, la notion de connaissance subjective couvrant les conséquences

[926] TPI pour l'ex-Yougoslavie, le Procureur contre R. Karadic et R. Mladic, affaire n° IT-95-5-R61 et n° IT-95-18-R61, examen de l'acte de accusation dans le cadre de l'article 16 du Règlement de procédure et de preuve, 11 juillet 1996

[927] A. Zakr, *Analyse spécifique du crime de génocide dans le Tribunal pénal international pour Rwanda*, RSC, 2001, p. 263

[928] M. Muszkat, *Les questions de droit pénal international*, État et droit 1949, p. 41

probables ou logiques des actes qui contribuent à la destruction du groupe.

535**. **La volonté de détruire défini par l'article 118a du code pénal polonais. Pour le législateur polonais, la volonté de détruire peut s'exprimer sous la forme d'actions concrètes ou par une instigation publique aux crimes. La première hypothèse est prévue directement par l'article 118a§1 et §2. Le paragraphe premier énumère les homicides, les atteintes graves à l'intégrité physique des personnes appartenant au groupe visé, enfin l'organisation du génocide biologique. Ces actes sont punis de 12 à 25 ans d'emprisonnement allant même jusqu'à la perpétuité. Selon le deuxième paragraphe, la volonté de détruire peut se manifester sous la forme de viols collectifs visant à modifier la structure ethnique du groupe agressé. L'article 126a du code pénal qui puni d'une peine privative de liberté de 3 à 5 mois la propagande publique des crimes collectifs inscrits dans l'article 118a du même code.

2. La politique étatique d'extermination

536**. **Un projet politique discriminatoire à l'origine de l'extermination projetée. L'analyse des différents conflits du XXème siècle permet de noter une similitude d'inspirations des plans étatiques. Le premier pas consistait en l'élaboration d'un projet politique discriminatoire qui, tout en cachant l'intention de génocide, se basait sur une justification idéologique. On retrouve ce type d'inspiration dans le projet de politique générale du parti nazi ou du parti nationaliste serbe. Les deux ont planifié la création d'un État ethniquement homogène. Le processus d'élimination commence par les déportations massives des indésirables. Le territoire d'un nouveau pays doit être absolument purifié. Par conséquent, le nettoyage ne se réduit pas à une simple expulsion : il doit être violent et méthodique. Pour Monsieur P. Levi, il existe une ressemblance entre les totalitarismes modernes et les régimes du passé. Car selon lui, l'État planifiant une politique d'extermination utilise toujours *« la propagande directe ou camouflée par l'éducation ou la culture populaire, le barrage opposé à la pluralité des informations, enfin la terreur »*[929].

537. Les plans d'extermination des nazis. La jurisprudence a évolué vers une interprétation élargie de la notion de « *plan concerté* ». Elle évoluait, sans doute, inspirée par les événements de la deuxième guerre mondiale. Dans un premier temps, le jurisprudence a rattaché cette notion exclusivement à l'État, puis à toute entente criminelle capable de préparer et de réaliser des atteintes à caractère collectif. En associant la perpétration des

[929] P. Levi, *Les naufragés et les rescapés, quarante ans après Auschwitz*, éd. Gallimard 1989, p. 29

crimes massifs contre la procréation à une dimension étatique, on admet l'existence d'une politique de l'État qui peut être définie comme une expansion par destruction. L'article 6 alinéas 2 du Statut du Tribunal Militaire de Nuremberg fixe sa compétence à l'égard *« des grands criminels de guerre des pays européennes de l'Axe »*. Dans un arrêt du 20 décembre 1985, rendu dans l'affaire de Klaus Barbie, la Cour de Cassation a défini les crimes contre l'humanité comme *« des actes inhumains et des persécutions qui, au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique »*[930]. Cette interprétation restrictive et limitée tient à l'origine des textes qui visaient la criminalité nazie. Sans précédent, le plan totalitaire nazi consistait à la construction d'une nouvelle Europe et non seulement à une simple destruction d'un groupe ou d'un État. Pour préparer l'espace vital, Adolph Hitler élabora le General Plan Ost visant l'expansion à l'Est à partir de la Pologne. Cette dernière a fait l'objet d'un Klein Planung dont la réalisation a été initiée en juin 1942 dans la région de Zamość. Ce plan prévoyait la limitation quantitative, puis la réduction à l'esclavage de millions de Slaves dans la période de 30 ans après la guerre. Un projet particulier a été préparé pour Varsovie. La création *« Die Neue Deutche Stadt Warschau »* a été prévue après la liquidation de ghettos en 1942. Le plan de Pabst s'inscrit dans la même ligne : selon sa mise en œuvre, la nation polonaise était destinée à être réduite au strict minimum, la capitale a pu être ensuite transformée en camp de concentration KL Warschau. Ces plans criminels ont été finalement dénoncés par Otto Paul Geibl, l'un des dirigeants SS, qui devant le Tribunal pour Voïvodie de Varsovie a confirmé le 25 mai 1954 la préparation de l'infrastructure criminelle destinée à l'extermination massive de la capitale polonaise[931]. Cet exemple permet de distinguer deux éléments simultanément présents. D'une part, il s'agit de la préexistence d'une politique planifiée nourrie par une idéologie ; d'autre part, il y a mise en place d'un projet délibéré dont la réalisation pratique bénéficie d'une protection plus ou moins explicite de la part d'une puissance, d'une autorité publique ou d'une organisation, selon la disposition du nouvel article 118a§1 du code pénal polonais. Il faut logiquement, que cette dernière soit réellement capable d'assurer l'efficacité du plan.

538. La politique étatique d'extermination après la deuxième guerre mondiale. La politique totalitaire contemporaine ne s'éloigne pas de celle de l'Allemagne nazie. On retrouve les traces de cette politique totalitaire dans les activités du régime de Khmers rouges qui ont camouflé les crimes commis sur le peuple cambodgien à partir de 1975. Dans l'affaire de

---

[930] Cass. Crim., 20 décembre 1985, III arrêt Barbie, Bull. Crim., 1985, n° 407

[931] A.-L. Szcześniak, *Le plan de la destruction des slaves*, Radom, éd. Polwen 2001

Tihomir Blaskic, le programme nationaliste et expansionniste de la Croatie et de ses alliés en Bosnie depuis 1993, avait décrit comme ayant pour objectif la volonté d'éradiquer la population musulmane[932]. C'est l'exemple d'un supérieur hiérarchique mis en cause au titre de la responsabilité pénale directe pour les crimes contre l'humanité, tels que des viols commis dans des zones de détention et finalement condamné pour la préparation et l'incitation aux actes caractérisant une opération criminelle généralisée et systématique. Ce cas de figure se trouve directement dans la nouvelle disposition de l'article 126b§1 du code pénal polonais qui prévoit la responsabilité d'un supérieur hiérarchique pour les crimes collectifs contre l'humanité. L'idée de rattachement à la structure étatique est présente dans l'ensemble des faits commis par les Serbes en Bosnie car *« leur commission se répète selon un schéma identique (...), ils sont planifiés et préparés à un niveau étatique. Ils paraissent avoir une fonction commune, qui est de perpétrer la constitution de territoires ethniquement purs et de créer un nouvel État »*[933]. Au sein du jugement rendu le 7 mai 1997 dans l'affaire de Dusco Tadic La Chambre de première instance a constaté *« les crimes contre l'humanité peuvent être commis pour le compte d'identité exerçant un contrôle de facto sur un territoire particulier mais sans la reconnaissance internationale ou le statut juridique officiel d'un État de jure, ou par un groupe ou une organisation terroriste »*[934]. L'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale définit l'auteur de l'attaque comme l'État ou l'organisation, en dépassant l'exigence d'une intervention étatique directe conformément aux dispositions des codes pénaux français. Il se rapproche donc de la disposition de l'article 118a du code pénal polonais qui précise qu'il s'agit soit d'un État, soit d'une organisation, voire une entente criminelle ou un groupement structuré en vue de commettre des crimes contre l'humanité. En conséquence, une telle généralisation dans l'identification de l'auteur autorise de retenir la responsabilité aussi bien des agents à la fonction publique agissant à titre officiel qu'à l'égard d'un groupe armé perpétrant des crimes à l'inspiration d'un pouvoir réel. On voit donc, que l'implication étatique permet de mettre en place des moyens de répression qui servent à assurer l'efficacité d'une politique d'extermination. La multiplication de contextes conflictuels dans lesquels les plans criminels d'extermination ont été mis en place, a conduit finalement à l'abandon de l'exigence de la politique étatique.

539. L'abandon de l'exigence d'intervention étatique dans la planification des crimes.

---

[932] H. Ascensio, R. Maison, *L'activité des tribunaux pénaux internationaux (2000)*, Annuaire français du droit international, XLVI, 2000, p. 305

[933] TPI pour l'ex-Yougoslavie, le Procureur contre R. Karadzic, affaire n° IT-95-5-R61, et contre R. Mladic, affaire n° IT-18-R60-90, le 11 juillet 1996

[934] TPI pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, affaire n° IT-94-I-T, jugement du 7 mai 1997

L'article 25-3 du Statut de la Cour pénale internationale n'impose aucune condition vis-à-vis de la forme du groupe en évoquant *« un groupe de personnes agissant de concert »*. L'implication de pouvoir étatique n'est plus exigée. En revanche, la qualification de crimes contre l'humanité consiste toujours, selon le Statut, à l'exclusion des actes commis à titre individuel et privés de toute directive ou l'encouragement de la part d'un groupement structuré.

3. La matérialisation du plan concerté

540. Le vocabulaire. La spécificité des atteintes collectives s'exprime par des conditions particulières relatives à l'action. Le plan criminel concerté est devenu un critère objectif direct d'incrimination en France et en Pologne. Il est désigné de façon multiple. Malgré que les termes utilisés pour sa description soient variés, ils ne devraient être analysés séparément, car il y a une complémentarité des notions qui les place dans une interaction réciproque. Les expressions appliquées sont donc : le plan, le complot, l'attaque. Dans l'affaire de Drazen Erdemovic, le juge international conditionnait des auteurs par la participation à une *« attaque généralisée et systématique contre un groupe relativement nombreux »*[935]. Le 21 mai 1996 le Tribunal pénal international pour le Rwanda a jugé qu'*« une attaque généralisée se caractérise par le fait qu'elle est dirigée contre une pluralité de victimes. Une attaque systématique s'entend d'une attaque perpétrée en application d'une politique, ou d'un plan préconçu »*[936]. Dans ce sens l'attaque quel que soit sa nature, n'a pas la même signification que le plan concerté et préconçu qui finalement est une notion englobant l'attaque criminelle collective. Cette dernière reste donc une manifestation matérielle du plan plus général, un élément parmi d'autres appartenant à une politique. Le nouvel article 118a du code pénal polonais évoque dans son paragraphe 1 la participation à *« une attaque massive singulière »* ou dans *« les attaques répétées dirigés contre un groupe de gens »*. On retrouve un raisonnement similaire dans l'article 7§2 du Statut de la Cour pénale internationale disposant « *le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle politique »*. Toutefois, la similitude du sens des termes tient à la répétition des actes qui n'étaient jamais dénués de préméditation. *« En effet, dans le cadre d'une même attaque, il peut avoir coexistence de*

[935] TPI pour l'ex-Yougoslavie, affaire Drazen Erdemovic, jugement du 7 octobre 1997 § 645
[936] TPI pour Rwanda, affaire Clemens Kayishema n° 95-1-T, jugement du 21 mai 1996 § 123

plusieurs crimes énumérées, par exemple, l'assassinat, le viol, et l'expulsion »[937]. L'article 211-1 du code pénal français et l'article 118a du code pénal polonais imposent, sans le viser directement, la répétition des actes criminels comme une condition relative à la constitution matérielle. Ce conditionnement par la répétition des crimes a été reconnu devant le Tribunal pénal international pour le Rwanda le 21 mai 1999[938].

541. L'élaboration du plan méthodique. Le terme systématique, la deuxième caractéristique alternative de l'attaque fait référence à un plan méthodique. A cet égard, il se rapproche de la nation de plan concerté plus, que de l'attaque généralisée. Ici les pratiques criminelles ne peuvent être que rarement les fruits du hasard à l'égard de deux arguments. Premièrement, on observe que les victimes relèvent systématiquement d'un même groupe et deuxièmement, le résultat recherché est systématiquement le même. Dans cette optique, une attaque systématique contre une femme, qui par sa fécondité est considérée comme une représentante symbolique de la société est donc une attaque contre l'ensemble de cette communauté. Elle sert à satisfaire un objectif poursuivi par l'agresseur à savoir la destruction de l'ethnie, de la caste, de la pureté d'une race (art. 118a §2 du code pénal polonais). Cependant, l'appréciation du lien entre l'attaque systématique et le plan concerté évolue dans la jurisprudence de manière significative. D'abord, le Tribunal pénal international pour le Rwanda considérait que *« le caractère systématique tient (...) au fait que l'acte est soigneusement organisé selon un modèle régulier, en exécution d'une politique concertée mettant en œuvre des moyens publics ou privés considérables (...). Il doit, cependant, exister un espace de plan ou de politique préconçue »*. Ensuite, l'interprétation devient beaucoup moins restrictive car *« le fait que l'attaque soit dirigée contre une population civile et le fait qu'elle était générale ou systématique sont les éléments constitutif du crime. Mais pour prouver ces éléments, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'ils résultaient de l'existence d'une politique ou d'un plan (...), ces éléments peuvent être prouvés autrement »*[939].

542. Une concertation opérationnelle méthodique. Le rapprochement entre la notion de l'attaque et du plan concerté pose l'exigence commune d'une préparation préalable ainsi qu'un degré d'organisation intérieure et la répartition des rôles criminels. En revanche, dans l'administration des preuves les deux notions s'éloignent. La difficulté principale tient donc à

[937] TPI pour Rwanda, affaire Clemens Kayishema et Obed Ruzindana, n° ICTR-95-1-A, Chambre d'appel du 1 juin 2001 § 122
[938] TPI pour Rwanda, affaire Clemens Kayishema, n° IT-95-43-R-61, jugement du 21 mai 1999
[939] TPI pour l'ex-Yougoslavie, le Procureur contre Dragoljub Kunarac, Radomir Kovar et Zoran Vukovic, affaire n° IT-96-23-A et n° IT-96-23/1-A, Chambre d'appel, arrêt 12 juin 2002 § 98

la démonstration d'une concertation opérationnelle méthodique. Elle semble être beaucoup plus problématique que la nature de l'attaque. Du fait, que l'attaque est une expression relativement générale. Elle reste, en conséquence, plus facile à démontrer. De plus, le juge peut se servir du caractère alternatif et non cumulatif de l'attaque. On observe, également, que la preuve de cette dernière se rapproche directement de la composition intellectuelle du crime, elle met plus d'accent sur les mobiles.

543. Quels sont les facteurs qui peuvent favoriser la réalisation des plans concertés visant des violences sexuelles en temps de conflit ? On peut citer plusieurs éléments, plus particulièrement la prolifération des armes légères qui sont utilisées comme des moyens directs de coercition. Ensuite, l'isolement des femmes privées de toute protection traditionnellement assurée par le tissu social doit être pris en compte. L'impossibilité de la résistance physique reste encore renforcée par la détérioration des mécanismes juridiques et sociaux, notamment l'impunité des crimes qui favorise une augmentation générale de la violence[940]. Les violences sexuelles directes accompagnées de menaces, de tortures et de traitements inhumains et dégradants, de la dégradation des conditions de vie et de la privation des soins médicaux sont expressément visés à l'article 118a du code pénal polonais comme des instruments de crimes collectifs.

544. La sélection préalable des victimes. Le projet criminel exige la sélection préalable des victimes. Dans la majorité des cas c'est la femme, porteuse de l'espoir de l'avenir donc une composante essentielle d'un groupe, qui sera visée en premier lieu. Ces femmes sont prises pour des « *objets procréatifs* » destinés à transmettre une nouvelle identité désirée par les auteurs aminés par la volonté de créer un nouvel État. Cette hypothèse est particulièrement complexe, car l'assurance de la finalité du plan demande d'engager des mesures à la fois d'ordre physique et mental. Les effets peuvent être aussi bien immédiats que défiés. Par conséquent, le meurtre peut entrer dans la qualification des mesures visant à entraver les naissances *« lorsque la personne violée refuse subséquemment de procréer, de même que les mesures d'un groupe peuvent être amenés, par menace de traumatismes, à ne plus procréer »*[941]. Il est également possible d'imaginer que, dans une zone de détention, la mesure destinée à entraver les naissances au sein du groupe consiste à la séparation prolongée et délibérée. L'aboutissement des crimes sexuels massifs peut être encouragé de

---

[940] Ch. Lindsey-Curter, L. Anderson, F. Tiercier-Holst-Ronesse, *Réponse aux besoins des femmes affectées par le conflit armé*, Guide du CICR 2004

[941] TPI pour Rwanda, le Procureur contre Alfred Musema, affaire n° 96-13-T, jugement du 17 janvier 2000 § 166, p. 56

façon supplémentaire, par l'absence de prévention et de punition des actes. Une telle *« tolérance »* est très visible dans deux hypothèses. En premier lieu, elle peut constituer la caractéristique de la politique étatique de terreur mise en place par les officiers publics, comme c'était le cas du chef de la police de Bosanski Samac. Ce dernier a été jugé coupable d'avoir ordonné des violences sexuelles. Parmi lesquelles certaines très cruelles consistaient à la suppression violente des capacités procréatrices des hommes par le fait de donner des coups de pied dans des parties génitales. Les autres violences ont pris la forme de mutilations sexuelles par le fait de *« mordre le pénis à répétition »*[942]. En deuxième lieu, elle peut être constituée par les violences commises dans le contexte de la détention massive des victimes. Selon le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Dragan Nikolic, le commandant de l'un des camps, *« a abusé de son pouvoir vis-à-vis des femmes détenues de Susica. Il a personnellement emmené des femmes de tous âges du hangar les laissant à la merci d'individus dont ils savaient qu'ils allaient les violer »* [943].

B. La diversité des actes matériels

545. Présentation. Les plans criminels concertés visant à détruire les capacités procréatives peuvent être mis en place en temps de paix et de guerre, dans le cadre d'un conflit international, interne, ou même en dehors de tout conflit. Si le temps d'exécution reste indifférent pour la qualification du crime collectif, l'efficacité du plan criminel peut être assurée de façon très variée. Il convient d'étudier le phénomène de crimes *« légaux »* sous la forme des plans médicaux imposés par le pouvoir étatique (1), ce qui a conduit parfois aux crimes d'eugénisme collectif (3). Il convient de noter également l'existence des actes médicaux directement imposés par la justice de certains pays (2).

1. Les plans médicaux imposés par les pouvoirs étatiques

546. Les plans médicaux imposés en l'Europe avant et après la deuxième guerre mondiale. Les atteintes collectives à la procréation humaine prennent la forme d'actes médicaux planifiés et directement imposés à une certaine catégorie de personnes par une puissance légitime à savoir le pouvoir étatique ou la justice. Préalablement à l'implantation dans un système législatif donné, les inspirateurs d'une telle politique cherchent à trouver une

[942] TPI pour l'ex-Yougoslavie, le Procureur contre Stavan Todorovic, affaire n° IT-95-9/1-S, Chambre de première instance, jugement portant condamnation du 31 juillet 2001 § 38
[943] TPI pour l'ex-Yougoslavie, le Procureur contre Dragan Nikolic, affaire n° IT-94-2-S, Chambre de première instance, jugement portant condamnation du 18 décembre 2003 § 194

justification idéologique et obtenir l'appui du monde scientifique. C'est après les résultats obtenus qu'on constate le succès des tentatives législatives cherchant à introduire les plans médicaux contraignants aux États-Unis, en Allemagne nazie et en Scandinavie. Elles n'ont été jamais introduites en droit française et en droit polonaise. L'idée de la coercition n'est pas totalement étrangère dans le monde médical, ni exclusivement liée au XXème siècle. C'est justement au siècle dernier qu'elle se développait remarquablement grâce à la protection des pouvoirs étatiques cherchant à satisfaire leurs aspirations idéologiques, politiques ou sociales. En France les premières théories sur la sélection de la race humaine sont apparues à la fin du XIXème siècle, proposées par Monsieur J.-A. Gabineau[944] Dans son ouvrage intitulé *« L'essai sur l'inégalité des races »*, il se prononçait en faveur d'une supériorité de la race nordique, il réclamait la destruction des races inférieures ou leur réduction à la fonction d'animaux domestiques chargés uniquement de rendre service à la race nordique supérieure. Si ces opinions inspiraient largement le racisme allemand, elles n'ont jamais trouvé un véritable succès en France[945]. Les plans médicaux préconçus imposés durant le XXème siècle en l'Allemagne nazie et en Scandinavie étaient marqués par l'application permanente et massive de la coercition, le rejet absolu du principe du consentement libre et éclairé à l'acte médical, si valorisé en droit contemporain français et polonais. La contrainte s'adressait dans ces pays aux plus faibles à savoir les enfants, les femmes et les handicapés de toute sorte. Si les plans imposés avant et après la deuxième guerre mondiale ont bénéficié d'un certain soutien étatique, leur réalisation pratique était assurée par des dispositions d'une double nature. Dans l'ensemble de ces textes législatifs on observe la permission de la contrainte directe sous la forme d'une obligation imposée expressément par le texte de loi et la contrainte indirecte comme un dispositif légal conditionnant certains aspects du fonctionnement social de l'individu.

547. En France. Juridiquement, les impératifs médicaux resteront pour le législateur français et la Cour de Cassation un argument majeur en cas d'atteinte aux capacités procréatrices. Par conséquent, l'indifférence du consentement de la victime sera imposée en 1937 dans l'affaire dite *« Stérilités de Bordeaux »*. La loi française n'adoptait aucune disposition légalisant les stérilisations massives et interdisait jusqu'en 2001 la stérilisation non thérapeutique des personnes handicapées mentales. Depuis le 4 juillet 2001, la modification des dispositifs

[944] J. Piwowarczyk, *L'image du racisme allemand*, Journal populaire 1945, n° 29 ; J. Piwowarczyk, *Devant les temps nouveaux*, Journal social, Cracovie, éd. Le signe 1985

[945] L'eugénisme racial a été connu en France à travers d'ouvrage de Ch. Richet *La sélection humaine* publiée en 1912 et A. Carrel *Homme cet inconnu* publié en 1935, on note également existence d'une Société Française d'Eugénisme dont l'activité se limitait aux publications de presse sans conséquences législatives

relatifs à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception a permis le recours à la stérilisation des handicapés mentaux. L'acte médical de stérilisation contraceptive de personnes handicapées mentales reste cependant individuel et privé de toute coercition[946].

548. En Pologne. En 1918, les juristes et médecins polonais réunis dans l'Association Nationale d'Eugénisme ont déposé un certain nombre de propositions législatives, finalement rejetées par le parlement. Ils ont également formulé les postulats d'instauration de stérilisations obligatoires. Le profil des personnes choisies à la stérilisation rappelait beaucoup les inspirations nazies. Il s'agissait donc des alcooliques, des vagabonds, et des malades touchés d'une tuberculose ou d'une déficience intellectuelle. Le projet postérieur déposé en 1934 proposait des solutions beaucoup plus radicales faisant recours directement à une police eugénique chargée de vérifier l'état de santé avant le mariage. Sous le coup de nombreuses critiques, les travaux préparatoires de cette loi ont été finalement abandonnés. Docteur H. Hirscheld, célèbre médecin de l'époque opposé à la logique eugénique, évoquait le principe de la dignité humaine comme une barrière infranchissable rendant impossible le vote d'une telle législation. Il s'opposait à la stérilisation justifiée par le souci d'éliminer les maladies génétiques[947]. En Pologne aucune loi imposant la suppression forcée des capacités procréatrices n'a jamais été votée. Même actuellement, aucune stérilisation ne peut être effectuée sans raisons thérapeutiques, toujours avec un consentement préalable du patient.

2. Les actes médicaux imposés de force

549. Les actes médicaux imposés par la justice. Les premières applications des mesures visant à détruire la capacité de procréer étaient associées à l'idée primaire de vengeance, puis du châtiment public. Elles étaient adressées aux agresseurs sexuels. Deux formes de comportement humain étaient susceptibles d'entraîner une telle réponse pénale : les blessures corporelles et les pratiques sexuelles illicites. Les dispositions de la loi salique réprimait la castration d'un esclave pour une simple séduction de la servante d'autrui, elles semblent aujourd'hui particulièrement sévères, voire cruelles. Dans le Lévitique[948], la loi du talion situe la castration parmi les châtiments justes dans une formule *« castration pour castration »* car *« Si quelqu'un blesse son prochain, il lui sera fait comme il a fait : fracture*

[946] Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF, n° 156, 7 juillet 2001
[947] H. Hirscheld, *Droit à un patrimoine génétique en médecine par rapport à la loi sur la stérilisation,* Journal médical de la ville de Varsovie 1936, p. 134-141
[948] Lévitique, XXIV, 19-20

pour fracture, œil pour œil, dent pour dent »[949]. Puis on observe l'élargissement du champ d'application des mutilations sexuelles dans le cas d'adultère, de viol, de sodomie, d'homosexualité, enfin de pédophilie. Pourtant, les délinquants sexuels, n'étaient pas toujours exposés à une mutilation immédiate, qui a connu de nombreux substituts comme par exemple *« l'amputation du nez chez une femme adultère en Égypte pharaonien, peine prévue par l'une des lois médiévales de Canut »*[950]. Seules les peines physiques avaient des formes aggravées, comme la castration en cas de viol effectuéé sur une femme libre dans l'ancien Égypte[951].

550. La recherche de nouvelles justifications du recours aux actes médicaux à l'égard des délinquants sexuels se développe durant le XXème siècle. Les élèves européens de l'école moderne du droit pénal développent au début du XXème siècle un discours pouvant être jugé actuellement de pseudo-scientifique. Ils situaient les crimes sexuels parmi les phénomènes soumis aux lois de la nature, donc impossibles à soigner. Au nom de cette impossibilité, l'individu était condamné à l'avance et exposé aux moyens les plus radicaux comme la castration pour les violeurs et la stérilisation forcée pour les prostituées. Ces convictions deviendront une référence pour les eugénistes allemands comme professeur G. Aschaffenburg, qui estimait que les criminels mentalement inférieurs sont des « *parasites* »[952]. Une politique d'inégalité sera instaurée à l'égard des origines sociales. La punition de la prostitution des femmes issues des classes défavorisées se justifie par la conduite moralement contraire aux valeurs et à la morale bourgeoise. La prétendue déviation des prostituées trouvait ses origines dans la déficience intellectuelle déterminée par leur milieu social. Certaines de ces idées serviraient aux nazis dans l'élaboration de leur politique d'extermination des nations inférieures.

551. Les expériences médicales effectuées par les nazis en Pologne. Les expériences pseudo-scientifiques sur les capacités procréatrices ont été menées par les nazis à KL Auschwitz entre avril et juillet 1943. Dans le bloc 10 du camp, les recherches expérimentales étaient conduites sous la responsabilité du professeur Clauberg assisté par les autres professionnels de santé recrutés parmi les détenus. Le projet de recherche visant notamment les stérilisations collectives par injection bactérienne sur les femmes en âge de procréer. Les expérimentations sur la stérilisation aux rayons Roentgen, sous la

---

[949] J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF 2000, p. 24
[950] M. Erlich, *Les mutilations sexuelles*, PUF 1999 p. 103
[951] Répertoire Pénal Dalloz, étude: *Castration*, juillet 1995
[952] G. Aschaffenberg, était un psychiatre et professeur à l'Université de Cologne, il a édifié Monatchriffen fur Kriminalpsuchologie

responsabilité du docteur H. Schumann, se limitaient aux hommes prisonniers de guerre : Polonais, Français et Russes. Après la stérilisation les victimes du docteur H. Schumann avaient été soumises à la castration forcée. Si cette dernière opération causait une incapacité de travail, les victimes avaient été destinées à une élimination définitive dans une chambre à gaz. Un dernier pilier des expériences, beaucoup moins développé par des nazis, consistait à la fécondation artificielle pratiquée avec les méthodes jugées *« novatrices »* pour l'époque, à savoir l'absence d'anesthésie lors de l'opération et l'administration expérimentale des produits pharmaceutiques et chimiques appliquées jusqu'au décès du sujet. Dans cette perspective, le procès des médecins devant le Tribunal militaire américain de Nuremberg, qui s'était tenu du 9 décembre 1946 au 20 août 1946, a contribué de manière significative à l'élaboration d'un modèle contemporaine de protection des patients des expérimentations fondées sur une éthique médicale qui met le consentement volontaire du sujet au cœur de l'action[953]. Parmi les expérimentations humaines incriminées figuraient notamment les stérilisations de masse. Avec ce procès, la morale médicale fondée sur le serment d'Hippocrate a été réaffirmée comme *« l'attitude médicale de base »*[954], comme une notion universelle, générale et objectivement privée de toute connotation idéologique.

3. Le crime d'eugénisme collectif

552. La naissance de la politique eugénique avant la deuxième guerre mondiale. Malgré le fait que les tendances pro-eugénistes restent très fortes en Europe, c'est aux États-Unis qu'on note la mise en place des premières législations eugéniques. L'ensemble de ces lois se caractérisait par la volonté de réduire ou de détruire une catégorie déterminée de la population tout en élargissant le champ des interventions étatiques dans la vie sociale du citoyen. La loi votée en 1907 à l'Indiana instaurait les stérilisations forcées des malades héréditaires, élargies ensuite aux criminels. Parmi les autres actes touchant la sphère procréative, une place essentielle a été attribuée à l'interdiction des mariages et des relations sexuelles entre les personnes qualifiées eugéniquement inaptes. La multiplication des lois de ce type, notamment après 1937, encourageait le jugement de la Cour Suprême dans l'affaire Buck contre Belle qui a mis définitivement fin aux nombreuses hésitations quant à la conformité des pratiques eugéniques à la Constitution américaine. Ces dernières seront

[953] Sur le procès de Nuremberg : P. Amiel, F. Vialla, *La vérité perdue du « code de Nuremberg » : réception et déformation du « code de Nuremberg » en France (1947-2007)*, RDSS 2009, n° 4, p. 673-687 ; V.-B. Halouia, *Le procès des médecins de Nuremberg : l'irruption de l'éthique médicale*, Espace éthique 2007

[954] F. Bayle, *Croix gammée contre caducée. Les expérimentations humaines en Allemagne pendant la Deuxième Guerre Mondiale*, Commission scientifique des Crimes de guerre, Neustadt 1950, p. 1427

jugées légales au niveau fédéral[955]. La particularité de l'eugénisme américain, jamais notée en l'Europe, se traduisait par son caractère politique. Elle a servi comme un instrument de contrôle de l'immigration dans Restriction Imigration Act en 1924. Par conséquent, pendant de nombreuses années ces actes ont été massivement réalisés, même lors de la deuxième guerre mondiale et jusqu'en 1981. De plus, même après leur abrogation, aucune compensation financière n'avait jamais été proposée aux victimes de la part de l'État américain[956]. Alberta Sexual Sterisation Act de 1928 est un acte de la législation canadienne similaire à celle des États-Unis quant à sa nature contraignante. Il autorisait la stérilisation *« consentie »* des handicapés mentaux. La culmination la plus radicale aura lieu au Canada en 1937 lorsqu'un amendement a permis les stérilisations forcées des malades touchés d'une déficience mentale sans leur accord ni celui de leur tuteur[957].

553. L'eugénisme nazi. La particularité de l'eugénisme allemande tient à la fois à son ampleur sans précédents et à une totale déshumanisation de l'homme. Le droit à la libre procréation faisait l'objet d'un contrôle pratiquement sans limites. La politique officielle imposait la procréation des *« élus »* et interdisait la procréation des *« indésirables »*. Les mesures contraignantes ont largement gagné du terrain, notamment après la promulgation de la loi du 14 juillet 1933 relative à la prévention de la reproduction des maladies héréditaires. Appuyée sur l'efficacité et la solidité de l'appareil administratif, cette loi réglementait la sélection massive des personnes mentalement *« soupçonnées »* et des femmes dans la période de fécondité. Le décret d'extension du 26 novembre 1933 a élargi la catégorie des aliénés en traitant des asociaux, les prisonniers politiques classés comme des criminels dangereux, des délinquants sexuels et des récidivistes[958]. Il complétait également la liste des maladies héréditaires par une nouvelle catégorie : les homosexuels de sexe masculin. Leur maladie mentale n'était pour autant considérée comme une fatalité, au contraire elle a pu être soignée selon le choix du patient par la castration ou l'internement dans un camp de concentration. La sélection des victimes a été laissée à la compétence des Tribunaux de la santé héréditaire. Le caractère purement totalitaire de ces institutions était illustré par l'impossibilité de contester la décision du tribunal. En Silésie, habitée principalement par une population polonaise et d'origine polonaise, le souci de protéger la pure nation allemande a conduit à la création des

---

955 Les formes sont ici variées. Dans certains États comme Oregon et le Dakota du Nord les lois ont prévu la castration. Dans les années 30, plus de 30 États ont adoptées ces mesures contraignantes

956 E. Roux, *Darwinisme social et eugénisme*, l'article publié sur le site http://eficio.online.fr

957 Le plan canadien autorisait entre 1928 et 1972 la stérilisation d'environ 3 000 des personnes

958 La loi du 14 juillet 1933 relative à la protection et à la reproduction des maladies héréditaires disposait que les stérilisations forcées peuvent s'appliquer aux malades congénitaux, handicapés, schizophrènes, épileptiques, dépressifs chroniques, aveugles, sourds et muets

cartes généalogiques en vue de chasser les personnes handicapées ou de stériliser avec force les enfants *« idiots »* âgés de plus de 10 ans[959].

554. L'eugénisme en Scandinave. Les législations scandinaves ont légalisé les stérilisations des mineurs sans aucun consentement[960]. Jusqu'en 1975 la loi suédoise autorisait la stérilisation sous l'avis d'un tiers et dans *« l'intérêt »* du patient. Au Danemark la loi de 1934 sur la stérilisation prévoyait même la mise en place de commissions chargées d'organiser la sélection préalable des patients. Également le cas de la Norvège témoigne de la contrainte omniprésente s'appliquant aux handicapés mentaux. Ces dispositions législatives étaient d'autant plus injustifiées, que la loi norvégienne de l'époque ne définissait pas la déficience mentale[961]. L'eugénisme scandinave restait décentralisé, émanant des services et des institutions d'assistance à l'échelon local et souvent dépendant de la condition du corps médical. En Norvège, l'eugénisme servait d'un instrument de modernisation du pays. Dans certaines régions rurales touchées par les migrations vers les villes, les stérilisations étaient destinées aux personnes défavorisées et isolées. Les victimes étaient soumises à une sorte de chantage. La loi conditionnait l'obtention de certaines prestations sociales comme les aides de l'État, l'accès à l'avortement, *in fine* la suppression de la confiscation des droits parentaux[962]. Ces expériences scandinaves ont inspirées sans doute le programme de stérilisations forcées contre les Amérindiens imposé le 28 juillet 1995 au Pérou et dénommé *« Plan de santé publique »*. Son objectif de départ consistait à la diminution du nombre des naissances dans le secteur rural de la société péruvienne. En mai 2004 le journal *Le Monde Diplomatique* désignait cette action comme des *« festivals de ligatures de trompes »*. Il semble surprenant, que d'autres plans aient pu être mis en place encore récemment, notamment en Tchécoslovaquie contre les Gitans.

555. L'absence de la condamnation officielle de l'eugénisme collectif en l'Europe. Malgré une dimension remarquable, les plans criminels eugéniques n'ont jamais fait l'objet d'une condamnation pénale officielle de la part de la communauté internationale. Pour les Alliés, les crimes de nazis encadrés par la loi du 14 juillet 1934 relative à la prévention de la

---

[959] J. Salij, *Histoire du mépris pour les plus vulnérables*, En route 2005, n° 4, p. 3803 (journal en ligne)

[960] La Suède a autorisé les actes médicaux à l'égard des personnes de moins de 12 ans d'âge mental, la Finlande pour des personnes de moins de 14 ans d'âge mental. La législation eugénique a été votée en Suède en 1934 et abolie en 1976, elle a permis de stériliser plus de 62 000 personnes

[961] Par conséquent, la décision dépendait encore une fois d'un tiers comme le directeur de l'école, le tuteur ou le commissaire de police

[962] N. Roll-Hansen, *Eugenics and the role of science*, The Scandinavian case, in R. Mccornick, R. Mcbride, M. Agar, Northern light, northern darkness, Rethinking moderne art and politics in northern Europe 1890-1950, 2004

reproduction des maladies héréditaires ne contenaient pas les éléments constitutifs d'un acte criminel, ils échappaient à la compétence du Tribunal de Nuremberg. C'est uniquement grâce à l'abrogation des créateurs eux-mêmes, que ces lois inhumaines ne s'appliquent plus. Les dispositifs nazis ont maintenu leur place dans le système législatif allemand jusqu'en 1988. En Suède, elles seront abrogées en 1976. Pourtant, le cas suédois constitue un exemple noble, mais malheureusement unique dans l'histoire. Car l'exigence de clarification éthique a conduit là-bas à la création en 1997 de la Commission d'enquête chargée d'analyser l'ampleur véritable des actes. Les travaux de cette Commission ont confirmé la thèse de la contrainte injustifiée. Cette constatation a entraîné deux conséquences : le gouvernement suédois a reconnu la nature illicite des actes, puis en 1999 il a accepté d'indemniser les victimes jusqu'à 19 000 euros par personne.

556. Plan. Le plan criminel est un critère objectif des crimes contre l'humanité, mais la réalisation matérielle peut être différente selon le choix des victimes (§2).

§ 2 : La variété des actes matériels commis et le choix des victimes

557. Présentation. Les crimes contre la procréation humaine, très variés, ne peuvent être commis que contre un homme, représentant de la communauté humaine. Du fait, qu'ils sont massifs, ils doivent viser un groupe. C'est essentiellement la qualité de la victime qui reste un qualificatif central de la composante intellectuelle du crime. En matière de génocide *« on peut qualifier un seul meurtre de génocide, si l'intention est de détruire un groupe »*.[963] L'identification des victimes se fonde objectivement sur les critères mentionnés par la norme pénale et subjectivement sur le choix personnel du criminel. La notion de *« victime »* est définie par la norme pénale par l'articulation des critères distinctifs du groupe destiné à l'élimination (A).

558. La destruction d'un groupe visé la purification ethnique et le génocide biologique. L'anéantissement d'une partie des indésirables intervient sous les formes les plus inhumaines, telles que le génocide biologique et la purification ethnique d'un territoire. Il convient de s'interroger sur la provenance de la notion de *« purification ethnique »* parmi les autres

[963] H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, éd. Pedone 2000, p. 321

crimes de génocide collectif ? Les mots *« nettoyage »*, ou *« purification »* n'ont pas été intégré dans les codes pénaux français et polonais. Absente, cette notion ne fait également l'objet d'aucune pénalisation autonome. De ce fait, l'analyse des éléments constitutifs peut se faire par comparaison aux autres crimes de génocide aussi bien portant des atteintes à la procréation humaine, qui mettent en danger l'existence du groupe (B).

A. Les atteintes contre un groupe donné

559. Présentation. Le droit pénal protège, dans la qualification des crimes contre l'humanité, à la fois un groupe humain et son droit à la procréation, à la survie. La protection est accordée à ce groupe parce qu'il appartient à l'humanité. Exceptionnellement, le droit pénal protège cette pluralité des hommes privée de la personnalité juridique. L'identification du groupe à protéger est décisive, elle se fait par l'articulation pénale des critères distinctifs. Les crimes peuvent être dirigés à l'encontre de l'humanité entière (1), ou à l'encontre d'un groupe spécialement visé (2).

1. L'humanité, une victime collective

560. Les tentatives de définition. La notion *« d'humanité »* était associée initialement aux crimes de guerre. L'expression *« l'humanité »* était utilisée pour condamner le premier cas de génocide avéré de l'histoire contemporaine, les atrocités commises par la Turquie sur la population arménienne, le génocide reconnu par les États français et polonais. Avant 1945, aucune disposition n'apparaît dans le code pénal polonais de 1932. La position de la doctrine polonaise a repris les propositions des juristes occidentaux. Après 1945, un partage se manifeste progressivement parmi les juristes polonais, car certains comme Monsieurs L. Gelberg et S. Pławski critiquent l'inefficacité du procès de Nuremberg. Les autres dont Monsieur A. Sawicki, proposent une vérification de la ligne pénale à l'égard des effets pratiques d'application du Statut du Tribunal militaire international. Ces propositions ne seront pas prises en compte par le législateur. Par conséquent, la définition figurant dans la Charte du Tribunal sera directement par le législateur français et le législateur polonais.[964] Après la guerre et avant la ratification de la Convention sur le génocide, la gravité incomparable des dégâts nécessitait la conservation immédiate des preuves. Cette mission a été confiée à la Commission Spéciale instaurée par la loi du 10 novembre 1945. La chute du régime communiste en 1989 est devenue l'occasion pour les réflexions sur les crimes

[964] C. Sawicki, *Droit de Nuremberg*, Varsovie 1948

staliniens commis sur la nation polonaise pendant et après la deuxième guerre mondiale. En 1992, le Sénat polonais a préparé, notamment à l'initiative de Monsieur Z. Romaszewski, un projet de loi relatif aux poursuites des crimes staliniens entre 1944 et 1989. Ici la notion de génocide, traditionnellement réservée aux crimes nazis, a été utilisée pour la première fois à l'égard des autres crimes massifs. Néanmoins, cette tentative n'a pas abouti à une modification effective du code pénal. Les poursuites des criminels sont donc fondées, dans les deux pays, sur les textes internationaux : jusqu'en 1994 en France et 1997 en Pologne. Les lois française et polonaise se rapprochent actuellement par l'encadrement de l'humanité comme un concept juridique. Par ailleurs, les deux systèmes sont restés sous l'influence de l'évolution du droit pénal international, car la législation sur les crimes contre l'humanité s'émancipe du droit de la guerre, pour être postérieurement pénalisés sous la forme autonome. La doctrine polonaise, plus particulièrement Monsieur W. Kulesza, situe l'humanité parmi les notions abstraites. Aussi bien le droit français que polonais refusent d'attribuer à l'humanité une personnalité juridique similaire à celle dont bénéficient les personnes physiques, composantes individuelles de l'humanité.

561. Quelle est donc l'identification juridique de l'humanité ? Pour Madame M. Delmas-Marty, le *« crime contre l'humanité constitue en quelque sorte l'humanité en catégorie juridique »*.[965] Elle peut être considérée comme une notion générique désignant *« le genre humain, les gens en général, le nom collectif de l'ensemble qu'ils forment (...) l'essence de l'homme »*.[966] Selon l'analyse de Monsieur J.-F. Seuvic, l'humanité se distingue par *« l'humanitude »* qui constitue à la fois une caractéristique exclusive et une sorte de valeur collective méritant une protection pénale. Il en donne l'explication suivante : *« Comme la négritude, chère à Leopold Sédar Senghor, qui renvoie à la spécificité revendiquée des caractères, des manières de penser ou des sentiments propres aux peuples mélano-africains, l'humanité évoque fondamentalement la spécificité de la communauté humaine »*[967]. Mais si l'humanité n'a pas de personnalité juridique, quel est l'intérêt de sa protection ? Les juristes français, aussi bien que polonais, ont le même point de vue. Pour eux, à travers l'humanité on protège, une sorte de droit collectif dont la collectivité humaine en tant que telle est titulaire. Dans cette optique, l'ensemble des victimes individuelles devient une seule victime

[965] M. Delmas-Marty, A. Cassese, *Crimes internationaux et juridictions internationales, Valeurs communs de l'humanité*, PUF 2002, p. 61
[966] P. Truche, *Les crimes contre l'humanité : bilan et perspectives,* éd. Esprit 1992, p. 67
[967] J.-F. Seuvic, *Variations sur humain comme valeurs pénalement protégées,* Mélanges C. Bolze, éd. Economica 1999, p. 340

collective, le préjudice individuel devient commun[968]. C'est pour cette raison, qu'au regard de la classification tripartite des infractions, toutes les atteintes contre l'humanité sont poursuivies comme crimes, aussi bien en France qu'en Pologne. Car ils choquent particulièrement la conscience de l'humanité.

2. L'articulation pénale des critères distinctifs du groupe

562. La description pénale du groupe visé. L'action criminelle peut se manifester sous diverses formes, mais la victime est désignée de façon similaire dans le code pénal français et l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale, qui vise la population civile ; selon le législateur polonais c'est un groupe. Quel que soit la description, la nature réelle ou supposée d'appartenance doit être identifiée comme telle par les auteurs des crimes. Le plus souvent, il s'agit d'une invasion sur un territoire, et c'est pour cette raison que le droit pénal international reste marqué par la tendance de protéger le groupe en tant que population civile. Elle est visée par la Convention de Genève de 1949 et le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux du 8 juin 1977, Protocole I. Cette population ne participe pas activement aux hostilités, mais elle est prise dans un conflit armé. Les autorités rwandaises ont commis le génocide contre leur propre population. Même s'il s'agissait des citoyens, les victimes aient été considérées par les bourreaux comme des *« ennemis »*. C'est dans l'existence d'un groupe d'ennemis, que le mobile de la destruction se situe. Il *« est consacré comme un élément déterminant : le crime doit avoir été commis contre les individus identifiés spécifiquement pour cette raison »*.[969] Si les victimes sont caractérisées par leur appartenance ethnique, le mobile est animé par cette intolérance ethnique. Une parfaite illustration reste le Rwanda où les actions criminelles perpétrées visaient un objectif bien particulier, *« celui d'exterminer les Tutsis, choisis spécialement en raison de leur appartenance au groupe Tutsi, et non parce qu'ils étaient des combattants du F.P.R.. En toute état de cause, les enfants et les femmes enceintes ne sauraient par nature relever de la catégorie des combattants »*.[970]

563. Les critères distinctifs d'une communauté dont l'existence est indésirable. Le premier qualificatif commun pour le droit pénal français, polonais et international est la référence à la nationalité du groupe. Ce critère de la nation a été déjà établi par la Convention de 1948. Le

---

[968] P. Moutin, M. Schweitzer, *A propos des barreaux : criminels de guerre et criminels contre humanité*, RSC, 1995, p. 833
[969] TPI pour le Rwanda, affaire Rutaganda n° 96-3-A, Jugement du 10 décembre 1999§60
[970] Cité sur le site http://www.un.org/french/law/rwanda/accus.htm

groupe national peut être identifié comme uni par un lien juridique se fondant sur une citoyenneté commune. Cette conception objective de la nation est construite sur un sentiment d'appartenance. La nationalité d'un groupe reste encadrée par un contexte purement juridique. Mais l'expérience des mouvements ethno-nationalistes en l'ex-Yougoslavie prouve, que la catégorie de groupe national n'est pas exclusivement associée à un État : le groupe-agresseur peut être constitué par une collectivité majeure au sein d'un État donné et ce groupe attaque une minorité. En conséquence, il faut éviter une approche trop restrictive, qui risque d'exclure les minorités nationales privées de toute reconnaissance de la loi nationale et qui peuvent, comme le prouve l'histoire des nombreux conflits, être exposées aux actes de génocide. Monsieur M. Fleming et Madame J. Wojciechowska soulignaient l'importance de la distinction entre la notion de groupe national et de groupe ethnique. Pour le législateur polonais, le groupe ethnique doit être protégé même en absence de tout statut, plus particulièrement, lorsqu'il fait l'objet d'atteintes en raison de différences culturelles et linguistiques[971] L'article 118a§3 du code pénal polonais identifie le groupe destiné à détruire en fonction d'une longue série de critères raciales, nationales, ethniques, culturels, religieuses, l'inférence religieuse, les opinions et du sexe. L'article 211-1 du code pénal français précise que la destruction génocidaire concerne *« un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire »*.

564. Le critère d'appartenance ethnique : le cas du conflit du Rwanda. Le Rwanda est devenu une terre des massacres périodiques à partir de 1959 jusqu'en 1994. Dans le conflit rwandais et burundais l'homme singulier n'existait pas, mais des *« ethnies »*. La pensée raciste des colonisateurs a développé, selon D. Franche, une définition de l'ethnie comme *« c'est l'autre, le sous-développé, l'inférieur »*.[972] Le génocide rwandais précède une racialisation artificielle des Hutus et des Tutsis, les deux grandes composantes de la population. Les deux vivaient sur le même territoire, parlaient la même langue, partageaient la même religion et la même culture. La différence pratique tenait à la répartition des rôles sociaux, car les Tutsis étaient des éleveurs et les Hutus des cultivateurs. C'est par arrangement des mariages qu'on a pu différencier les deux groupes. Puis, la politique colonisatrice et ségrégative inspirait la sélection des élites. Elle favorisait l'ascension sociale et l'attribution du pouvoir aux grandes familles tutsies contrôlant le pays avec la bénédiction des autorités coloniales. Cette *« ethnisation »* a renforcé d'une part le sentiment d'appartenance à un groupe donné et a développé une logique d'affrontement ethnique. Une

[971] M. Fleming, J. Wojciechowska, *Les crimes de guerre, Les infractions contre la paix, État et défense. Chapitre XVI, XVII, XVIII du code pénal,* Varsovie, éd. C.H. BECK 1999, p. 48
[972] D. Franche, *Généalogie du génocide rwandais*, Paris 2004, p. 94

véritable culture de violence est mise en place. Puis elle est devenue une sorte de légitimation de la guerre civile. La particularité du génocide au Rwanda s'exprime par l'attribution unanime de la priorité à l'appartenance ethnique comme un instrument de la définition identitaire de l'individu. La nation était considérée comme artificielle, l'ethnie était considéré comme naturelle et primordiale.

565. La destruction d'un groupe « en toute ou en partie ». Après la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et pour l'ex-Yougoslavie, l'intention de la destruction du groupe en partie doit viser un nombre considérable d'individus par rapport à l'efficacité totale du groupe. L'éradication partielle peut se réaliser dans un espace limité. Au sein du jugement rendu le 14 décembre 1999, la Chambre de première instance *« constate qu'il est admis que le génocide peut être perpétré dans le cadre d'une zone géographiquement réduite »* car *« au regard de l'objet et du but de la Convention ainsi que l'interprétation ultérieure qui en a été donné, que la coutume internationale reconnaît la qualification de génocide même lorsque la volonté d'extermination ne touche qu'une zone géographiquement réduite »*. Cette dernière notion reste vaste car elle peut être représentée aussi bien par une région, une ville, ou même un village, en revanche cette zone aura toujours une importance stratégique pour les auteurs du génocide.

B. Les atteintes à la continuité existentielle du groupe

566. Présentation. Les crimes contre la procréation humaine poursuivis au titre du génocide prennent les formes des entraves à la naissance au sein du groupe bien particulier et des conceptions forcées principalement sous la forme du génocide biologique et de la purification ethnique. Naturellement, dans cette catégorie on retrouve, les viols procréatifs qui sont des crimes particuliers à l'égard de leurs conséquences physiques et mentales. En l'occurrence, le *dolus specialis* réside dans la tactique choisie par les bourreaux. La disparition du groupe entier la disparition partielle peut être causée par le génocide biologique (1), la purification ethnique (2), ou les viols procréatifs.

1. Le génocide biologique

567. La description générale du phénomène. Le génocide procréatif reste avant tout un crime mené contre la personne humaine et lié à l'appartenance de celle-ci à un groupe et non en raison de ses qualités individuelles. Cette appartenance est en soit une condamnation à

mort[973]. Les criminels cherchent à détruire un pilier symbolique du groupe, ce qui entraîne le déchirement de la structure familiale et sociale[974]. C'est pour cette raison, que la sexualité des adultes, leur capacité de procréer, de se reproduire et de se renouveler constitue les buts principaux des *« crimes de profanation »*, l'objectif final. Aussi bien les dispositifs français que polonais confirment explicitement cette analyse par le choix du vocabulaire visent les *« mesures visant à entraver les naissances »*. L'extermination systématique et planifiée est *« assurée »* par la diminution délibérée du nombre des naissances et par une intervention directe ayant pour but d'empêcher les naissances. L'article 118a du code pénal polonais contient une description précise du génocide biologique avec la création des conditions de vie visant à détruire l'existence biologique d'un groupe par la privation des soins médicaux et de nourriture jusqu'à la destruction ultime.

568. La notion de la « destruction génocidaire ». Si le mot *« détruire »* signifie faire disparaître à jamais, parmi les génocides reconnus il n'y a aucune destruction *« réussie »* définitivement. Aucun dispositif pénal ne précise le nombre des victimes, aucun barème n'est fixé. Bien que, le crime de génocide n'est pas subordonné à l'anéantissement du groupe entier, il sera mis en place déjà par accomplissement ou la tentative des actes ayant pour but d'anéantir ce groupe. Les textes des dispositifs pénaux français et polonais se rapprochent quant à la description de la destruction, et plus particulièrement, ils n'excluent pas l'hypothèse de la destruction totale *« car l'imprévisible l'inimaginable peuvent se produire »*. Le crime du génocide peut être associé aux grands déplacements, disparitions et les massacres de la population en cause. En revanche, la norme pénale ne vise pas la massivité des victimes comme une condition d'incrimination. Certains auteurs comme Monsieur H. Meyrowitz, envisagent la massivité comme une circonstance purement sociologique du phénomène des crimes contre l'humanité, et non pas un élément constitutif d'incrimination. Cependant, la particularité de la destruction génocidaire quel que soit son degré, s'exprime par la planification préalable. L'acte de l'accusation contre R. Karadzic et R. Mladic en date du 11 juillet 1996 *« l'efficacité de la destruction partielle ou totale du groupe n'est pas nécessaire pour conclure à l'existence d'un génocide, il suffit, que l'un des actes énumérés dans la définition soit perpétré, dans une intention spécifique »*. Les atteintes massives dirigées contre la procréation supposent simultanément la destruction purement biologique et une sorte de destruction mentale à la fois individuelle et communautaire. L'ampleur de la

[973] P. Drost, *The crime of state, Genocide,* vol. 2, 1959, p. 125 ; J. Mowena, *La victime des infractions contre les personnes,* thèse Paris V, 2002, p. 295
[974] R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe, Carnegie Endowment for International Peace*, Washington 1944, p. 79

destruction biologique dépend de la nature de l'acte commis. Néanmoins, les conséquences peuvent être des sévices gynécologiques. La première forme est présente dans l'ensemble des violences sexuelles comme par exemple les mutilations génitales, il s'agit des infections génitales visibles et intérieures, en cas de purification ethnique il s'agit des tentatives d'avortements provoqués après un viol (souvent l'auto-avortement), ou des demandes d'avortements thérapeutiques dans des états avancés de grossesse (en cas de refus, souvent les avortements clandestins).

569. La circonstance de la séparation prolongée. Le cas de génocide biologique conduit finalement à une dépopulation systématique : soit par la séparation forcée et prolongée des sexes, soit par la création des conditions dégradantes qui affectent gravement le cycle naturel de l'existence biologique. La séparation des femmes et des hommes était jugée particulièrement utile par le régime nazi. Selon A. Hitler, elle permettait la *« destruction complète de groupe et des races entières (...)»*. Il précisait dans son discours *« Il ne sera pas du nécessaire d'exterminer, je prendrai les mesures nécessaires pour amoindrir leur fertilité naturelle. Par exemple, je ferais séparer les hommes et les femmes pendant des années »*[975]. Postérieurement, les pratiques dans les camps de concentration ont été la manifestation réelle de cette idée génocidaire. La même stratégie a été mise en place en Bosnie-Herzégovine où les séparations forcées des femmes musulmanes ont été opérées lors de la prise des différentes municipalités par les forces serbes[976]. A cet égard, la situation de conflit, qu'il soit local ou international, favorise toujours la diminution des naissances. C'est à travers ces conflits qu'on peut remarquer les conséquences à long terme. Par exemple, il est possible d'imaginer une femme musulmane violée par des bourreaux et puis rejetée par son mari, ainsi qu'un homme gravement mutilé qui renonce à tous les rapports sexuels. Contrairement à l'idée de la dépopulation systématique, le génocide procréatif peut prendre des formes encore plus radicales ayant pour mission d'empêcher toute nouvelle naissance, des avortements et des stérilisations forcés. Si la séparation des sexes exige une isolation physique prolongée, les avortements et les stérilisations forcées poursuivent le même objectif.

570. La circonstance d'isolation collective. L'histoire polonaise apporte des exemples effrayants d'extermination de la population juive détenue dans des ghettos. La circonstance d'isolation quasiment totale a entraîné la diminution du nombre de nouveau-nés et des

---

[975] J. Mowena, *La victime des infractions contre les personnes*, thèse Paris V, 2002, p. 499

[976] La Cour Internationale de Justice, Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Bosnie-Herzégovine contre Serbie et Monténégro, l'audience publique du 2 mars 2006

accouchements prématurés ont causés une forte augmentation de la mortalité. En mai 1942, à Varsovie *« le nombre des décès dans les ghettos continue à osciller autour de 5 000 par mois. Voici quelques jours, un premier cas de cannibalisme dû à la faim a été enregistré. Dans une famille juive, le père et les trois enfants étant morts en quelques jours, la mère a mangé un morceau de l'enfant décédé le dernier, un garçon de douze ans. Cela ne pouvait de toute façon pas la sauver, elle est morte deux jours plus tard »*[977]. Ce témoignage montre à quel point la folie du nazisme a réussi à dégrader les esprits humains, les priver de tout espoir et *in fine* de détruire l'humanitude cette qualité exclusivement humaine. Des circonstances de détention collective inhumaine existaient aussi dans des zones d'occupation[978] pendant les événements en l'ex-Yougoslavie.

571. La mise en place préalable d'une propagande génocidaire. Dans la propagande nazie, l'utilité des actes abortifs a été justifiée de la manière suivante : *« Il faut par tous les moyens, en particulier la presse, la radio, le cinéma, ainsi qu'à l'aide de tracts, brochures et conférences, inculper à la population russe qu'il est nuisible d'avoir plusieurs enfants (...). On pourrait également faire allusion aux dangers que fait courir l'enfantement à la santé de la femme. Parallèlement à cette propagande, il faut déclencher une campagne en faveur des produits anticonceptionnels. Une industrie correspondante doit être crée. Ni la diffusion et la vente des produits anticonceptionnels, ni les avortements ne devront être poursuivis par la loi. Il faut même pousser à l'ouverture d'institutions spéciales pour les avortements, et former des accoucheurs et des infirmières à cet effet (...). La mortalité infantile ne doit pas être combattue (...). Les institutions telles que les pouponnières et les maisons d'enfants doivent être supprimées dans la mesure du possible »*[979]. Dans l'acte d'accusation émis le 11 octobre 2002 contre le général Mladic pour la complicité de génocide et la participation à une entreprise criminelle, le Procureur a donné une description de la destruction programmée du groupe par *« la soumission des Musulmans de Bosnie à des conditions d'existence calculées pour entraîner leur destruction physique, par les faits de traitements cruels et inhumains, notamment les tortures, de mauvais traitements physiques et psychologiques, et des violences sexuelles »*[980].

---

[977] R. Hiberg, *La destruction des juifs d'Europe*, éd. Fayard 1988, p. 233

[978] Les mêmes cas ont été constatés pendant l'occupation allemande en Lituanie constatés par une commission gouvernementale extraordinaire soviétique, Le procès-verbal du Conseil de Sialias en Lituanie, La réunion du Conseil du 24 mars 1943, Jewish Book Commitee, The Black Book, New York 1946, p. 331 et s.

[979] Mémorandum du Dr. Weizel, in J. Mowena, *La victime des infractions contre les personnes*, thèse Paris V, 2002, p. 302-303

[980] TPI pour l'ex-Yougoslavie, Affaire Procureur contre R. Mladic n° IT-955/18-I, l'acte de l'accusation modifié du 11 octobre 2002 § 34, al. c

572. Le degré de destruction génocidaire. Lorsque la destruction du groupe est partielle, il se pose le problème de la proportion qui doit être *« suffisante »* pour pouvoir constater l'existence du génocide biologique. La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux vise *« une partie substantielle »*. Ce qualificatif recouvre de nombreux aspects. Sans doute, la substantialité focalise, en premier lieu, l'attention des auteurs. Dans un contexte tel que le conflit ethnique, les femmes et les enfants constituent une composante essentielle du groupe. Cette quantité à la fois symbolique et représentative assure la pérennité. Le résultat le plus tragique du génocide procréatif reste la mort de la victime. Lorsqu'elle constitue une conséquence directe, la destruction devient totale, définitive. Un concours particulier des circonstances précède souvent le résultat final qui dépend parfois de la nature de la relation entre la victime et son agresseur. Lorsque la résistance au viol intervient de manière directe, il y a une augmentation automatique de la brutalité des sévices infligés. Par la suite, la mort de la victime peut résulter des mutilations des organes génitaux soit, plus généralement, de l'ampleur des violences physiques subies par la victime. Dans de nombreux cas, la mort peut *« constituer la conséquence irrémédiable et directe d'une résistance de la victime à son agresseur qui se « venge » de son refus en lui donnant ainsi intentionnellement la mort, un tel acte a été rapporté par la Commission des experts des Nations Unies, dans le rapport mentionnant les cas lorsque des gardiens ont tué des femmes qui opposaient une résistance et ce, souvent face à d'autres prisonniers »*[981]. Parfois, l'élimination définitive résulte du choix de la victime elle-même comme illustre Monsieur T. Mazowiecki dans son rapport relatif à la prise de Srebrenica et sur la situation des droits de l'homme en l'ex-Yougoslavie. Le 22 août 1995, il mentionnait devant la Commission des droits de l'homme le cas d'une jeune fille de quatorze ans qui s'est donnée la mort après un viol commis sur elle par des soldats serbes. Cette tragédie n'était pas l'unique[982].

2. La purification ethnique

573. Le contenu de la notion. Les expressions *« nettoyage ethnique »* ou *« purification ethnique »* sont apparues pour la première fois non pas dans la loi, mais dans le vocabulaire diplomatique. Elles ont été employées dans de nombreux textes politiques, plus

[981] Rapport final de la Commission des Nations Unies, Document S/1994/674, 28 décembre 1994 § 230, p. 5

[982] Rapport sur la situation des droits de l'homme sur le territoire de l'ex-Yougoslavie soumis par T. Mazowiecki, Rapport spécial de la Commission des droits de l'homme, Document E/CN4/1996/9, 22 août 1995 § 45, p. 10

particulièrement, les résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies[983]. Les Résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies ont fait une référence explicite à la pratique de la purification ethnique à l'occasion des événements en ex-Yougoslavie. On notera que la Résolution 820(1993) du Conseil de Sécurité en date du 17 avril 1993, fait appel à la responsabilité pénale individuelle pour *« ceux qui commettent, ont commis ou ont ordonné de commettre »* le *« nettoyage ethnique »*. Peu après, l'existence du crime a été directement reconnue par la Résolution 827(1993) du 25 mai 1993 portant Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, où le Conseil de Sécurité se dit *« gravement alarmé »* et précise que la pratique du *« nettoyage ethnique »* consiste à acquérir et à conserver un territoire. La palette des actes relevant de cette notion est vaste, elle englobe aussi bien des viols procréatifs que des avortements forcés. *« Dans le conflit qui a éclaté sur le territoire de l'ex-Yougoslavie des actes inhumains ont pris la forme de la pratique dite du « nettoyage ethnique » consistant en « des actes inhumains d'une extrême gravité, tels que l'homicide intentionnel, la torture ou le viol, commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile quelle qu'elle soit, pour des raisons nationales, politiques, ethniques, raciales, ou religieuses »*[984]. On voit donc, que l'industrie meurtrière mise en place par A. Hitler n'a pas disparu et que les massacres ethniques ont pu apparaître de nouveau avec force notamment en l'hiver 1992-1993 en Bosnie et en 1994 au Rwanda. Dans tous ces cas, il y a un élément d'unité sous la forme de présence d'un projet politique, d'un plan préalable concernant une tactique génocidaire bien particulière.

574. La particularité intentionnellement liée à la localisation du crime et le processus de sélection des futures victimes. Si le génocide biologique ne met pas autant l'accent sur l'aspect du territoire touché par les massacres, ce n'est pas le cas de la purification ethnique. Pour la Commission des experts des Nations Unies, le nettoyage a pour but d'assurer l'homogénéité ethnique en utilisant la force ou l'intimidation pour faire disparaître de la zone en question des personnes appartenant à un groupe déterminé[985]. A titre d'exemple on peut évoquer le projet politique serbe qui ne prévoyait aucun territoire pour les minorités des ennemis. Dans cette hypothèse, le nettoyage ethnique de la population civile restait désigné par des critères administratifs et politiques du régime précédent cherchant à *« équilibrer les nationalités sur le territoire gouverné. Le juge international affirmait, que dans ce contexte,*

---

[983] Résolution 47/21 du 18 décembre 1992, Document officiel NU CES E/CN4, sub. 2/RE/1993 du 20 août 1993

[984] Le rapport du Secrétaire général sur le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie soumis au Conseil de Sécurité le 3 mai 1993, Rapport S/25704§48

[985] Rapport spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, UN Document A/47/666 et S/24809 du 17 novembre 1992

les déportations massives pouvaient être interprétées comme le premier pas dans un processus d'élimination »[986]. Le désir de préserver la pureté ethnique se trouve donc au centre des préoccupations des dirigeants, qui cherchent avant tout à *« sauver »* leur pays du danger et de l'anomalie que sont les minorités ethniques. En revanche, il diffère radicalement de la notion de l'échange et du transfert de populations. Dans ce sens, le transfert en Allemagne des populations allemandes restant en Pologne ne constitue aucune forme de nettoyage du territoire polonais après la deuxième guerre mondiale, car il n'était qu'une conséquence de la décision commune prise à Postdam en 1945 par les gouvernements victorieux des États-Unis d'Amérique, de l'Union Soviétique et du Royaume-Uni s'estimant dépositaires de l'autorité en Allemagne et légitimés à forcer les Allemands à quitter leurs foyers.

575. Le but recherché : la modification de la structure ethnique. Malgré la massivité des attaques et parfois la similitude de mobiles, la purification et le transfert forcé de population s'éloignaient par leur but final. Si un aspect territorial reste bien présent dans la constitution du crime, on peut s'interroger sur la nature de la relation entre ce dernier avec un conflit armé ? J.-P. Akayesu a exclu le motif de conflit militaire en justifiant l'extermination des Tutsis par leur appartenance raciale et non parce qu'ils étaient des combattants des Forces patriotiques rwandaises[987]. La même prédominance de l'intention purement génocidaire confirmait Monsieur T. Mazowiecki, dans son rapport pour la Commission des droits de l'homme constate *« que le nettoyage ethnique en Bosnie-Herzégovine n'était pas une conséquence de la guerre, mais bien le but de celle-ci »*[988]. La politique d'épuration dirigée contre les groupes bien définis utilise la force en tant que moyen pour parvenir au but et pas comme une fin en soi. Le territoire de l'ex-Yougoslavie marqué par la mixité des populations n'a pas pu être transformé en un État ethniquement homogène que par la suppression des indésirables. R. Karadzic s'exprimait directement sur cette question en disant : *« les enclaves musulmanes ne sont pas viables et doivent disparaître. Autrement nous les feront disparaître par la force (...) Les musulmans et la communauté internationale doivent accepter le fait que ce pays est totalement serbe »*[989]. Cette déclaration met définitivement fin à tous les doutes sur le caractère de la stratégie politique des auteurs. Sachant donc quelle est la nature de la

[986] TPI pour l'ex-Yougoslavie, le Procureur contre
[987] TPI pour Rwanda, le Procureur contre J.-P. Akayesu, n° ICTR-94-4IT, Chambre de première instance, jugement du 2 septembre 1998§125-126
[988] La Cour internationale de Justice, affaire relative à l'application pour la prévention et la répression du crime de génocide, Bosnie-Herzégovine contre Serbie-Montenegro, l'audience publique du 2 mars 2006
[989] Déclaration à la presse de R. Karadic en juillet 1995 citée dans la décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Procureur contre R. Karadic et R. Mladic ° IT-95-5-R61 et n° IT-95-18-R61, 11 juillet 1996§36

finalité, c'est-à-dire la préservation de la pureté ethnique, la force et les actes inhumains accompagnant le nettoyage ne servent qu'à augmenter l'efficacité de l'action. Cette dernière constitue une circonstance commune de la purification ethnique et du génocide biologique, une finalité qui est la destruction d'une proportion considérable du groupe[990]. Un deuxième élément introduisant une différence significative est la sélection des victimes. La vocation principale du génocide biologique quelle que soit sa forme est, sans doute, la destruction d'un groupe. En revanche, la purification ethnique atteint une finalité alternative liée à *« l'utilité »* de la victime. Cette dernière sera éliminée directement, mais dans le cas, où les bourreaux envisageant la victime comme *« encore utile »*, elle va être *« assimilée »* par le viol procréatif, en devenant un outil reproductif. La stratégie des viols en masse peut s'interpréter, à la fois, comme une forme cruelle de vengeance, d'humiliation des victimes et simultanément d'entrave à la constitution d'identité de celle-ci. Car dans une société traditionnelle, telle qu'était le cas du Rwanda et l'ex-Yougoslavie, l'identification ethnique se base fondamentalement sur l'identité des membres masculins[991]. C'est exclusivement, des hommes-voleurs, qui vont chercher la modification ethnique. Par conséquent, l'épuration n'épargne aucune catégorie de la population civile, mais elle ne concerne pas l'ensemble de la communauté, comme c'était le cas du projet nazi à l'égard de la nation juive. Les exemples de Vukovar en novembre 1993 et de Srebrenica en juillet1995 illustrent parfaitement la stratégie du programme de la purification qui après l'invasion de la ville consistait à la séparation des hommes entre 16 et 60 ans des femmes et des enfants. Puis les centres de détention et les maisons d'isolement ont été instaurés.

3. Le viol procréatif comme méthode de purification ethnique

576. Le viol procréatif comme instrument de guerre. Dès l'Antiquité, le viol constituait un élément intégral des conflits et les femmes, victimes dans ces conflits guerriers, étaient considérées comme les butins des soldats. Le corps de la femme était un *« terrain de bataille »* à conquérir au même titre d'un village ou une ville. En 1385, le roi Richard II d'Angleterre a puni, pour la première fois, le viol commis en temps de guerre d'une pondaison[992]. Durant le XIXème et le XXème siècle, les viols de la guerre servaient à éradiquer l'ennemi, le viol était une tactique élaborée de la conduite des conflits. L'article 228

---

[990] Selon la Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies 49/10 du 8 novembre 1994 relative à la situation en Bosnie-Herzégovine, la purification est une compagnie persistante et systématique du nettoyage ethnique assortie des meurtres, viols, tortures et autres traitements inhumains

[991] L. Daligant, *L'extermination culturelle par le viol systématique en Bosnie*, in *Le Tribunal pénal international pour la Haye, le droit à l'épreuve de la purification ethnique*, éd. Harmattan 2000, p. 137

[992] S. Brownmiller, *Le viol*, éd. Stock 1976, p. 45

du Traité de Versailles de 1919 a autorisé de juger les auteurs des viols, mais ces criminels n'ont pas été effectivement traduits en justice. Au cours de la seconde guerre mondiale, le viol était le signe extérieur de la domination nazie et l'un des éléments de la *« Solution finale »*. Les viols perpétrés dans le ghetto de Varsovie étaient des instruments d'affirmation de supériorité de la race et de sexe des bourreaux[993]. En France, le viol servait pour neutraliser les membres de la Résistance au même titre que les tortures. Ainsi, plus de 100 000 femmes auraient été violées pendant cette période[994].

577. La notion de viol procréatif. Le viol procréatif est une sorte de viol collectif qui peut être défini par son objectif criminel d'une part, et par ses conséquences d'autre part. Les conceptions forcées ont un double objectif : un objectif individuel qui consiste à satisfaire les envies sexuelles du bourreau et un objectif plus global qui s'inscrit dans la logique même de la purification ethnique et qui vise à remettre en cause la survie d'un groupe. Ce groupe choisi tient un territoire convoité par les criminels. Le viol comme méthode de purification ethnique a deux conséquences : la conception forcée et la naissance d'un enfant issu de cette conception. L'article 7g du Statut de Rome mentionne pour la première fois classe parmi les crimes contre l'humanité *« grossesse forcée, stérilisation forcée et toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable »*. Les viols systématiques en temps de guerre sont donc des éléments de terreur au service d'une politique d'épuration ethnique, d'une agression délibérée. Ils visent la liberté sexuelle d'un humain et ils menacent l'autonomie existentielle d'un groupe humain.

578. Les viols procréatifs perpétrés en ex-Yougoslavie. L'existence de ce type de pratiques a été reconnue par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie à plusieurs reprises et plus particulièrement dans l'acte de l'accusation contre R. Karadzic et R. Mladic. Le juge international déclarait en 1996 : *« certains camps étaient spécialement consacrés aux viols dans le but de la procréation forcée d'enfants serbes, les femmes étant souvent détenues jusqu'à ce qu'il soit trop tard pour avorter (...). Il apparaît que l'objet de nombreux viols était la fécondation forcée »*[995]. Le procès du *« camps des viols de Foca »* est la première affaire devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie portant entièrement sur des crimes de violences sexuelles utilisés comme instruments de terreur à l'égard de la population

---

[993] I. Sadowski, *Viol de guerre*, Mémoire de DEA de Sciences Criminelles, Nancy II 2002/2003, p. 17
[994] I. Sadowski, *Viol de guerre*, Mémoire de DEA de Sciences Criminelles, Nancy II 2002/2003, p. 18
[995] TPI pour l'ex-Yougoslavie, le Procureur contre R. Karadic et R. Mladic, n° IT-95-5-R61, et n° IT-95-18-R61, Examen de l'acte de l'accusation dans le cadre de l'article 61 du règlement de procédure et de preuve, 11 juillet 1996§64

féminine. Pour la première fois dans l'histoire de la justice pénale internationale, les viols collectifs des civils en temps de guerre ont été qualifiés de crimes contre l'humanité. Au sein du jugement rendu le 22 février 2001, le juge international a confirmé le caractère systématique des viols perpétrés sur les femmes bosniaques et causés par leur appartenance ethnique, leur confession religieuse et parce qu'elles étaient des femmes. Si la détention peut favoriser la nature massive des atteintes, dans l'affaire Dusco Tadic le nombre restait indifférent à condition, que la détention appartienne à une offensive relevant un degré d'organisation. Le Tribunal précise donc « *le rassemblement de la population dans les différents points de la ville puis le transfert dans des centres de détention, les interrogations, les violences, les meurtres, commis selon un procédé toujours identique et sur un bref délai de temps, établissent le caractère massif ou systématique de l'attaque* »[996]. Les bourreaux ne se contentaient pas de perpétrer des viols multiples et collectifs. Ils organisaient de véritables spectacles sexuels avec les militaires, parfois accompagnées par des pratiques sexuelles extrêmement humiliantes comme des fellations forcées devant un membre de la famille. Le contexte d'épuration ethnique lors de l'exode de la population civile peut favoriser le recours à la criminalité sexuelle intensive qui devient ainsi le moyen tactique de génocide[997]. L'auteur bénéficie de cette circonstance d'exode massif pour commettre les attaques collectives durant la fuite des femmes. Les victimes sont sexuellement exploitées notamment lors des viols collectifs. Le stratagème des criminels consiste parfois à la subtilisation préalable des femmes à laquelle on propose la protection ou la libération en échange de faveurs sexuelles[998].

579. Les viols procréatifs perpétrés au Rwanda. L'aperçu des violences au Rwanda permet de distinguer trois types de viols : les viols au cours des arrestations, les viols de l'exode et les viols des femmes de *« butins de guerre »*. Dans cette perspective, les plans préconçus peuvent se déduire par la désignation préalable des listes des victimes. Violées avant d'être tuées, les femmes étaient emprisonnées dans les maisons isolées. Souvent après avoir satisfait leur besoins sexuels, les agresseurs massacraient leur corps de manière sadique. La concentration des victimes dans la situation rwandaise apporte des illustrations modernes mais similaires avec les crimes dans les ghettos situées en Pologne pendant la deuxième

[996] TPI pour l'ex-Yougoslavie, Affaire Dusco Tadic n° IT-94-1-T, le jugement du 14 décembre 1999, § 653
[997] Cette hypothèse est prévue par la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés adoptée en 1951 qui s'applique à toute sorte des persécutions commises dans les camps des réfugiés dès qu'elles sont basées sur un aspect sexuel. L'article 33(1) de la Convention impose le principe de non-refoulement de la personne dans les cas où elle risque de faire l'objet des graves violations
[998] Haut-Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés, Ligne directe pour la protection des femmes réfugiées, Genève juillet 1991, p. 29

guerre mondiale. Car dans les deux cas il s'agit de l'isolation dans des quartiers généraux en ville. Les groupes des soldats-violeurs, encouragés par leur leaders, ont commis des viols collectifs juste après les accouchements des femmes en milieu hospitalier ce qui provoqua naturellement de nombreux décès. Les violences sur les corps des femmes décédées étaient également perpétrées.

580. Les conséquences pour les victimes. La constitution du crime exige, pour la première fois et de manière explicite, la détention illégale d'une femme mise enceinte de force dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population. Cette circonstance est exigée par l'article 118a§2 du code pénal polonais. Si la grossesse est la conséquence du viol, les conséquences psychologiques seront particulièrement effrayantes au sein de la société musulmane attribuant à la réputation de la femme une place essentielle qui détermine non seulement le statut social de cette dernière, mais également de sa famille. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda, dans le jugement rendu le 21 mai 1999, a insisté sur le fait que le viol procréatif constitue une réelle menace d'infamie de la part de la communauté d'origine, il *« devrait handicaper au point de l'empêcher de constituer une unité socialement utile ou une unité socialement existante du groupe »*[999]. Par conséquent, le traumatisme sera renforcé, voire aggravé par la stigmatisation de la part de la communauté natale de la victime. De plus, la grossesse devient source de dilemme intérieur, qui souvent persiste tout au long de la vie de la femme. Confrontée à un choix dramatique et douloureux, la femme reste déchirée entre plusieurs alternatives, dont le désir de garder son enfant, ou la volonté de demander un avortement pour se débarrasser de cette *« chose étrangère »* ou enfin abandonner l'enfant[1000]. L'atteinte la plus grave est le sentiment de la perte totale de contrôle sur les décisions et les fonctions corporelles les plus intimes et les plus personnelles[1001]. Cette perte de contrôle concerne également la paternité de l'enfant créant un brouillage de l'identité et une forte probabilité de rejet par la communauté ethnique de la mère car l'enfant a été conçu par le père-ennemi. Les victimes subissent les atteintes à la liberté de procréer, leur dignité humaine est également violée. La détention entraîne une victimisation particulièrement agressive, la suppression totale du sentiment d'autonomie et l'état de dépendance absolue. La soumission et l'obéissance sont totales. La concertation massive des victimes se manifeste par la multiplication des formes et la massivité des actes répétés. Elle

[999] TPI pour le Rwanda, le Procureur contre C. Kayeiehema et O. Ruzindana, n° ICTR-95-1, Chambre de première instance, II, jugement du 21 mai 1999§107
[1000] W. Styron, *Le choix de Sophie*, éd. Gallimand, coll. Folio, Paris 2005
[1001] Rapport final de la Commission des Nations Unies, Document S/1994/674/add. 2, vol. V, 28 décembre, Viol et agression sexuelle, §25, p. 12

peut être considérée comme l'élément d'un plan préconçu, plus particulièrement lorsqu'elle est réalisée dans les différents endroits spécialement aménagés pour accomplir des violences bien précises. La victimisation est donc double : directement liées aux violences subies et indirectement par le regard porté par l'entourage de la victime. Selon l'UNESCO, les survivantes du génocide au Rwanda ont donné naissance de 2000 à 5000 enfants et en ex-Yougoslavie de 1000 à 2000 enfants[1002].

581. ***Plan***. Les atteintes collectives contra la liberté de procréer peuvent apparaître dans un contexte de guerre, mais également en dehors de tout conflit armé. Il convient d'étudier les dangers liés à l'application des nouvelles technologies biomédicales lorsqu'elles sont susceptibles porter des atteintes au patrimoine génétique de l'humanité (Section 2).

[1002] http://www.unesco.org/courier/1998_08/fr/etthique/txt1.ftm

SECTION 2
L'atteinte collective et la bioéthique

582. L'homme : entre le désir de préserver son humanité et le potentiel de la génétique. Le droit pénal évolue vers l'élaboration d'un statut protecteur de la qualité de l'espèce humaine, il veille en quelque sorte à *« humaniser la recherche médicale »*. Son objectif consiste à intégrer, selon Monsieur A.Vitu, *« dans la législation pénale des modifications que subissent les civilisations »*[1003] et de poser *« les interdits fondamentaux qui sont la condition même de toute vie en société »*, selon Monsieur F. Desportes[1004]. Il ne définit pas légalement et explicitement des notions fondamentales telles que l'espèce, le gène ou encore l'embryon humain. En revanche, il renvoie directement ou indirectement aux constructions inscrites dans le code de la santé publique et des protocoles des recherches médicales. Cette protection consiste donc à développer une réaction pénale aux techniques nées de la génétique, pour que *« l'homme ne devienne pas une malédiction pour lui-même »*[1005].

[1003] A. Vitu, R. Merle, *Traité de droit criminel*, vol. I, éd. Cyjas 1997, n° 7 ; Sur la relation entre le droit et la génétique en droit français : D. Bourg, *L'homme au service de la technique ?*, La Documentation Française, édition spéciale, Science et société 01/02/2000, p. 4 ; A. Guidicelli, *Génétique humaine et Droit, à la découverte de l'homme*, thèse de Poitiers, 1993 ; M. Gobert, *Médecine, Bioéthique et Droit*, éd. Economica 1999 ; A. Prothais, *Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique*, RSC 2000, n° 1, p. 39-56 ; A. Guidicelli, *Le droit pénal de la bioéthique*, LPA 14 décembre 1994, n° 149 ; G. Mémeteau, *Les lois de bioéthique : cinq ans après, Première et rapide lecture du rapport du Conseil d'État*, Médecine et droit 2000, n° 41; S. Hennette-Vauchez, *Le droit de la bioéthique*, éd. La Découverte 2010, p. 79 ; S. Hennette-Vauchez, (sous la dir.) Bioéthique, Biodroit, Biopolitique, Paris, éd. LGDJ 2006, p. 101 ; A. Claeys, *Les recherches sur le fonctionnement des cellules humaines*, Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifique et technologiques de 2006 ; P.-L. Fagniez, *Cellules souches et choix bioéthiques*, La Documentation Française 2006 ; C. Labrusse-Riou, J.-L. Baudouin, *Produire l'homme, de quel droit ?*, Paris, éd. PUF 1987 ; M. Morange, *La génétique, science humaine*, éd. Belin, Paris 2004, p. 104 ; R. Ogien, *Le clonage n'est pas un problème moral*, Raison publique 2003, n° 1, p. 83 ; J. Testart, *De l'éprouvette au bébé spectacle*, éd. Bruxelles 1984 ; I. Zulian, *Le gène saisi par le droit, La qualification de la chose humaine*, éd. PU d'Aix-Marseille 2010 ; D. Tsarapatsanis, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, éd. PU de Paris Ouest 2010 ; C. Jobard-Bachelord, *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, coll. Partage du savoir, Paris 2001 ; P. Bloch, V. Depadt-Sebag, *L'identité génétique de la personne, entre transparence et opacité*, Paris, éd. Dalloz 2007 ; M. Cymes, R. Depoix, *Les clés de la génétique*, Paris, éd. Jacob-Duvernet 2001 ; F. Bellivier, P. Egea, *Les chemins de la liberté, petite leçon de biopolitique*, Dalloz 2004, 10, p. 647; H. Bleaut, *Le clonage humain*, Revue responsabilité juin 2001, p. 19 ; G. Cohen-Jonathan, *Progrès technique et droits de l'homme*, RTDH, 2003, p. 723 ; P. Descamps, *Enfants clonés, enfants damnés ?*, Dalloz 2004, p. 1819 ; J.-S. Caylas, *Interdiction du clonage par le Conseil de l'Europe*, RDSS, 1998, p. 283 ; M. Delmas-Marty, *Faut-il interdire le clonage humain ?*, Dalloz 2003, 37, p. 2518 ; M.-P. Peis-Hitier, *Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine*, Dalloz 2005, chronique, p. 865 ; A. Heymann-Doat, *Génétique et droits de l'homme*, éd. Harmattan 2000 ; P. Fraisseix, *La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaines dans le domaine de la biomédecine : l'exemple de la Convention d'Oviedo*, RIDC 2000, p. 371 ; J.-P. Thomas, *Les fondements de l'eugénisme*, PUF 1995 ; C. Bachelard-Jobard, *L'eugénisme, la science et le droit*, éd. Le Monde-PUF 2001 ; J. Habernas, *L'avenir de la nature humaine, Vers un eugénisme libéral ?*, éd. Gallimard 2002 ; J. Gayon, D. Jacobi, *L'éternel retour de l'eugénisme*, éd. PUF 2006

[1004] F. Desportes, F. Le Gunehec, *Le nouveau droit pénal*, vol. I, éd. Economica 2008, p. 1

[1005] H. Jonas, *Le principe de responsabilité : une éthique pour la civilisation technologique*, 1979 ; M. Bena, *Infractions pénales et génétique*, Mémoire de DEA de Droit Privé, 2000/2001, Nancy II, p. 81

583. La génétique offre une double perspective. Si les procédés génétiques sont réalisés sur les supports singuliers tels qu'un gène, un embryon, un utérus, leur conséquences touchent globalement toute la communauté humaine. D'une part, il existe un risque parfaitement réel de façonner les gènes humains par les manipulations génétiques eugéniques, d'inventer les moyens de donner la vie par des voies contraires, de produire les chimères animales et humaines, enfin de créer des clones correspondant à des catégories préalablement établies à partir d'éléments, qui échappent à des critères médicaux et éthiques officiels. La sélection génétique remplace ici les différentes discriminations déjà pénalisées. D'autre part, la place de la génétique dans le procès pénal et civil semble être de plus en plus considérable. Car les recherches génétiques permettent de soigner les maladies autrefois incurables, de reconstruire les organes et même de produire le sang à partir des cellules du cordon ombilical. Cependant, l'objectif de protéger pénalement l'homme contre les dérives du progrès génétique ne peut être réellement atteint, que si la réaction du législateur permet d'incriminer efficacement les comportements déplorables, auxquels la génétique peut aboutir. Les périmètres de cette protection pénale sont alors établis afin d'atteindre des objectifs à la fois préventifs que curatifs. Dans tous les cas de figure, il s'agit de préserver la condition humaine et d'éviter le réductionnisme génétique de l'homme par la science biomédicale. Le dénominateur commun des deux systèmes juridiques est le refus de considérer l'embryon humain comme un matériel purement biologique. C'est pour cette raison, que les embryons ne peuvent être produits à l'échelle industrielle ni en France ni en Pologne. Même si la loi polonaise condamne seulement implicitement le clonage humain, la doctrine française et la doctrine polonaise se basent souvent sur les mêmes arguments d'ordre éthique. Le progrès des techniques médicales permettent d'exploiter le potentiel génétique de l'homme. Mais face à ces possibilités, le droit tente de protéger le patrimoine génétique de l'humanité contre les manipulations génétiques pour notamment préserver l'identité singulière de l'espèce contre le clonage reproductif et les mélanges entre les différentes espèces (§ 1). Les atteintes exceptionnellement permises au patrimoine génétique de l'homme sont celles ayant soit un caractère diagnostic soit une vocation thérapeutique (§ 2).

§ 1: Les atteintes prohibées au patrimoine génétique de l'humanité

584. Présentation. La réaction normative sert à *« appréhender l'homme dans sa globalité, y compris dans son identité génétique, et de se prémunir contre des manipulations qui*

pourraient affecter les caractéristiques de l'espèce humaine »[1006]. La modification eugénique des caractéristiques génétiques susceptible d'affecter l'espèce humaine, donc de la descendance héréditaire, peut intervenir de trois manières : par le clonage reproductif, la thérapie génique germinale et par la transgénèse. Le danger n'est plus potentiel, mais bien réel. Car, comme souligne Madame M. Delmas-Marty, cette instrumentalisation concerne la volonté individuelle de la personne, dont le patrimoine génétique est prédéterminé par ces manipulations génétiques. Par conséquent, la liberté de choix et la maîtrise d'évolution des générations futures seront considérablement réduites[1007]. L'espèce humaine est doublement menacée : par les manipulations génétiques (A) et par la perspective du clonage (B).

A. L'identité de l'espèce humaine menacée par les manipulations génétiques

585. Présentation. Le regard de la loi sur les pratiques eugéniques, très négatives, évolua progressivement avec le développement de la génétique humaine. Elles peuvent aussi bien servir à améliorer l'espèce humaine, qu'à altérer sa diversité par l'intervention des scientifiques. Désormais, il est possible de distinguer deux catégories de ces pratiques collectives. Les premières fondent l'objet d'une condamnation pertinente et explicite au sein de l'article 16-4 alinéa 2 du code civil sous la forme sélection de personnes. Les deuxièmes sont incriminées par le droit pénal, l'article 214-1 du code pénal dispose : *« le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tenant à l'organisation de la sélection des personnes »*, l'article 214-2 du même code sanctionne le clonage reproductif[1008] (1). En revanche, le droit français ne comporte aucune qualification pénale explicite relative à la thérapie génétique germinale (2).

[1006] M. Sapin, *Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le Code civil*, Document de l'Assemblée Nationale, 25 mars 1992, n° 2599, exposé des motives

[1007] M. Delmas-Marty, *Faut-il interdire le clonage humain ?*, Dalloz 2003, n° 37, p. 2518

[1008] Sur le clonage en droit français : M. Delmas-Marty, *Faut-il interdire le clonage humain ?*, Dalloz 2003, 37, p. 2518 ; M. Delmas-Marty, *Interdire et punir : le clonage humain ?*, RTDH 2003, 53, p. 437 ; J.-P. Renard, X. Vignon, *Le clonage : état de l'art*, Pour la science janvier 2001, n° 279, p. 40 ; J.-P. Renard, *Transfert de noyaux et différenciation cellulaire : l'apport du clonage à l'étude des cellules souches embryonnaires*, Bulletin Académie Nationale de Médecine 2000, n° 6, p. 1155 ; M. Revel, *La reproduction par clonage : un nouveau défi pour l'éthique génétique*, Les Cahiers du Conseil consultatif national d'éthique 1997, n° 13, p. 10 ; F. Joignot, *Clonage humain : portes ouvertes sur l'aventure*, Le Monde, 2 janvier 2001 ; B. Mathieu, *Pour reconnaissance de « principe matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme*, Dalloz 1995, chronique, p. 211 ; R. Andorno, *Le clonage humain face au droit*, RGDM 2000, n° 4, p. 7 ; A. Kahn, F. Papillon, *Copies conformes, le clonage en question*, éd. Nil 1998 ; H. Atlan, M. Augé, M. Delmas-Marty, R.-P. Droit, N. Fresco, *Le clonage humain*, éd. Seuil 1999 ; A. Sotiaux, *Le droit de la biologie humaine, vieux débats nouveaux enjeux*, éd. Ellipses 2000 ; M. Delmas-Marty, N. Zhang (sous la dir.), *Clonage humain, droits et sociétés*, vol. III, Société de législation comparée 2005, p. 87 ; C. Auffray, *Le génome humain*, éd. Flammarion 1996 ; A. Jacquard, *Les hommes et leur gènes*, éd. Flammarion 1994 ; Comité Consultatif National d' Éthique, *Génétique et médecine, de la prédiction à la prévention*, La Documentation Française 1997

1. La prohibition expresse des manipulations eugéniques face aux choix procréatifs

586. La prohibition générale de l'eugénisme collectif. Le crime d'eugénisme constitue avant tout une menace, un risque de porter atteinte à la spécificité génétique de l'espèce humaine. Car c'est précisément cette particularité génétique qui distingue l'homme des autres espèces. Accepter l'eugénisme signifie s'opposer au développement naturel de l'homme, à sa socialisation qui peut ou pas stimuler sa créativité, sa résistance physique et même son épanouissement intellectuel. Cette négation de l'individualité humaine se trouvait au cœur du nazisme dans le IIIème Reich. Elle condamnait la reproduction des sous-hommes susceptibles de transmettre des défauts héréditaires et elle privilégiait *« une action de sélection artificielle institutionnalisée afin de compenser ces défauts »* et une reproduire des surhommes, des individus génétiquement perfectionnés en fonction des critères idéologiques[1009]. Le législateur français a situé, depuis la loi du 6 août 2004 sur la bioéthique, le crime d'eugénisme parmi les crimes contre l'espèce humaine et plus largement comme une manifestation des crimes contre l'humanité. Cette prohibition d'eugénisme est très sévèrement sanctionnée : de trente ans de réclusion criminelle et 7 500000 euros d'amende (art. 214-1 du code pénal ayant son équivalent dans l'article L.2151-1 du code de la santé publique), allant jusqu'à la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis en bande organisée (art. 214-3 du code pénal)[1010]. Au cœur de cette incrimination se trouve l'action collective préméditée, répétée de manière habituelle. Le vocabulaire choisi exclut donc la matérialisation par un comportement isolé ou encore un acte singulier d'initiative individuelle. Cette sélection génétique est ici le fruit d'une planification, d'un plan concerté et organisé en vue de porter atteinte à l'identité génétique de l'ensemble de l'espèce humaine, de la race, de la société donnée.

587. L'impact du profil génétique du futur enfant sur le choix procréatif des parents. Ni les diagnostics des embryons pré et postimplantatoires, ni les interruptions volontaires de grossesse ne devront être interprétés comme des formes modernes d'eugénisme sélectif. Car ils ne représentent pas un caractère général, systématique ni méthodique. Toute sélection

[1009] I. Zulian, *Le gène saisi par le droit, La qualification de chose humaine*, PU d'Aix-Marseille 2010

[1010] Le code pénal français puni le crime d'eugénisme très sévèrement en application de l'article 132-23 du code pénal relatif à la période de sûreté, l'article 215-1 du code pénal relatif aux peines complémentaires applicables aux personnes physiques, l'article 215-2 du code pénal relatif à l'interdiction du territoire français pour une durée de dix ans soit à titre définitif, les articles 131-38 et 131-39 du code pénal relatifs à la responsabilité des personne morales impliquées dans le crime, enfin l'article 215-3 du code pénal permettant la confiscation leur biens. L'article 215-4 du code pénal fixe le délai de prescription de l'action publique à trente ans.

eugénique positive, toute manipulation génétique destinée à améliorer l'espèce humaine est expressément interdite. Le droit pénal et le droit médical français et polonais se prononcent contre les interruptions sélectives de grossesse. Car ils encadrent juridiquement les examens dès la transplantation de l'embryon dans le cadre de la fécondation *in vitro*. Ils s'accordent sur le point qu'une simple existence de la pathologie n'est pas suffisante pour justifier la destruction de l'embryon ou du fœtus. Elle doit présenter un caractère incurable au moment du diagnostic.

2. Les cas de la thérapie génique germinale

588. La relativité de la prohibition. La thérapie génique germinale modifie le profil biologique de l'espèce humaine et transforme sa descendance. Elle *« consiste en l'introduction d'un gène dans le génome humain, à l'aide d'un vecteur viral, dans le but de prendre en charge les fonctions non assumées par le gène déficient*[1011]*. Elle suppose une intervention soit sur le génome au niveau des gamètes humaines en maturation (spermatozoïdes ou ovocytes), soit à un stade très précoce du développement d'un embryon, avant la première division cellulaire »*[1012]. Malgré les avantages thérapeutiques potentiels, ce type de thérapie n'est pas encore totalement maîtrisé. Vu la possibilité de modifier réellement la structure génétique, voire la transmission héréditaire, une limitation des interventions semble être indispensable. D'autant plus, que la grande complexité du processus rend encore impossible la maîtrise totale de cette thérapie. Elle n'est pas autorisée en France par la dernière révision de la loi de bioéthique du 7 juillet 2011 et reste toujours interdite en vertu de l'article 16-4 du code civil *« nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine »*. En revanche, sensible à certains arguments, tels que la liberté individuelle, les avantages potentiels grâce aux recherches et le droit à la santé, la Commission Environnement du Parlement européen entend réviser cette interdiction absolue. Dans sa Recommandation du 30 janvier 2007, elle s'est prononcée en faveur d'une prohibition plus relative de la thérapie génique germinale, en dépit même des règles d'ordre éthique.

589. Le risque de réduire l'homme à l'état « d'objet manufacturé ». Les manipulations génétiques comportent un risque direct de modification de la matrice génétique humaine en

---

[1011] M. Blumberg-Mokri, *La thérapie génique à l'aube européenne*, Europe, juin 2001, p. 3

[1012] I. Zulian, *Le gène saisi par le droit, La qualification de chose humaine*, PU d'Aix-Marseille 2010, n° 120 ; J.-F. Mattéi, *Éthique et génétique médicale, in Vers un anti destin ? Patrimoine génétique et droits de l'humanité*, (sous la dir.) F. Gros, G. Hubert, Paris, éd. Odile Jacob 1992, p. 84

provoquant la reprogrammation de l'ADN, et un risque indirect de détacher totalement la reproduction humaine et la procréation humaine naturelle. Cette deuxième hypothèse peut exister dans deux cas de figure. Dans un premier temps, le recours aux cellules souches embryonnaires pourra inspirer la création des spermatozoïdes et des ovocytes avec des caractéristiques génétiques *« choisies »* par les scientifiques. Ensuite, l'ectogénèse, à savoir le recours à l'utérus artificiel, semble être une procédure controversée sur le plan de l'éthique médicale. D'un côté, il est possible d'imaginer, que l'utérus artificiel pourra servir à des femmes souffrant d'une malformation de l'utérus et aux femmes qui ont subi une ablation. Ce type de patientes pourra placer dans cette procédure leurs espoirs d'avoir un enfant sans passer par une mère biologique porteuse. L'ectogénèse est, dans cette perspective, une action bénéfique utile même en tant qu'alternative éthique à l'avortement. D'un autre côté, le recours aux utérus artificiels pourra faciliter les planifions de grossesse, aussi bien son moment que le nombre d'enfants à naître, sans passer par un accouchement. La maternité devient dans cette perspective complètement détachée de l'organisme de la mère. Il est alors possible de proposer un certain nombre de contre-arguments. Cette technique comporte un risque d'automatisation de la fécondation et d'industrialisation de la procréation humaine associée même à une possibilité du clonage. L'enfant conçu sera enfin placée dans un environnement biologique détaché de la mère, donc privé de toute interaction, de tout échange nutritif avec cette dernière. Sociologiquement, l'ectogénèse risque de modifier définitivement la structure de la famille vue traditionnellement comme l'union entre une femme et un homme. Les deux sexes pourront désormais commander un enfant de façon indépendante. Par conséquent, *« l'utérus artificiel et le clonage reproductif constituent un seuil dans la dénaturalisation de la reproduction »*[1013].

B. L'identité de l'espèce humaine menacée par la perspective du clonage

590. Présentation. Les deux systèmes s'accordent sur le point, que notre espèce reste génétiquement inimitable. La notion « *d'espèce humaine* » est correctement intégrée en droit pénal français, elle est beaucoup plus présente dans la norme qu'en droit polonais. La condamnation pénale du clonage figure expressément dans le code pénal français parmi les sanctions contre les atteintes collectives telles que les crimes d'eugénisme et du clonage reproductif dans l'article 214-2 et parmi les sanctions dirigées contre la violation de l'intégrité

[1013] A. Debroise, *Utérus artificiel, Des chercheurs veulent y croire*, Science et vie, n° 249 hors-série : *Naître aujourd'hui, Les nouvelles manières de venir au monde*, décembre 2009, p. 141-145 ; A. Debroise, *L'utérus artificiel*, Points 2007 ; A. Debrois, *L'utérus, la technique et l'amour*, éd. PUF 2008

de l'embryon humain dans l'article 511-18 et 511-18-1 du code pénal. Les nouvelles entités peuvent être crées grâce aux nouvelles technologies, d'une part, il s'agit des clones (1), de l'autre côté il s'agit des êtres humains *« chimères »* (2).

1. Le clonage reproductif comme une atteinte à l'autonomie de l'homme et à l'intégrité génétique de l'espèce humaine

591. Clone, qui es-tu ? Le clone est pénalement visé dans l'article 214-2 du code pénal français qui dispose *« Le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500000 euros d'amende »*. La participation fait également l'objet d'une incrimination délictuelle au sein de l'article 511-1 du code pénal français, qui puni de 10 ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant-clone. L'article 511-1-1 du même code est une réponse pénale explicite à la dimension collective du clonage reproductif[1014]. La loi du 6 août 2004 a introduit dans le code de la santé publique l'article L.2151-3 disposant *« Un embryon humain ne peut être ni conçu, ni constitué par clonage, ni utilisé, à des fins commerciales ou industrielles »*. La création d'un clone, sans que sa naissance n'intervienne effectivement, est fondamentalement contraire aux principes de l'autonomie et de la dignité humaine, car un clone est, en réalité, une réplique humaine artificiellement produite. Dans les extrêmes, il peut s'agir même de la production industrielle de population de clones susceptible de porter atteinte à l'autonomie de la reproduction de toute l'espèce humaine, à sa spécificité génétique, et même de menacer l'évolution de l'humanité. Le clonage des êtres singuliers pourra constituer une menace pour la liberté de procréer naturellement et la méprise de l'homme-clone, le fruit d'une nouvelle technique procréative. Le législateur français sanctionne l'intention, sans exiger le résultat matériel sous la forme d'une naissance effective[1015]. Simultanément, la prescription de poursuites pénales suppose un éventuel succès potentiel du clonage, car la prescription est de trente ans à partir de l'intervention, et de trente ans à partir de la majorité de l'enfant cloné.

592. Le clone, un être « vidé de l'identité ». Le lien unissant le clone avec son donneur de

---

[1014] L'article 511-1-1 du code pénal dispose « *Dans le cas où le délit prévu à l'article 511-1 est commis à l'étranger par un Français ou par une personne résident habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième al. de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables* ».

[1015] P. Descamps, *Enfants clonés, enfant damnés ?*, Dalloz 2004, p. 1819

noyau est de nature génétique. Mais, comme chaque être vivant, il additionne deux éléments : l'identité corporelle et l'identité sociale. Or le processus du clonage bouleverse cette construction naturelle de l'individu, il porte attente à la dignité humaine. Si on peut se baser sur des critères génétiques, l'appartenance biologique d'un clone à l'espèce humaine est indiscutable, le clone ne pourra donc être qualifié de chose humaine. Indépendamment de son parcours social personnel et de son développement individuel, il sera extrêmement difficile de lui attribuer un statut juridique équivalent à celui de l'homme. Par ailleurs, le fait de différer ce statut sera contraire au principe d'égalité entre les hommes. Un clone dénommé enfant génétiquement identique à une personne vivante ou décédée, est en réalité une copie fidèle chromosomiquement de son donneur. Cependant il pourra être à la fois le descendant d'un adulte et son jumeau, ce qui évidement pose le problème juridique de la filiation et le problème sociologique d'ordre familiale. De la même façon, il se posera le problème de la filiation, une fois que la procréation des clones deviendra une réalité. Si elle est aujourd'hui difficile à imaginer, d'une manière globale, elle pourra hypothétiquement constituer une atteinte à l'autonomie procréative de l'espèce humaine. C'est effectivement pour préserver l'autonomie et la dignité humaine, que le législateur français a créé dans la loi du 6 août 2004 le délit de l'article 511-18-1 du code pénal repris par l'article L.2163-4 du code de la santé publique. *« Le fait de procéder à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins thérapeutiques est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende »*. Cette dernière disposition témoigne de la relativité de la condamnation pénale du clonage thérapeutique lorsque ce dernier est motivé par des espoirs et des intérêts médicaux potentiels. Le clonage reproductif, étant une forme de procréation asexuée, pourra être abusivement associé aux techniques similaires, telles que la procréation médicalement assistée. Pour éviter tout risque de confusion ou d'instrumentalisation, l'article 511-24 du code pénal sanctionne le détournement de la procréation médicalement assistée[1016]. Le souci de préserver l'intégralité génétique de l'espèce humaine est présent aussi dans la nouvelle réglementation issue de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique. Le nouvel article L.2151-2 du code de la santé publique a été complété : *« La conception in vitro d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite. La création d'embryons transgéniques ou chimériques est interdite »*.

593. La prohibition internationale du clonage reproductif. La globalisation des échanges scientifiques et le progrès de l'ingénierie biomédicale ont conduit, de façon naturelle, à la

[1016] **L'article 511-24 du code pénal dispose** : *« Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L.2141-2 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende »*.

prise commune de position par la communauté internationale. Elle est unanimement prohibitionniste sur le plan juridique, déontologique et éthique. Dans un premier temps, l'Organisation Mondiale de la Santé a déclaré dans sa Résolution du 14 mai 1997 : *« l'utilisation du clonage pour reproduire des êtres humains n'est pas acceptables sur le plan éthique et est contraire à l'intégrité de la personne humaine et à la morale »*[1017]. Un autre texte déclaratif, la Déclaration de l'Unesco sur le génome humain et les droits de l'homme, incite les États signataires à la réprobation du clonage. Elle a été suivie par la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne proclamée le 7 décembre 2000, et intégrée par la France avec la loi du 13 février 2008 après la ratification du Traité de Lisbonne[1018], mais pas par la Pologne qui a ratifié le Traité en question sans la Charte des droits fondamentaux. Dans son article 3, elle condamne le clonage reproductif des êtres humains ainsi que les pratiques eugéniques ayant pour but la sélection des personnes. Pour dépasser cette dimension purement déclarative des textes internationaux, l'Organisation des Nations Unies a pris l'initiative, inspirée notamment par la France et l'Allemagne, de préparer une convention ayant une force obligatoire. Cependant, en absence d'un consensus politique global, l'Assemblée Générale des Nations Unies a réussi à adopter une Déclaration sur le clonage des êtres humains du 8 mars 2005 destinée *« à interdire toutes les formes de clonage humain dans la mesure où elles seraient avec la dignité humaine et la protection de la vie humaine »*. Il est donc permis de constater une certaine faiblesse de la réaction internationale à la question du clonage, notamment thérapeutique. Car, si la quasi majorité de la communauté internationale intégrait les principes fondamentaux tels que l'inviolabilité et la non patrimonialité du corps humain, la sécurité juridique internationale contre le clonage n'est pas assurée par une contrainte au niveau international. Une exception constitue néanmoins l'article 1 du Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe sur la biomédecine et les droits de l'homme[1019].

2. Les êtres humains « chimères »

594. Définition de la transgénèse. La création génétique des êtres singuliers inspire les interrogations sur la préservation de la stabilité génétique de l'espèce humaine et sur la menace qui pèse sur l'intégrité du génome humain. L'identité de l'espèce humaine pourra être

[1017] J.-S. Cayla, *Interdiction du clonage humain par le Conseil de l'Europe*, RDSS 1998, p. 282 et s. ; A. Altavilla, *Le droit européen de la bioéthique : entre progrès scientifique, les intérêts économiques et...principes éthiques*, RGDM 2006, n° 21, p. 87-93
[1018] La loi n° 2008-125 du 13 février 2008, JORF 14 février 2008
[1019] J.-S. Cayla, *Interdiction du clonage humain par le Conseil de l'Europe*, RDSS 1998, p. 283

ainsi menacée par la transgénèse qui cherche à modifier le génome par addition de gènes entre les différentes espèces afin d'obtenir une plus grande variabilité de ces espèces. *« Concrètement, ces créations sont liées aux techniques de transgénèse laquelle permet de fabriquer des lignées de cellules-souches embryonnaires qui « mélangent » des embryons humains à d'autres embryons non humains, comme les animaux. Peuvent alors être crées, par exemple, des porcs dont le sang comporte essentiellement des composants sanguins humains, des souris ayant un cerveau qui contient une majorité de neurones humains. Ce nouvel être est par conséquent issu d'une mixtion d'espèces différentes »*[1020]. Parmi les premières réactions, il convient de noter la Recommandation 1046 du Conseil de l'Europe de 1986 recommandant l'interdiction de *« l'implantation d'un embryon humain dans l'utérus d'une autre espèce ou l'opération inverse »* de la même façon que *« la fusion d'embryons ou toute autre opération susceptible de réaliser des chimères »*.

595. La qualification juridique incertaine des chimères et des hybrides. La mixité entre l'humain et l'animal porte une atteinte certaine à la qualité biologique de l'espèce humaine, elle suscite également des incertitudes d'ordre sémantique et juridique. Dans un premier temps, il a été pendant longtemps difficile de nommer les croisements inter-espèces. Ils ont été appelés, dans le langage des commentateurs, des animaux humanisés, des chimères soit des hybrides humains. La loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, précise dans un nouvel article L.2151-2 du code de la santé publique, qu'il s'agit des *« embryons transgéniques ou chimériques »*, dont la création est interdite. Ensuite, il convient d'examiner la qualification juridique de ces créatures génétiques. Ni la rédaction de l'article précité, ni la disposition de l'article 16-4 du code civil ne permettent d'affirmer qu'il s'agit de personnes humaines génétiquement modifiées. Peut-on donc attribuer aux chimères et aux hybrides le qualificatif de chose humaine ? Une telle affirmation semble être difficile à accepter en définitive à l'égard notamment du principe de précaution. L'écosystème humain peut être bouleversé et même réellement menacé par le clonage reproductif qui ne peut, en aucun cas, justifier la création des chimères et des hybrides.

596. La création des chimères et des hybrides méconnaît le principe de précaution. Sur le plan du bénéfice individuel, il faut définir le statut des organes provenant des chimères. *« Ces xénogreffes doivent être qualifiés, puisqu'il s'agit de produits de santé, au même titre qu'un*

[1020] I. Zulian, *Le gène saisi par le droit, La qualification de chose humaine*, éd. PU d'Aix-Marseille 2010, n° 151

médicament dans lequel est introduit un gène »[1021]. Pour répondre aux éventuels intérêts que l'utilisation des organes, des tissus et des cellules animales peut apporter et parfois éviter les dérives, l'article L.5121-1 du code de la santé publique impose le contrôle de l'Agence de la biomédecine. Le principe de précaution est ici mis en avant pour que les avantages tirés des recherches sur les réactions des virus aux infections humaines ou des réactions immunitaires puissent contrebalancer un risque collectif pour la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme. Sur le plan global, voire international, on observe que la protection accordée à l'espèce humaine est sans doute plus forte et explicite lorsque cette dernière est menacée par le clonage reproductif, que lorsqu'il s'agit de la création des êtres hybrides ou chimériques. La protection de l'espèce humaine dans cette deuxième hypothèse est plus implicite. Le droit international n'est pas totalement harmonisé. La discordance des positions entre les différents États concernant la création des embryons chimères est sans doute l'une des conséquences de l'absence d'une interdiction internationale expresse. Si la France et la Pologne s'opposent à ces créations, la position des scientifiques anglais semble être déjà plus souple.

597. Plan. En principe, les atteintes au patrimoine génétique de l'humanité sont interdites en raison de leur caractère ambigu et incertain. En revanche, certaines opérations sont permises de façon limitée (§2).

§ 2: Les atteintes exceptionnellement permises au patrimoine génétique de l'individu et leur impact sur la collectivité humaine

598. Présentation. L'existence d'une seule personne s'inscrit dans la pertinence de toute l'espèce humaine. C'est pourquoi l'homme est une entité qui ne peut exister de manière isolée, qui ne peut se développer et se perfectionner uniquement dans l'individu, mais qui se réalise pleinement dans la communauté. Le droit accepte le recours aux manipulations génétiques sur le gène humain et sur l'embryon humain, la carte génétique de notre espèce. Mais ces manipulations sont limitées et se distinguent des diagnostics génétiques par leur but recherché. Si les manipulations génétiques légalisées tentent souvent de répondre aux impératifs curatifs, les diagnostics génétiques ont plutôt une vocation prédictive et préventive. Les deux peuvent avoir un impact considérable, tant favorable, que destructif

[1021] I. Zulian, *Le gène saisi par le droit, La qualification de chose humaine*, éd. PU d'Aix-Marseille 2010, n° 160

pour toute la communauté humaine. Le rôle du droit consiste ici à préserver l'inviolabilité de l'être humain individuellement et la dignité de toute l'espèce collectivement. La révolution interminable des recherches génétiques développe une certaine réactivité de la loi, sa périodicité. Elle définit le gène comme un support de l'identité humaine (A). L'embryon, en revanche, peut être considéré comme un porteur de cette identité (B).

A. Le gène humain comme support de l'identité humaine[1022]

599. Le gène est « transcendanté » par son humanité, indéniablement associé à l'identité de l'espèce humaine. Sa fonction juridique consiste en son individualisation. Sur le plan civil, le gène peut confirmer la filiation biologique et servir, à ce titre, comme un moyen d'affirmation personnelle. Sur le plan pénal, l'identification génétique a fait ses preuves dans le procès pénal depuis très longtemps. Cette individualisation permet l'identification de la personne concernée. Dans ces deux hypothèses, il contribue à l'identification de personne comme support de son identité. Sa protection se développe sous un double angle : en tant que vecteur des informations génétiques sur l'être humain en général (1), et en tant que composante du corps humain en particulier (2).

1. Le gène comme outil d'information sur l'humain

600. Le gène comme élément du corps humain. Aux termes de l'article 1 de la Déclaration de l'Unesco sur le génome et les droits de l'homme, le génome humain est constitué de l'ensemble des gènes de chaque individu. Il proclame le génome humain comme *« patrimoine commun de l'humanité »*. Ce texte prend la position qui associe le gène à la

[1022] Sur le statut juridique du gène humain en droit français : E. Bosset, *Biotechnologies et droit communautaire : le génie génétique*, thèse d'Aix-Marseille III, 2003 ; J.-C. Galloux, *Essai de définition d'un statut juridique du matériel génétique*, thèse Bordeaux 1998 ; M. Fabre-Magnan, P. Moulier, *La génétique, science humaine*, éd. Belin, Paris 2004 ; E. Brosset, *Biotechnologies et droit communautaire : la génie génétique*, thèse Aix-Marseille III, 2003 ; L. Mordefroy, *Le dommage génétique*, Les études hospitalières, Bordeaux 2000 ; B. Mathieu, *Génome humain et droits fondamentaux*, éd. Economica, Paris, 2000 ; J. Testard, *Le désir du gène*, Paris, éd. François Bourin 1995 ; J.-S. Caylas, *La connaissance du génome humain et celui d'êtres vivants peuvent-elles faire l'objet de brevets d'invention*, RDSS, 2000, vol. 36, p. 4 ; A. Desaix, *La réforme de la Convention sur le brevet européen*, Propriété industrielle, n° 1, 2008, p. 9 ; H. Gaumont-Prat, *Les interventions biotechnologiques d'origine humain et le brevet*, Propriété industrielle 2002, p. 13 ; J.-C. Galloux, E. Gutmann, *La protection des interventions biotechnologiques selon la loi du 6 août 2004 : du génie génétique à la tératogénie juridique ?*, Propriété industrielle 2004, 13, p. 875 ; P. Pedrot, *La dignité de la personne humaine à l'éprouve des technologies biomédicales*, Mélanges C. Bolze, éd. Economica 1999, p. 54 ; J. Peigne, *Le nouveau statut des produits de thérapies génique et cellulaire*, RDSS 2005, mars-avril, p. 72 ; J.-Y. Nau, *Le développement du foetus est sous la dépendance du génome maternel*, Le Monde du 20 décembre 2006, p. 9

personne humaine en tant qu'élément de son corps. La définition biologique de l'homme, donc de son espèce passe par le gène, une composante des cellules vivantes de plus en plus convoitée par le monde de la science, mais également de l'industrie, comme c'est le cas de la thérapie génique somatique susceptible d'apporter les produits et des matériels génétiques économiquement appréciés, plus particulièrement par le commerce chimique, cosmétique et l'industrie pharmaceutique. C'est pour ce motif de protection de *« la constance de l'espèce humaine et la viabilité des individus »*[1023], que la loi de bioéthique intervient en encadrant les recherches biomédicales. Le progrès constant de la biomédecine témoigne qu'une discordance est parfaitement possible entre l'identité génétique et l'identité juridique de la seule et même personne, plus particulièrement dans le cadre de la procréation médicalement assistée avec l'intervention d'un donneur extérieur au couple, qui rend impossible une égalité entre les différents types de filiations. Toute intervention sur le corps exige un consentement préalable au regard du principe d'inviolabilité du corps humain, dont les éléments ne sont pas séparément qualifiés, conformément à l'article 16-1 alinéa 2 du code civil. Cette disposition civile est complétée par l'exigence du respect de l'intégrité physique de la personne conformément aux articles 221-1 à 222-33 du code pénal. Le gène est donc un support vital mais pas vivant d'une personne. Il porte une information sur le profil génétique d'une personne. Le droit positif français protège également le gène en tant que chose humaine. Par conséquent, ce gène ne pourra faire l'objet d'un droit patrimonial. Cette interdiction est néanmoins altérée par la légalité d'une disponibilité contrôlée et gratuite du gène qui peut être cédée, importée ou exportée[1024]. En Pologne, son statut juridique se rapproche du statut de l'embryon humain. L'article 51H du code de la déontologie médicale dispose *« Le médecin ne doit pas discriminer des personnes pour des motifs de patrimoine génétique »*. En vertu du paragraphe 2 du même article les seules recherches susceptibles d'identifier un gène, porteur d'une maladie, peuvent être effectuées à des fins thérapeutiques ou des recherches scientifiques avec l'accord du patient. Le médecin ne peut également participer aux recherches ayant pour but de provoquer des changements génétiques héréditaires chez l'homme.

[1023] C. Guerin-Marchand, *Les manipulations génétiques*, Paris, éd. PUF, coll. Que sais-je ? 1997, p. 3

[1024] **L'article L.1211-4 du code de la santé publique dispose** « *Aucun paiement, qu'elle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son ou à la collecte de ses produits. Seul peut intervenir le cas échéant le remboursement des frais engagés* » ; D. Thouvenin, *Autour du don et de la gratuité*, RGDM, numéro spécial 2002, p. 102 ; J. Hauser, *La vie humaine est-elle hors du commerce ?*, LPA décembre 2002, n° 243, p. 23 ; X. Labbée, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, PU de Lille 1990, p. 57 ; Note sur Cass. Civ., 1 chambre, 3 juillet 2001, Dalloz 2002, p. 2023, observation F. Granet ; J.-R. Binet, *La loi relative à la bioéthique, commentaire de la loi du 6 août 2004, I Partie*, Droit de la famille octobre 2004, p. 6-11

601. La non-brevetabilité du gène humain. L'article L.611-18 du code de la propriété industrielle exclut toute demande de brevet dans quatre hypothèses. D'un côté, la loi du 6 août 2004 relative à la brevetabilité des éléments du corps humain a interdit des procédés de deux types : le clonage des êtres humains et la modification de l'identité génétique d'un être humain. De l'autre côté, elle interdit les exploitations commerciales des séquences partielles ou totales d'un gène qui s'opposent à la dignité humaine en même temps que les embryons humains qui ne peuvent être exploités à des fins industrielles ou commerciales.

2. La dissociation de l'identité génétique et juridique de la personne

602. La divergence entre le droit pénal et le droit civil. Le gène est un élément du corps attestant l'appartenance à l'espèce humaine, qui permet d'individualiser la personne, de donner son profil génétique, de s'informer sur son état de santé. L'information génétique est donc singulière[1025]. Le droit pénal ne peut pas tolérer une éventuelle discordance entre l'identité génétique et juridique de la même personne à l'égard des principes fondamentaux du procès pénal, celui de la responsabilité personnelle et, par conséquent, celui de la présomption d'innocence. Cette qualification génétique personnelle sert à tracer la carrière criminelle d'un individu, ou à exclure toute existence d'une telle implication. Pénalement, l'identification génétique a donc une double mission ; elle constitue un outil, qui au service du procès pénal, permet la poursuite des criminels, mais également l'identification des victimes. Globalement, l'identification génétique peut jouer un rôle fondamental dans le procès de la construction émotionnelle, familiale et sociale. Elle confirme ou dément la filiation biologique. Dans les cadres de la procréation médicalement assistée la fonction naturelle d'identification par les gènes est détournée. L'article 311-20 du code civil modifié par l'ordonnance du 4 juillet 2005 exclut le recours aux analyses génétiques d'un enfant issu d'une procréation médicalement assistée. L'état civil n'est pas nécessairement concordant avec la filiation biologique. Le législateur met en avant et associe le désir des parents accueillant l'embryon dans le cadre d'un projet parental avec le principe d'anonymat du donneur. Le nouvel article L.2141-6 du code de la santé publique issue de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique confirme que *« ... Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives. Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiantes*

[1025] A. Kahn, *Et l'homme dans tout ça ?*, Paris, éd. Nil 1999, p. 290 ; N. Mallet-Poujol, *Appropriation de l'information : l'éternelle chimère*, Dalloz 1997, chronique, p. 330

concernant le couple ayant renoncé à l'embryon ... ». Par conséquent, le couple qui bénéficie d'un don est privé du droit de revendiquer la connaissance du père ou de la mère biologique. Cette privation dans le cadre d'une insémination artificielle conduit logiquement à une interdiction d'établir la parenté d'un tiers-donneur. Animé par la volonté de protéger la vie privée des donateurs et des familles accueillant des dons, le législateur français a créé, selon C. Bris, deux catégories d'enfants : ceux nés par *« voie scientifique et médicale »*, et ceux nés d'une relation charnelle, par *« voie naturelle »*[1026].

603. L'identité génétique et la procréation médicalement assistée. La réglementation précitée est parfaitement concordante avec les règles du droit civil, car le droit de connaître ses origines biologiques n'a pas de la valeur constitutionnelle en France[1027]. Le droit de la filiation est donc bouleversé en profondeur. L'anonymat du donneur est un principe commun des droits français et polonais. La *« vraie»* filiation biologique se trouve déplacée sur le plan secondaire. Les seuls qui comptent, sont le projet parental, le respect du contrat médical à l'origine de l'insémination artificielle[1028], enfin la *« filiation affective »* entre les parents d'intention et l'enfant désiré. Cette position commune des deux systèmes semble prévaloir sur le futur bonheur de la famille confrontée déjà à une longue procédure médicale. C'est pour cette raison, que le droit impose le principe d'un anonymat absolu. Sur le plan du droit médical, il convient de citer l'article 1211-5 du code de la santé publique. Il dispose *« Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique »*. Sur le terrain pénal deux dispositions sanctionnent la violation de l'anonymat du donneur. L'article 511-10 du code pénal français puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait de divulguer les informations sur l'identité des donneurs de gamètes soit du couple qui l'obtient. L'article 511-25 du même code sanctionne d'une même peine la violation du principe d'anonymat en cas de don d'embryon. La Cour européenne des droits de l'homme estime à son tour, que l'accès aux origines biologiques par d'un enfant issu de la procréation médicalement assistée relève de l'article 8 de la Convention garantissant le droit au respect de la vie privée. Pour elle, une

---

[1026] C. Bris, *L'assistance médicale à la procréation : quelle incidence sur le droit de la filiation ?*, RGDM, 2006, n° 21, p. 142

[1027] B. Mathieu, *Génome humain et droits fondamentaux*, éd. Economica 2000, p. 63 ; J. Massip, *Le rôle des expertises biologiques dans le procès de filiation*, LPA 1996, n° 26 ; J. Pousson-Petit, *Empreintes génétique et filiation : Les discordances et les incohérences juridiques*, in *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit compar*é, (sous la dir.) J. Pousson-Petit, éd. Bruylant, Bruxelles 2002

[1028] Arrêté du 22 août 2008, JO, n° 0204 du 2 septembre 2008, p. 13744, n° 23

éventuelle transparence des informations pourra se justifier par des raisons thérapeutiques, la communication du dossier médical reste donc limitée à des données médicales sans informations relatives à l'identité du donneur[1029].

B. L'embryon humain comme porteur de l'identité humaine

604. Présentation. Le profil génétique de l'embryon est identique à celui de la personne, si la naissance a lieu. C'est un profil définitif. Mais sa protection pénale est différente, voire altérée par l'absence de clarté totale quant à son statut juridique, notamment par rapport aux moyens de la protection attribuée aux personnes vivantes. En revanche, le droit polonais a su trouver une solution intermédiaire. Car il protège la potentialité de l'embryon au nom de sa dignité humaine, sans lui attribuer cette qualité expressément. Le point de concordance entre les droits français et polonais se situe cependant au niveau axiologique de valeurs, parce qu'ils affirment le principe général d'interdiction des recherches sur l'embryon humain, et ils acceptent les interventions par la voie d'exception limitée. Ces modifications, malgré leur caractère singulier, peuvent avoir un impact plus large, que celui d'un individu. L'embryon humain n'est pas un matériel biologique humain tout à fait ordinaire. Son statut juridique particulier est destiné à le valoriser en tant que porteur de l'identité humaine (1). En revanche, la législation concernant les manipulations sur les embryons est plus développée en France (2) qu'en Pologne (3).

1. Vers la reconnaissance implicite de préembryon humain.

605. La différenciation progressive de la vie anténatale. L'intérêt particulier de l'embryon, en tant que matériel génétique, est lié au fait, qu'il est constitué de cellules pluripotentes disposant de la faculté de se développer dans différentes directions. Face aux pressions et aux revendications de plus en plus fortes du monde scientifique séduit par les cellules souches embryonnaires, le droit doit régler deux questions fondamentales : celle de la provenance des embryons à destination de la recherche et celle de leur destruction issue de cette activité. Le droit français interdit toute création d'embryons à des fins commerciales et industrielles. Mais, il ne reconnaît pas légalement de préembryon au même titre, que l'embryon humain. L'embryon *« préimplantatoire »* a été défini par European Science Foundation comme *« le*

[1029] V. Depadt-Sebag, *Le don de gamètes ou d'embryons dans la procréation médicalement assistée : d'un anonymat imposé à une transparence autorisée*, Dalloz 2004, n° 13, p. 893

stade allant de la fécondation à l'apparition de la ligne primitive qui deviendra le système nerveux, ce qui se produit vers le quatorzième jour »[1030]. Sans doute, la prise en compte du préembryon est l'une des conséquences du développement de la génétique humaine, elle exige à long terme d'harmoniser les intérêts de la recherche et de ceux de la protection du préembryon. Dans cette direction semble déjà aller la suppression du caractère expérimental du double diagnostic préimplantatoire par le nouvel article L.2131-4-1 du code de la santé publique, une disposition qui n'a pas d'équivalent en droit polonais. Cependant, l'expérience législative de l'Espagne, qui a reconnu explicitement le préembryon en 1988 invite à la prudence[1031]. Car, d'une part le statut de l'embryon humain est, dans sa rédaction actuelle, privé de clarté absolue quant au champ de sa protection pénale, mais d'autre part, il se distingue des autres éléments du corps humain. L'apparition du préembryon pose donc un problème futur de différenciation de statut entre les différentes formes et séquences de la vie anténatale : préembryons, embryons, fœtus viable et non-viable.

606. La non-brevetabilité des recherches utilisant des embryons humaine. Le 18 octobre 2011 la Cour européenne de justice a reconnu que chaque totipotente issue de la fécondation est un embryon. Ce dernier est considéré comme porteur de l'identité humain. Cette décision de la Cour est fondamentale non seulement parce qu'elle était prise par la plus haute juridiction européenne, mais également parce qu'elle se prononce sur le terme de *« l'embryon humain »* selon la Directive 98/44/CE. Elle donne la définition suivante : l'embryon est *« tout ovule humain dès le stade de fécondation, tout ovule humain non fécondé dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté et tout ovule humain non fécondé qui, par voie de parthénogénèse, a été introduit pour se diviser et pour se développer »*. La Cour a exclu de toute la brévetabilité l'utilisation d'embryons à des fins des recherches scientifiques. Pour elle, les embryons humains ne peuvent non plus faire l'objet d'un brevet au nom du respect de la personne humaine[1032].

2. Les manipulations sur l'embryon en droit français

607. Le principe général de l'interdiction. La dernière révision de la loi bioéthique a

---

[1030] I. Zulian, *Le gène saisi par le droit, La qualification de chose humaine*, PU d'Aix-Marseille 2010, n° 237

[1031] La loi 42/1988 du 28 décembre 1988 relativement aux dons et l'utilisation d'embryons et de fœtus humains et la loi n° 35/1988 du 22 décembre 1988 relativement aux dons et l'utilisation de gamètes ou d'ovules fécondés *in vitro*

[1032] La Cour européenne de justice, Arrêt du 18 octobre 2011, affaire C-34/10, Olivier Brustle contre Greenpeace ; La Croix du 18/11/2011; C. Legros, *Pas de brevet sur l'embryon*, La Vie, 18/11/2011

confirmé le principe général de l'interdiction des recherches sur l'embryon humain issu de la loi du 6 août 2004. Le nouvel article L.2151-2 du code de la santé publique dispose *« La conception in vitro d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherches est interdite. La création d'embryons transgéniques ou chimériques est interdite »*. Elle a modifié également l'article L.2151-5 du code de la santé publique, qui tout en réaffirmant *« La recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches est interdite »*.

608. Les manipulations sur l'embryon humain autorisées au nom des espoirs thérapeutiques. Les diagnostics génétiques ont une triple vocation : diagnostiquer, envisager le devenir du futur être humain, et souvent décider de son avenir. Les règles d'accès aux recherches sont élaborées conformément aux principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires : la vocation scientifique du projet de recherche exigeant l'implication des embryons et permettant un progrès médical majeur, la subsidiarité des recherches et le respect des principes éthiques (art. L.2151-5 du code de la santé publique). Les recherches peuvent être réalisées, comme dans la rédaction de cet article issu de la loi du 6 août 2004, uniquement sur les embryons conçus *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation (les embryons surnuméraires), qui ne fondent plus l'objet d'un projet parental après la confirmation à l'issue d'un délai de réflexion de trois mois. Naturellement, les embryons qui ont fait déjà l'objet de manipulations ne peuvent plus être transférés à des fins de gestation. Enfin, la vocation thérapeutique des analyses autorise, depuis la loi du 7 juillet 2011, le transfert d'embryons à des fins de gestation pour les couples consentant, mais à condition que les études menées ne portent pas atteinte à l'embryon et qu'elles contribuent à l'amélioration des techniques d'assistances médicales à la procréation.

609. Les règles d'accès au matériel biologique. En France, toute utilisation extra scientifique et extra procréative de l'embryon est interdite. *« Un embryon humain ne peut être ni conçu, ni constitué par clonage, ni utilisé, à des fins commerciales ou industrielles »*[1033]. La réglementation distingue deux catégories d'accès : pour les embryons surnuméraires nationaux et pour ceux importés de l'étranger. L'article L.2141-3 du code de la santé publique dispose *« Les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons, non susceptibles d'être transférés ou conservés, fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L.2151-5 »*. La gérance des stocks d'embryons surnuméraires réglementée par l'article L.2141-4 du même code a été modifiée par la révision de la loi

[1033] La disposition de l'article L.2151-3 du code de la santé publique

bioéthique de 2011. Désormais, les embryons surnuméraires peuvent être utilisés pour des recherches si le couple a abandonné son projet parental, en cas de décès de l'un des membres du couple, des deux membres, enfin si le membre survivant accepte que l'embryon fasse l'objet d'une recherche. Selon le nouvel article L.2151-5 du code de la santé publique l'interdiction concernant la recherche sur l'embryon humain a été élargie aux cellules souches embryonnaires et les lignées des cellules souches. Le nouvel article L.2151-6 du code de la santé publique dispose depuis le 7 juillet 2011 que l'importation de cellules embryonnaires aux fins de recherches est soumise à l'autorisation préalable de l'Agence de la biomédecine et placée sous contrôle de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé. L'obtention de cellules souches exige le respect des dispositions civiles applicables à la personne humaine et prévues par les articles 16 à 16-8 du code civil[1034]. Donc du respect de l'être humain dès le commencement de la vie, de la dignité de la personne humaine. Les manipulations sur l'embryon peuvent intervenir lorsque l'embryon est récupéré après l'interruption de grossesse, et dans le cadre d'une procréation médicalement assistée.

610. Les manipulations sur embryons et l'interruption de grossesse. L'utilisation des embryons et des fœtus (des tissus ou des cellules embryonnaires) à des fins diagnostiques, thérapeutiques ou scientifiques est permise en vertu de l'article L.1241-5 du code de la santé publique. La violation des règles du prélèvement peut exposer son auteur à une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende en vertu de l'article 511-19-1 du code pénal français (art. L.1272-9 du code de la santé publique). L'intention du législateur français consistait probablement à éviter des conceptions ou des grossesses commerciales et destinées exclusivement à approvisionner les recherches clandestines. De plus, la loi protège les mères mineures qui ne peuvent pas céder leurs embryons. La décision portant sur l'interruption de grossesse doit être prise préalablement à la délivrance des informations sur la finalité du prélèvement des tissus ou des cellules embryonnaires. La pertinence scientifique des prélèvements est soumise à l'appréciation de l'Agence de la biomédecine.

611. Les tests génétiques sur les gamètes humains effectués dans le cadre de la procréation médicalement assistée. La protection des couples accueillant le don dans la procédure de

[1034] Les articles 16 à 16-8 du code civil français consacre de principes fondamentaux du droit français comme :

- le respect du corps humain
- le respect de l'intégrité de l'espèce humaine
- le respect de la dignité de la personne humaine
- le respect de tout l'être humain dès le commencement de sa vie
- l'anonymat du don des éléments et des produits du corps humain
- la non-commercialité du corps humain.

procréation médicalement assistée est explicitement imposée par l'article 511-11 du code pénal (art. L.1273-4 du code de la santé publique). Dans cette hypothèse, les tests de dépistage des maladies transmissibles sur les gamètes prélevés sur une personne vivante en vue d'une assistance médicale à la procréation sont obligatoires. Il semble, que cette disposition joue une fonction de protection des futurs parents individuellement et de santé publique plus généralement.

3. Les manipulations sur l'embryon en droit polonais

612. Le vide juridique. Il n'existe en droit polonais aucune disposition destinée à réglementer la question des manipulations génétiques sur l'embryon humain. Sous le régime du code pénal du 19 avril 1969 complété par la loi du 7 janvier 1993 sur la planification familiale, la majorité de la doctrine polonaise préconisait de créer exclusivement des embryons destinés à l'implantation utérine et éviter de créer des embryons surnuméraires destinées à un stock au aux recherches médicales[1035]. Selon Madame J. Haberko, les gamètes constituent un matériel biologique, mais l'embryon humain avant l'implantation est soumis à un régime protecteur qui l'approche même du statut de l'enfant conçu[1036]. La loi du 5 décembre 1996 relative à la profession du médecin confirmait ce principe général de l'interdiction des recherches. Elle ne mentionne pas l'embryon. Mais elle distingue deux catégories d'expérimentations : l'expérimentation médicale accessible aux femmes enceintes et l'expérimentation scientifique interdite aux femmes enceintes et aux enfants conçus[1037]. Ces dernières ne peuvent pas participer aux recherches scientifiques en vertu du principe général d'interdiction de l'article 26 al.1 de la loi du 5 décembre 1996 relative à la profession du médecin. L'interprétation littérale du texte permet de soutenir la thèse, que cette interdiction concerne un embryon humain implanté déjà dans l'utérus, car elle est explicitement prévue par l'alinéa 3 de l'article 26[1038]. Exceptionnellement, l'article 26 al.2 de la même loi prévoit une hypothèse permissive,

---

[1035] Sur l'interdiction de créer les embryons surnuméraires : K. Buchała, *Le commentaire du code pénal*, Varsovie 1994, p. 189, thèse n° 9 ; Les Débats Publics du Ministère de la Science et de l'information « *Les cellules embryonnaires : la vie pour la vie . L'utilisation des cellules embryonnaires : les aspects médicaux et éthiques* », 12/2003-04/2004, http://www.mnii.gov.pl/; J. Haberko, *Manipulation génétiques*, Droit et médecine 2008

[1036] Sur le statut des embryons surnuméraires : M. Safjan, *Le juge et la bioéthique*, L'auteur préconise d'appliquer l'article 109§2 du code de tutelles traditionnellement réservé aux enfants déjà nés aussi aux embryons surnuméraires, in http://www.trybunal.gov.pl/Wiadom/Komunikaty/20030210_referat.htm ; M. Żelichowski, *Jugement du tribunal de tutelles relatives aux embryons surnuméraires en application de l'article 109 du code de tutelles*, Droit et médecine 2008 ; T. Smyczyński, *La famille et les droits de la famille à la lumière de la du 2 avril 1997*, État et droit 1999, n° 11-12, p. 192 ; La loi du 6 janvier 2000 relative à l'Ombudsman pour les enfants, Journal des Lois 2000, n° 6, position 69

[1037] S. Raszeja, *L'appréciation éthique de l'expriment médical*, Gazette médicale 1999, n° 2

[1038] K. Wiak, *La protection de l'enfant conçu en droit pénal polonais*, Lublin 2001, p. 252

l'expérimentation devra se justifier par des intérêts curatifs soit pour l'enfant conçu, soit pour la mère, à condition, que ces interventions ne puissent porter atteinte à l'intégrité physique de l'enfant conçu[1039]. Cette disposition devra donc être complétée pour régulariser la situation des embryons conçus *in vitro*. La destruction d'embryons *in utero* est susceptible d'engager la responsabilité du médecin sous le fondement de l'article 157a §1 du code pénal *« Celui qui provoque la violation de l'intégrité corporelle de l'enfant conçu, ou qui porte atteinte à sa vie, sera puni d'une amende, d'une peine privative de liberté, soit d'une peine restrictive de liberté allant jusqu'à 2 ans »*. Cette interdiction a donc une portée générale et très insuffisante. La vocation thérapeutique des interventions correctement réalisées, qui rapproche le droit polonais des dérogations françaises, exonère logiquement toute responsabilité pénale du médecin dans l'article 157a§2 du code pénal[1040]. Cette réglementation est unique en droit polonais et insuffisante. En 2003, le Congrès extraordinaire des médecins se penchait sur ce vide juridique. Il a voté pour la première fois les dispositions relatives au génie génique. Depuis, le code d'éthique médicale dispose dans son article 51H que le médecin ne peut participer à des activités destinées à provoquer les modifications génétiques héréditaires chez l'homme. Toute intervention sur le génome doit se justifier par des raisons thérapeutiques ou prophylactiques[1041]. Ce vide actuel pourra être plié par le vote de la loi bioéthique. L'article 3 du projet déposé au parlement polonais propose d'interdire toutes manipulations génétiques sur l'embryon humain.

613. La portée de la Convention Bioéthique d'Oviedo de 1997 et le droit polonais interne. Selon Monsieur L. Paprzycki, cette Convention a une portée très générale, une seule interdiction directe concerne de l'article 18§2, l'interdiction de créer les embryons humains exclusivement pour les recherches scientifiques[1042]. Le paragraphe premier du même article 18 de la Convention comporte un dispositif unique. Selon cet article la reconnaissance en droit interne du droit à la création de l'embryon *in vitro* devra être suivi par la reconnaissance automatique d'une protection de ces embryons. La question de la création des embryons *in*

[1039] S. Maciejewski, *Les frontières de l'expriment médical*, Revue ouest 2008, n° 3, p. 44 et s.

[1040] Il convient de noter que l'article 157a du code pénal ne précise pas de la nature du préjudice subi. Il comporte une description très générale et la doctrine polonaise n'est pas unanime quant au champ de son application, à savoir *in vitro* ou *in utero*. De plus, une éventuelle destruction des embryons implantés qui fondent l'objet de l'expérimentation médicale n'est pas explicitement évoqué par l'article 157a du code pénal. M. Filar, *Le droit médical pénal*, Cracovie 2000, p. 231-232 ; L. Gardocki, *Droit pénal*, Varsovie, éd. CH BECK 1998, p. 63

[1041] M. Nesterowicz, *La procréation médicalement assistée et le génie génique – la nécessité de légiférer*, Droit et Médecin, 2008/07/15

[1042] L. Paprzycki, *L'humain, les réflexions sur les frontières de la protection pénale*, Wokanda médicale 2009, n° 1, p. 7 ; L. Paprzycki, *La protection pénale de la vie et de l'être humain*, Palestra 2009, n°7-8, p. 38-54

vitro n'est pas définitivement tranchée en droit polonais, aussi bien par la doctrine, que par le législateur. Des projets déposés et ceux qui fondent encore l'objet de discussions en Pologne sont très nombreux, mais souvent les solutions proposées se trouvent à l'extrémité l'une de l'autre[1043]. Dans cette optique, la nouvelle loi de bioéthique pourra s'inspirer de la législation française et par les solutions figurant dans la Convention Bioéthique signée en 1999 par la Pologne, mais qui ne s'appliquent pas en l'absence de ratification par le Parlement.

[1043] Sur les projets de la loi sur la fécondation *in vitro* et la procréation médicalement assistée en Pologne : K. Urbański, *Les spermatozoïdes humains*, Journal Rzeczpospolita, du 9 juillet 2009 ; P. Kowalczuk, *Le cas d'Eluan n'a pas aidé*, Journal Rzeczpospolita du 5 juin 2009 ; T. Wasilewski, *Alternative existe*, Journal populaire 9 juillet 2009 ; J. Kapelańska-Pregowska, *Diagnostic preimplantatoire en droit international*, Droit et médecine 2009, n° 2, p. 85 et s. ; E. Siedlecka, *La multiplication des projets in vitro*, Gazeta Wyborcza 30 juillet 2009 ; M. Nesterowicz, *Droit, éthique, politique dans la législation sur la procréation médicalement assistée*, Droit et médecine 2009, n° 2, p. 5-20 ; J. Gowin, *Le manquement commune du courage*, Journal populaire, 5 juillet 2009

Conclusion du Chapitre 2

614. L'harmonisation de la législation relative aux crimes collectifs contre la procréation. L'incrimination des crimes contre l'humanité, y comprit des crimes collectifs contre la procréation, rapproche les deux législations nationales tant dans la dimension matérielle que dans la composante intellectuelle des crimes. Il convient de souligner une harmonisation relativement tardive des codes pénaux français et polonais avec la législation internationale. Avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal français la répression des crimes contre l'humanité n'a pu se faire que sur la base du Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg. La répression des crimes contre l'humanité (art. 211-1 et s.) a été instaurée en 1994 et complété par la loi du 6 août 2004 incriminant les crimes contre l'espèce humaine (art. 214-1 et s.). En Pologne, le code pénal de 1997 incrimine ces crimes à travers l'article 18 complété depuis 2010 par les articles 18a et s. Ces deux législations nationales sont similaires par le caractère planifié et systématique de l'entreprise criminelle. Les systèmes pénaux français et polonais se sont rapprochés à ces deux niveaux. Ils ont distingué le crime contre l'humanité et l'état de guerre, et les crimes collectifs contre la procréation peuvent alors être commis en temps de paix. S'agissant des atteintes au patrimoine génétique de l'espèce humaine, il convient de constater que la loi du 7 juillet 2011 s'inscrit dans l'héritage de la loi du 6 août 2004. La nouveauté de cette dernière révision législative en France n'a pas autorisé de la thérapie génique gérminale, au même titre que les manipulations génétiques entre l'espèce humaine et les espèces animales. Le législateur français a maintenu l'interdiction du clonage humain reproductif en réaffirmant ainsi le principe de la dignité humaine et le principe et précaution.

Conclusion du Titre 2

615. Le recul des sanctions pénales des interventions extérieures à la procréation au titre des atteintes individuelles et la multiplication des sanctions pénales au titre des atteintes collectives. Selon l'évolution de la législation en France, on observe, que la répression pénale de l'interruption illicite de grossesse est devenue de plus en plus résiduelle et déplacée vers le code de la santé publique. Le législateur français a privilégie la primauté des objectifs sanitaires en dépénalisant par exemple l'instigation à l'interruption illicite de grossesse. Cette nouvelle répartition des dispositifs pénaux s'appuie sur l'affirmation de la liberté de la femme. Elle est donc libre d'une part, d'interrompre sa grossesse elle-même, et d'autre part son consentement se trouve au cœur de la procédure médicale aussi bien en France qu'en Pologne. La protection de la femme et son statut de patiente sont similaires dans les deux pays. Pénalement, cette protection est plus présente au sein de la législation polonaise, mais elle est présente aussi en France. Elle existe en droit français sous la forme de violences à l'intégrité corporelle de la femme, ou sous la reconnaissance de la vulnérabilité objective liée à l'état de grossesse. En revanche, le point de divergence consiste à la prise en compte de l'intégrité physique de l'enfant à naître. La différence fondamentale ne consiste pas à la définition de la vie anténatale, mais dans le regard porté sur la viabilité comme critère de la protection pénale en France.

616. La protection pénale renforcée de la liberté de procréer contre les interventions extérieures au titre des atteintes collectives. Ce renforcement reste bien présent dans les deux systèmes, il s'est développé sous une double influence. D'un côté, il a été inspiré par les horreurs et les tragédies nazies de la Deuxième Guerre mondiale et les conflits plus récents en l'ex-Yougoslavie et au Rwanda. De l'autre côté, il a été fortement influencé par le développement du droit pénal international et la jurisprudence des tribunaux internationaux. La procréation humaine peut être menacée aussi bien en temps de guerre, au titre des plans médicaux officiels ou encore par les plans de violence massive conçue et dirigés contre un groupe prédéterminé. Ainsi, sous l'influence du droit pénal international, les droits nationaux ont intégré en France et en Pologne de nouvelles notions comme le génocide biologique, la purification ethnique, les conceptions et les stérilisations forcées. Suite à cette harmonisation, on peut observer un rapprochement des qualifications pénales de crimes commis contre la continuité existentielle d'un groupe humain associés et dissociés d'un conflit de guerre.

Conclusion de la deuxième partie de thèse

617. Les différentes prises en compte variable de la vie en formation face aux interventions extérieures. Si, selon l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit à la vie du fœtus n'est pas un droit normatif, les fondements de sa protection pénale diffèrent en droits nationaux. La comparaison entre les lois sur les interruptions illicites de grossesse en France et en Pologne est marquée par une divergence significative dans la prise en compte de la conception de la vie en formation. Dans les deux systèmes pénaux, l'embryon et le fœtus humains disposent d'un statut juridique particulier sans que leur personnalité juridique soit reconnue. Par conséquent, la qualification pénale d'homicide est exclue car réservée à la personne née et viable. En revanche, les critères de la protection pénale sont flous et souvent contradictoires en droit français et polonais. En France, la jurisprudence pénale a définitivement abandonné le critère de viabilité et a conservé le critère de vie. En Pologne, la tendance est radicalement opposée et consiste à protéger de façon autonome l'intégrité physique de l'enfant conçu et viable. L'article 157a du code pénal polonais constitue donc un fondement de la protection objective mais limitée, car dirigée exclusivement contre les atteintes volontaires et sans aucune considération explicite pour les embryons conçus *in vitro*. Parallèlement, le code pénal français comporte une série de dispositifs destinés à encadrer les recherches sur les embryons humains. Il est marqué par un *statu quo* au sujet de l'enfant conçu dans l'article 221-6. En contrepartie, l'autonomie décisionnelle de la femme face à l'interruption de grossesse a été progressivement renforcée. Cette dernière a été reconnue en France objectivement vulnérable du fait de son état de grossesse, ce qui témoigne sans doute d'une volonté de la protéger en tant que victime, une solution qui est différentes en droit polonais. Le droit pénal polonais a consacré toute une série d'articles dans le code pénal destinés à qualifier les violences spécifiquement dirigées contre la femme enceinte. La vie anténatale n'est pas protégée avec la même intensité que la vie d'une personne déjà vivante. Le droit français se focalise plus sur la personne de la femme et refuse toute qualification pénale d'homicide involontaire du fœtus humain sous le fondement de l'article 221-6 du code pénal. Alors, que le droit polonais évolue dans une optique marquée par le renforcement significatif de la vie en formation et la consécration du critère de viabilité. En France, le droit pénal a abandonné progressivement ce critère de viabilité et a consacré définitivement le critère de vie. Le statut de l'enfant à naître est donc fondamentalement différencié dans les deux pays, ce qui témoigne également d'une certaine souveraineté des lois nationales face aux stipulations internationales. Le terrain du droit bioéthique, également destiné à protéger la vie en formation, est dominé par le principe général de la prohibition des atteintes au

patrimoine génétique de l'humanité. Car cette identité génétique de l'espèce humaine est doublement menacée, soit par les manipulations génétiques, soit par la création d'êtres hybrides tels que les clones et les chimères humaines. Une protection est donc indispensable vu l'impact des transformations génétiques sur l'ensemble de la collectivité humaine, et plus particulièrement sur son autonomie génétique actuelle et celle des générations futures. C'est effectivement le souci de protéger ces générations futures qui motive la permission exceptionnelle mais justifiée des interventions extérieures. L'existence d'un embryon *in vitro* peut alors avoir une double issue. Il deviendra un être humain après son implantation utérine. Il pourra également contribuer à l'amélioration de la future vie d'autres embryons. Dans cette deuxième hypothèse, le droit protège le gène et l'embryon humains en limitant les recherches, car ils sont considérés comme des porteurs de l'identité humaine et plus généralement des outils d'information sur l'humain. Cette identité ne peut donc être sacrifiée au nom d'un progrès scientifique futur à l'égard des grands principes de la dignité, et de l'indisponibilité du corps humain. L'intérêt supérieur de diagnostics prénataux est alors susceptible de justifier un certain nombre d’interventions, mais à condition qu'elles soient privées de toute connotation eugénique.

CONCLUSION

Conclusion Générale de la Thèse

618. La divergence dans le fonctionnement du contexte prénormatif. L'analyse comparative du droit pénal français et polonais en matière de procréation a conduit à étudier à la fois le droit positif, les libertés et les principes fondamentaux et *in fine,* à comparer les jurisprudences par une vue panoramique des décisions des tribunaux nationaux et de la Cour européenne des droits de l'homme. En France, le système législatif, plus particulièrement en ce qui concerne les lois relatives à la bioéthique, engage une réflexion large, enrichie par les consultations sociales, car les citoyens français sont invités à s'exprimer. Ainsi, la perspective législative prénormative est élargie par l'activité de différents milieux de réflexion et d'opinion : les milieux médicaux, associatifs, juridiques. Récemment le 7 juillet 2011, elles ont abouti au vote de la dernière loi relative à la bioéthique, alors qu'en Pologne le contexte prénormatif semble maintenir une construction étroitement attachée au modèle parlementaire polonais. La réflexion est plus « *isolée* », elle se limite aux débats au sein de la Commission Spéciale composée de juristes, universitaires et médecins reconnus. Par conséquent, le vote de la loi dépend d'une part de la composition de cette Commission, et d'autre part de la dynamique et de la densité de la vie parlementaire polonaise. Les projets actuellement proposés et portant sur le droit de la procréation et de la bioéthique sont préparés par les principaux courants parlementaires. Ils proposent des visions très variées et des solutions législatives souvent fidèles à l'orientation politique de ses rédacteurs.

619. L'évolution du vocabulaire témoigne du choix des valeurs à protéger. Les choix sémantiques opérés par les législateurs mettent en avant les valeurs qu'ils veulent protéger. Ces transformations sémantiques sont accompagnées par l'émergence de nouvelles notions. L'analyse comparative des droits français et polonais témoigne que les normes pénales dans les deux pays ne sont pas formulées dans une logique de contradiction, et souvent des aspects différents d'une même problématique ne sont pas protégés avec la même intensité par les deux systèmes. Cette règle reste particulièrement valable en matière de procréation humaine qui touche de près les fondements de la vie. En France, la notion d'être humain s'éloigne de la notion de personne humaine, car le législateur applique des expressions comme « *embryon* » et « *fœtus* » humains. Elles font expressément référence au stade du développement anténatal et à l'environnement biologique intra ou extra utérin. L'être devient humain dès qu'il est né vivant, ce qui attache son humanitude à la vie postnatale et non au fait qu'il appartient biologiquement à l'espèce humaine. En Pologne, les normes pénales ont intégré la notion de l'enfant conçu, en faisant référence explicitement et directement à la personne humaine.

Contrairement à la sémantique française, la formulation choisie évoque la notion de la conception naturelle ou *in vitro* d'un être déjà considéré comme humain. Dans les deux systèmes pénaux le mot *« avortement »*, ayant sans doute une connotation péjorative, a disparu définitivement. En France, il a été remplacé par l'interruption volontaire de grossesse, c'est-t-à dire un acte médical souhaité par la femme et considéré comme une manifestation de son libre arbitre. En Pologne, l'avortement appelé *« spędzenie płodu »* deviendra de la même façon une interruption de grossesse appelé *« przerwanie ciąży »*. Le droit français est beaucoup plus avancé en ce qui concerne l'encadrement des techniques biomédicales plus complexes. Dès 2004, la notion d'espèce humaine a fait, pour la première fois, son apparition dans le code pénal. L'humanité vivante et les générations futures sont donc pénalement protégées, plus particulièrement leur intégrité biologique et génétique[1044]. Le législateur a pris soin de marquer une séparation entre la procréation médicalement assistée et le clonage reproductif, le mot *« procréation »* se confronte au mot *« reproduction »*. La première procédure médicale fait appel à la création d'une vie nouvelle, autonome et singulière. La deuxième technique médicale évoque d'une part la notion du clone comme la réplique d'un être humain préexistant et d'autre part la notion de reproduction comme une action de répétition et d'imitation. Le clone n'est pas défini par l'adjectif *« humain »*, pendant que les chimères et les hybrides sont reconnus comme des *« humains »* vue de leur potentielle utilité biologique. Le législateur français a donc préféré de ne pas légaliser tout ce qui est scientifiquement possible au nom de la protection des générations humaines futures. Cette voie mérite sans doute d'être suivie par le législateur polonais.

620. La loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : entre la confirmation de l'interdiction et l'assouplissement des règles. Plusieurs éléments se trouvent au cœur de cette nouvelle révision de la loi bioéthique en France, consacrée en grande partie à la réglementation des interventions extérieures à la procréation humaine, plus particulièrement à l'embryon et au fœtus, ainsi qu'aux règles d'accès à la procréation médicalisée légèrement assouplies. Cet assouplissement peut s'analyser sous un angle double. Premièrement, il intervient au stade consultatif et préalable au déclenchement de la procédure de la procréation médicalisée dans l'intimité du cabinet médical où le médecin auditionne d'une part le couple candidat sur la réalité de sa motivation, et d'autre part, où il est habilité par la loi de faire la promotion pour les dons d'ovocytes et des gamètes[1045]. Il convient de souligner

[1044] M. Véron, *Bioéthique : le contenu de la loi du 6 août 2004*, Droit pénal, 2004, étude n° 4 ; P. Mistretta, *La protection de la dignité de la personne humaine et les vicissitudes du droit pénal*, JCP, éd. gen., 2005, I, 100, n° 19

[1045] Selon les articles L.1244-1-1 et L.1244-1-2 du code de la santé publique

que l'article L.1244-2 du code de la santé publique a fondé la capacité d'être un donneur sur des critères purement biologiques et non sur un critère de la majorité juridique. Par conséquent, le spectre des donneurs a été théoriquement élargi aux mineurs, car la seule condition requise par le législateur est le fait d'avoir procréé préalablement à la proposition du don gratuit. Deuxièmement, l'assouplissement est remarquable dans l'accessibilité à la procédure médicale, qui est devenue plus ouverte et plus souple à l'égard de la question de la stabilité du couple. Car la durée de la vie en couple de deux ans a disparu. L'interruption de l'assistance médicale à la procréation permet aux membres du couple et aux survivants de consentir à l'accueil d'embryons par un autre couple demandeur, par les chercheurs, ou à leur destruction. Paradoxalement, on observe qu'une destruction des embryons est possible, mais pas une insémination posthume même si elle était conforme à la volonté des membres du couple. Si la stabilité du couple dans le premier temps importe peu, le législateur a maintenu la condition d'existence même du couple. Ni l'insémination ni le transfert d'embryon ne peuvent être effectués en dehors du couple, ou après la disparition du couple par cessation de la vie commune, le décès d'un des membres, la séparation de corps ou le dépôt d'une requête en divorce, ou par la volonté individuelle ou commune des membres du couple qui renoncent au projet et qui révoquent par écrit leur consentement devant le médecin traitant.

621. La loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : entre la confirmation de l'interdiction et la pérennisation des exceptions. En faisant la référence aux principes fondateurs de droit français, le législateur a opté pour le maintien d'un certain nombre des interdictions déjà instaurées en 1994 et confirmées en 2004. Cette dernière révision est donc une sorte *« d'adaptation continue du cadre juridique »*[1046], qui peut être qualifiée de tempérée. Elle a confirmé des interdictions telles que l'insémination posthume, la gestation pour autrui, l'interdiction générale des recherches sur l'embryon humain, la levée de l'anonymat des donneurs et l'accès à la procréation médicalisée aux célibataires et aux couples homosexuelles. Seront dorénavant permis certaines exceptions qui témoignent sans doute l'impact et l'influence de la communauté scientifique sur le processus législatif en France. Le don d'embryon n'est plus exceptionnel et la vitrification ovocytaire légalisée par le nouvel article L.2141-1 al.4 du code de la santé publique qui permet de remédier à la pénurie et d'améliorer le transfert et la gestion d'ovocytes par la création des embryons cryo-conservés. Le don d'ovocytes et de gamètes est accessible aux personnes ayant déjà procréé sans aucune indication quant à l'âge légal du donateur. N'est-il pas un symptôme de banalisation du don ? L'article L.2131-4-1 du code de la santé publique a régularisé la

[1046] F. Vialla, (sous la dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, éd. LGDJ 2009

technique du *« bébé-médicament »* au profit thérapeutique de ces confrères. Cette dernière régulation pourra s'avérer bénéfique sur le plan préventif, car la pratique de *« l'enfant-médicament »* comporte un risque bien réel de la consommation de l'autre.

622. Les propositions législatives : la France. L'analyse du droit pénal de la procréation en France témoigne une cohérence et une stabilité en matière de loi bioéthique. Les révisions successives ont conduit à l'élaboration d'un statut de l'embryon humain dans le cadre des recherches scientifiques, statut qui n'est pas complètement réglementé en droit polonais. Les recherches exigent la pertinence et l'utilité scientifique, leur surveillance reste un monopole de l'État. En revanche, la dernière loi bioéthique du 7 juillet 2011 a autorisé, dans l'article L.1244-2 du code de la santé publique, les mineurs à donner leurs gamètes à titre gratuit et à condition qu'ils aient déjà procrée. Ce choix est étonnant, car il repose sur des critères purement biologiques. L'alinéa 3 du même article donne la même autorisation aux personnes majeures qui n'ont pas procréé. En ce qui concerne les examens anténataux, leur définition faisaient référence à la pathologie recherchée n'était pas modifiée de façon significative. Désormais, l'échographie fœtale sera systématiquement proposée aux femmes, ce qui pourra à long terme conduire au développement de comportements individuels encore plus favorables aux dépistages anténataux. L'analyse comparée du droit pénal français et du droit pénal polonais témoigne, de l'existence d'une nécessité de renforcer la protection anténatale de l'être humain en droit français. Les dispositions actuelles protègent l'enfant conçu à travers sa mère, et non en tant qu'être humain unique et singulier. Par exemple, l'article 223-15-2 du code pénal accorde une protection spéciale aux femmes enceintes. Leur vulnérabilité est causée par l'état de grossesse. L'intégralité physique de l'embryon et du fœtus ne sont pas pris en compte. On pourra punir, comme c'est le cas en Pologne, seulement les atteintes involontaires lorsque l'expulsion prématurée du fœtus est causée par un accident de la circulation.

623. Les propositions législatives : la Pologne. La question des modifications et des interventions législatives devra concerner à la fois la législation déjà en vigueur en Pologne et la loi bioéthique en préparation. Si les dispositions du code pénal polonais témoignent d'une forte prise en compte à la fois de la femme enceinte et de l'intégrité physique de l'enfant conçu, en revanche, la liberté de s'autodéterminer et de maîtriser son corps demande encore des modifications pour que cette maîtrise soit réelle. Il semble que la disposition de l'article 156§1 al.2 incriminant les atteintes aux capacités procréatrices est inadaptée. Car elle s'applique à toute type d'atteinte, y comprit aux stérilisations chirurgicales volontaires et

effectuées à visée contraceptive. Ils serait judicieux de légaliser, comme c'est le cas en France, les stérilisations contraceptives demandées par les patients, tout en maintenant la sanction pénale des stérilisations forcées ou systématiquement imposées à telle ou telle catégorie de personnes, et des actes volontairement ou accidentellement dommageables qui détruisent les capacités procréatrices. Cette légalisation pourra donc se justifier par la prise en compte de la volonté subjective des patients, une tendance fortement présente en droit médical français. En ce qui concerne le projet de loi bioéthique, le législateur polonais pourra s'inspirer des dispositions équivalentes relatives à la recherche sur l'embryon humain de la loi du 7 juillet 2011. S'agissant de l'accès à la procréation médicalement assistée, elle devra rester réservée aux couples mariés, ce qui sera compatible avec la société polonaise, et devra s'accompagner de la prise en charge financière complète par les Caisses de Malades. Il sera raisonnable de créer deux embryons dans le cadre de la procréation médicalisée assortie d'un transfert simultané.

ANNEXES

Annexe n° 1 : Modèle de la plainte pour la violation de l'article 152§2 du code pénal (Pologne)
Annexe n° 2 : Déclaration préalable du patient en cas de l'opération de stérilisation (France)

Annexe n° 3 : Certificat médical d'accouchement (France)

Annexe n° 4 : L'incrimination comparative de l'interruption illicite de grossesse (France et Pologne)
Annexe n° 5 : Les juridictions judiciaires en Pologne
Annexe n° 6 : Les modifications apportées par la loi n° 2001-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en matière de la procréation humaine (France)

ANNEXE N° 1

A..... le.....

La personne qui avise :

Nom..... Prénom.....
Rue.....
Ville..... Code.....

Procureur de District du Bureau de.....
Ville.....
Code.....

PLAINTE

(Portant sur la violation de l'article 152§2 du code pénal)

Dans le cadre de la publication de publicités dans la presse, qui semblait de.....et avec les mots suivants :.....
J'informe quant à la possibilité de la commission de l'infraction définie à l'article 152§2du code pénal qui e été commise par l'éditeur .....

La preuve : une copie de l'avis

MOTIFS

En premier, il faut rappeler le libelle de l'article 152 du code pénal, en mettant l'accent plus particulièrement sur le contenu de la publicité. Il faut démontrer qu'elle offre aux éventuelles clientes une assistance effective à l'interruption de la grossesse en violation de la loi et bien dans les hypothèses prévues par l'article 152§2 du code pénal. Il est indispensable d'illustrer quel est le type de criminalité présent dans la publicité. Car, comme il ressorte de la législation et de l'expérience de la vie que les spécificités des services gynécologiques se distinguent des autres actes médicaux et peuvent être bien compatibles ou incompatibles avec la loi. De ce fait, sera indiqué le contenu de cette annonce qui doit monter clairement une possibilité de traiter des interruptions de grossesse effectuées d'une manière contraire à la loi. En autre, il s'agit de prouver indication directe des moyens d'aide substantielle pour les

femmes enceintes par le fait d'administrer, de prendre le contacte avec un gynécologue prestataire de tels traitements.

En deuxième, il faut prouver que la presse annonce ici des renseignements susceptibles avoir une importance cruciale pour la réalisation matérielle de l'infraction (les contacts, les adresses, les noms). Information a été montrée au public, elle aide directement à la mise en œuvre des traitements spécifiques.

En conclusion, il faut démontrer une volonté d'une part de violer l'interdiction prévue dans l'article 152§2 du code pénal, et d'autre part de violer l'interdiction prévue dans l'article 36§2 de la loi sur la presse. Cette dernière disposition interdit expressément le fait de publier les textes dont le contenu est contraire à la loi ou aux rapports sociaux. Sachant donc que la presse reste une institution avec une importance mission sociale, la nocivité sociale de l'acte décrit ci-dessus doit être évidente. Compte tenu des informations fournies, il ne fait aucune doute qu'il s'agit des prendre des mesures dans la procédure préparatoire, afin d'aller au tribunal.

..... Annexe : une copie de l'avis
(date et signature lisibles)

ANNEXE N° 2

DECLARATION

Le ou la souligné(e), M. ou Mme..... prie le Dr..... d'effectuer sur sa personne, une ligature des deux canaux déférents/trompes.

Il/elle est parfaitement conscient(e) des conséquences de cette intervention. Il/elle sait que cette intervention tend à réaliser une infertilité constante, mais qu'il n'existe pas de garanties absolue à cet égard.

Il/elle consent à tout traitement médical s'avérant en l'occurrence utile ou nécessaire.

Fait le.....à.....

Signature du patient
.....

Signature du médecin
.....

ANNEXE N° 3

Partie à conserver dans
le dossier médical

CERTIFICAT MEDICAL D'ACCOUCHEMENT N° 1

En vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie
Décret n°2008-798 du 20/06/2008 pris en application de l'article 79-1 al. 2 du code civil

Situation ouvrant la possibilité d'un certificat d'accouchement	Situation n'ouvrant pas la possibilité d'un certificat d'accouchement
.....	.....
.....	.....
Accouchement spontané ou provoqué pour raison médical (IMG)	Interruption spontanée de grossesse (fausse couche) et IVG
.....	.....
.....	.....

Nom et prénom de la parturiente.....
Date de naissance.....
Date et heure de l'acte, Date .....Heure.....
Lieu..... Établissement.....
Autre.....
Adresse.....
Commune.....Code postale.....
Nom et qualité du praticien.....

Partie à détacher et transmettre à l'officier d'État civil

CERTIFICAT D'ACCOUCHEMENT N° 2

En vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie auprès de l'officier d'état civil

(Article 79-1 alinéa 2 du code civil)

Je soussigné(e),
Prénom.....Nom.....
Qualité : Docteur en médecine..... Sage-femme.....
Certifie que :
Prénom.....Nom de famille.....
Nom d'usage (le cas échéant).....
A accouché, le..... à .....H.....mn.....à commune.....code postal.....
D'un enfant mort-né vivant mais non viable, de sexe F.....M.....

Fait à ....., le.....

Cachet de l'établissement Signature et cachet du praticien

ANNEXE N° 4

L'incrimination comparative de l'interruption illicite de grossesse

1. LES INTERRUPTIONS ILLICITES DE GROSSESSE SANS LE CONSENTEMENT

1.1. La France :

* 223-10 CP
* L.2222-1 CSP
* L.2222-2 CSP
* L.2222-3 CSP

1.2. La Pologne :

* 153§1 CP
* 153§2 CP
* 154§2 CP

2. LES INTERRUPTIONS ILLICITES DE GROSSESSE AVEC LE CONSENTEMENT

2.1. La France :

* L.2222-2 CSP
* L.2222-3 CSP

2.2. La Pologne :

* 152§1 CP
* 152§2 CP
* 153§3 CP

ANNEXE N° 5

Les juridictions judiciaires en Pologne (*)

I. Les juridictions supranationales :

Cour de justice de l'Union européenne

- les jugements applicables par les tribunaux polonais

Cour Européenne des droits de l'homme

- les jugements applicables par les tribunaux polonais

II. Les juridictions nationales :

Cour Suprême – Sąd Najwyższy

- la plus haute juridiction polonaise, dernière instance pour chaque procès
- l'équivalent français : Cour de Cassation
- la compétence : les crimes, les délits, les contraventions
- Chambres : civile, pénale, travail, sociale, des affaires publiques, militaire

Tribunal Constitutionnel – Trybunał Konstytucyjny

-l'équivalent français : Conseil Constitutionnel, depuis le 26 mars 1982

Cour d'appel – Sąd Apelacyjny

- l'équivalent français : Cour d'appel
- depuis 1990
- la compétence : les compétences directement déléguées par la loi, elle juge les appels en deuxième instance les affaires des Cours régionaux en droit pénal, civil, droit de famille et de la sécurité sociale, droit du travail
- il existe 11 Cours d'appel (le 30/06/2011)

Cour régional – Sąd Okręgowy

- l'équivalent français : Tribunal de Grande Instance des grandes villes comme les capitales de la région : Paris, Marseille, Nanterre....
- la compétence : elle juge les appels en première instance les crimes et les délits après le jugement du Tribunal régional
- Chambres : pénale, civile, pénitentiaire et d'application des peines, droit du travail et de la sécurité sociale
- il existe 45 Cours régionales en Pologne (le 30/06/2011)

Tribunal régional - Sąd Rejonowy

- l'équivalent français : Tribunal de Grande Instance
- la compétence : les crimes, les délits, les contraventions
- Chambres : civile, pénale, commerciale, sociale, droit de travail Chambre de la famille, le Registre (le nombre des Chambres varie selon le Tribunal régional)
- il existe 321 Tribunaux régionaux (le 30/06/2011)

Tribunal grodzki - Sąd Grodzki

- l'équivalent français : Tribunal d'Instance
- la compétence : les contraventions, les accusations privées, les infractions fiscales
- fermés le 01/01/2010, les compétences ont été transmises vers les tribunaux régionaux

(*) En Pologne, il n'existe pas le juge de proximité, ni le tribunal de police. Les compétences particulières (droit de mineurs, droit rural, droit de commerce...) sont soumises aux juridictions d'ordre judiciaire selon la gravité de faits, soumise à la classification tripartite de infraction, selon la carte judiciaire et non en fonction de la qualité de l'auteur, comme c'est le cas en France. Selon les statistiques publiées par le Ministère de la Justice de Pologne le 30 juin 2011, il existe 377 tribunaux avec 10323 juges.

ANNEXE N° 6

Les principales modifications de la loi du n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en matière de la procréation humaine

I. Diagnostic prénatal, diagnostic préimplantatoire et échographie obstétricale et fœtal

Article 20 : Le champ de diagnostic prénatal

Nouvel article L2131-1 du CSP :
Le diagnostic prénatal s'entend des pratiques médicales, y compris l'échographie obstétricale et fœtale, ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité.

Toute femme enceinte reçoit, lors d'une consultation médicale, une information loyale, claire et adaptée à sa situation sur la possibilité de recourir, à sa demande, à des examens de biologie médicale et d'imagerie permettant d'évaluer le risque que l'embryon ou le fœtus présente une affection susceptible de modifier le déroulement ou le suivi de sa grossesse.

Le prescripteur, médecin ou sage-femme, communique les résultats de ces examens à la femme enceinte et lui donne toute l'information nécessaire à leur compréhension.

En cas de risque avéré, la femme enceinte et, si elle le souhaite, l'autre membre du couple sont pris en charge par un médecin et, le cas échéant ou à sa demande, orientés vers un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Ils reçoivent, sauf opposition de leur part, des informations sur les caractéristiques de l'affection suspectée, les moyens de la détecter et les possibilités de prévention, de soin ou de prise en charge adaptée du fœtus ou de l'enfant né. Une liste des associations spécialisées et agréées dans l'accompagnement des patients atteints de l'affection suspectée et de leur famille leur est proposée.

En cas de risque avéré, de nouveaux examens de biologie médicale et d'imagerie à visée diagnostique peuvent être proposés par un médecin, le cas échéant membre d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal, au cours d'une consultation adaptée à l'affection recherchée.

Préalablement à certains examens mentionnés au II et aux examens mentionnés au IV du présent article, le consentement prévu au troisième alinéa de l'article L. 1111-4 est recueilli par écrit auprès de la femme enceinte par le médecin ou la sage-femme qui prescrit ou, le cas échéant, qui effectue les examens. La liste de ces examens est déterminée par arrêté du ministre chargé de la santé au regard notamment de leurs risques pour la femme enceinte, l'embryon ou le fœtus et de la possibilité de détecter une affection d'une particulière gravité chez l'embryon ou le fœtus.

Préalablement au recueil du consentement mentionné au V et à la réalisation des examens

mentionnés aux II et IV, la femme enceinte reçoit, sauf opposition de sa part dûment mentionnée par le médecin ou la sage-femme dans le dossier médical, une information portant notamment sur les objectifs, les modalités, les risques, les limites et le caractère non obligatoire de ces examens.

En cas d'échographie obstétricale et fœtale, il lui est précisé en particulier que l'absence d'anomalie détectée ne permet pas d'affirmer que le fœtus soit indemne de toute affection et qu'une suspicion d'anomalie peut ne pas être confirmée ultérieurement.

Les examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal sont pratiqués dans des laboratoires de biologie médicale faisant appel à des praticiens en mesure de prouver leur compétence, autorisés selon les modalités prévues au titre II du livre Ier de la sixième partie et accrédités selon les modalités prévues au chapitre Ier du titre II du livre II de la même partie. Lorsque le laboratoire dépend d'un établissement de santé, l'autorisation est délivrée à cet établissement.

La création de centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal, mentionnés au III, dans des organismes et établissements de santé publics et privés d'intérêt collectif est autorisée par l'Agence de la biomédecine.

Article 23 : Le contrôle des établissements par l'Agence de la biomédecine

Nouvel article L.2131-2 du CSP :
Tout établissement ou laboratoire autorisé à pratiquer des examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal, tout centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal est tenu de présenter à l'agence régionale de santé et à l'Agence de la biomédecine instituée à l'article L. 1418-1 un rapport annuel d'activité suivant des modalités déterminées par arrêté du ministre chargé de la santé.

Nouvel article L.2131-3 du CSP :
Toute violation constatée dans un établissement ou un laboratoire, et du fait de celui-ci, des prescriptions législatives et réglementaires applicables au diagnostic prénatal entraîne le retrait temporaire ou définitif des autorisations prévues à l'article L. 2131-1.

Le retrait de l'autorisation d'un établissement ou d'un laboratoire est également encouru en cas de violation des prescriptions fixées par l'autorisation ou si le volume d'activité ou la qualité des résultats est insuffisant.

Le retrait ne peut intervenir qu'après un délai d'un mois suivant une mise en demeure adressée par l'autorité administrative à l'établissement ou au laboratoire concerné et précisant les griefs. En cas de violation grave des dispositions du présent titre, l'autorisation peut être suspendue sans délai à titre conservatoire.

Article 21 et 32 : Le diagnostic préimplantatoire

Nouvel article L.2131-4 du CSP :
On entend par diagnostic préimplantatoire le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro.

Le diagnostic préimplantatoire n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes :

Un médecin exerçant son activité dans un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal tel que défini par l'article L. 2131-1 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

Le diagnostic ne peut être effectué que lorsqu'a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie.

Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic.

Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter.

Il ne peut être réalisé, à certaines conditions, que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet par l'Agence de la biomédecine instituée à l'article L. 1418-1.

En cas de diagnostic sur un embryon de l'anomalie ou des anomalies responsables d'une des maladies mentionnées au deuxième alinéa, les deux membres du couple, s'ils confirment leur intention de ne pas poursuivre leur projet parental en ce qui concerne cet embryon, peuvent consentir à ce que celui-ci fasse l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5. Par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 1111-2 et à l'article L. 1111-7, seul le médecin prescripteur des examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal est habilité à en communiquer les résultats à la femme enceinte.

Article 22 : Suppression du caractère expérimental du double diagnostic préimplantatoire

Nouvel article L. 2131-4-1 du CSP :

Par dérogation au sixième alinéa de l'article L. 2131-4, et sous réserve d'avoir épuisé toutes les possibilités offertes par les articles L. 1241-1 à L. 1241-7, le diagnostic préimplantatoire peut également être autorisé lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1. le couple a donné naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique entraînant la mort dès les premières années de la vie et reconnue comme incurable au moment du diagnostic ;

2. le pronostic vital de cet enfant peut être amélioré, de façon décisive, par l'application sur celui-ci d'une thérapeutique ne portant pas atteinte à l'intégrité du corps de l'enfant né du transfert de l'embryon in utero, conformément à l'article 16-3 du code civil ;

3. le diagnostic mentionné au premier alinéa a pour seuls objets de rechercher la maladie génétique ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter, d'une part, et de permettre l'application de la thérapeutique mentionnée au troisième alinéa, d'autre part.

Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic. La réalisation du diagnostic est soumise à la délivrance d'une autorisation par l'Agence de la biomédecine, qui en rend compte dans son rapport public conformément à l'article L. 1418-1. Cette autorisation est subordonnée au respect des dispositions prévues au dernier alinéa de l'article L. 2141-3.

Article 23 : Autorisation des laboratoires de biologie médicale et des centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal

Nouvel article L.2131-2 du CSP :

Tout établissement ou laboratoire autorisé à pratiquer des examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal, tout centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal est tenu de présenter à l'agence régionale de santé et à l'Agence de la biomédecine instituée à l'article L. 1418-1 un rapport annuel d'activité suivant des modalités déterminées par arrêté du

ministre chargé de la santé.

Nouvel article L.2131-3 du CSP :

Toute violation constatée dans un établissement ou un laboratoire, et du fait de celui-ci, des prescriptions législatives et réglementaires applicables au diagnostic prénatal entraîne le retrait temporaire ou définitif des autorisations prévues à l'article L. 2131-1.

Le retrait de l'autorisation d'un établissement ou d'un laboratoire est également encouru en cas de violation des prescriptions fixées par l'autorisation ou si le volume d'activité ou la qualité des résultats est insuffisant.

Le retrait ne peut intervenir qu'après un délai d'un mois suivant une mise en demeure adressée par l'autorité administrative à l'établissement ou au laboratoire concerné et précisant les griefs. En cas de violation grave des dispositions du présent titre, l'autorisation peut être suspendue sans délai à titre conservatoire.

Nouvel article L.2131-4 du CSP :

On entend par diagnostic préimplantatoire le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro.

Le diagnostic préimplantatoire n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes :

Un médecin exerçant son activité dans un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal tel que défini par l'article L. 2131-1 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

Le diagnostic ne peut être effectué que lorsqu'a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie.

Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic.

Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter.

Il ne peut être réalisé, à certaines conditions, que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet par l'Agence de la biomédecine instituée à l'article L. 1418-1.

En cas de diagnostic sur un embryon de l'anomalie ou des anomalies responsables d'une des maladies mentionnées au deuxième alinéa, les deux membres du couple, s'ils confirment leur intention de ne pas poursuivre leur projet parental en ce qui concerne cet embryon, peuvent consentir à ce que celui-ci fasse l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5. Par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 1111-2 et à l'article L. 1111-7, seul le médecin prescripteur des examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal est habilité à en communiquer les résultats à la femme enceinte.

Nouvel article L.2131-5 du CSP :

Sauf disposition contraire, les modalités d'application du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'Etat et notamment :

1° Les missions, le rôle auprès des autres intervenants en matière de diagnostic prénatal et les conditions de création et d'autorisation des centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal

prévus à l'article L. 2131-1 ;

2° La nature des examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal et les conditions dans lesquelles ils peuvent être pratiquées dans les établissements publics de santé et les laboratoires de biologie médicale autorisés ;

3° Les conditions dans lesquelles le diagnostic préimplantatoire peut être réalisé dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet.

II. IVG pratiquée pour motif médical

Article 25 : Interruption de grossesse pratiquée pour motif médical

Article 26 : Délai de réflexion avant une décision d'interruption de grossesse pratiquée pour motif médical

Nouvel article L.2213-1 du CSP :

L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme comprend au moins quatre personnes qui sont un médecin qualifié en gynécologie-obstétrique, membre d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal, un praticien spécialiste de l'affection dont la femme est atteinte, un médecin choisi par la femme et une personne qualifiée tenue au secret professionnel qui peut être un assistant social ou un psychologue. Le médecin qualifié en gynécologie-obstétrique et le médecin qualifié dans le traitement de l'affection dont la femme est atteinte doivent exercer leur activité dans un établissement de santé.

Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme est celle d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Lorsque l'équipe du centre précité se réunit, un médecin choisi par la femme peut, à la demande de celle-ci, être associé à la concertation. Hors urgence médicale, la femme se voit proposer un délai de réflexion d'au moins une semaine avant de décider d'interrompre ou de poursuivre sa grossesse.

Dans les deux cas, préalablement à la réunion de l'équipe pluridisciplinaire compétente, la femme concernée ou le couple peut, à sa demande, être entendu par tout ou partie des membres de ladite équipe.

III. Anonymat du don de gamètes

Article 27 : Réglementation de la conservation des données détenues par les CECOS

Nouvel article L.1244-6 du CSP :
Les organismes et établissements autorisés dans les conditions prévues à l'article L. 2142-1 fournissent aux autorités sanitaires les informations utiles relatives aux donneurs. Un médecin peut accéder aux informations médicales non identifiants en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu à partir de gamètes issus de don.

En application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, toute personne, autorité publique, service ou organisme, et notamment les centres d'études et de conservation des œufs et du sperme humains, qui recueille et conserve des données à caractère personnel relatives aux donneurs de gamètes ou d'embryons, aux couples receveurs ou aux personnes issues des techniques d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur est soumis au contrôle de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Celle-ci contrôle les conditions dans lesquelles est effectué le recueil des données à caractère personnel à l'occasion des procréations médicalement assistées. La mise en place de tout traitement automatisé concernant ces données est soumise au respect des modalités de déclarations et d'autorisations préalables selon le type de données conservées, en application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée. La commission peut réaliser des contrôles sur place afin de s'assurer de la bonne conservation de ces données, quel qu'en soit le support.

En cas de non-respect de cette même loi, elle peut mettre en œuvre les mesures prévues aux articles 45 à 52 de ladite loi.

IV. Assistance médicale à la procréation

Article 28 : Don d'ovocytes par des femmes n'ayant pas encore procréé et autorisation d'absence au bénéfice des donneuses
Article 31 : Suppression de l'agrément individuel des praticiens exerçant des activités d'assistance médicale à la procréation ou de diagnostic prénatal, l'autorisation des procédés utilisés en assistance médicale à la procréation ; règles de bonnes pratiques en matière de stimulation ovarienne

Nouvel article L.2141-1 du CSP :
L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle. La liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé après avis de l'Agence de la biomédecine. Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités et les critères d'inscription des procédés sur cette liste. Les critères portent notamment sur le respect des principes fondamentaux de la bioéthique prévus en particulier aux articles 16 à 16-8 du code civil, l'efficacité, la reproductibilité du procédé ainsi que la sécurité de son utilisation pour la femme et l'enfant à naître. L'Agence de la biomédecine remet au ministre chargé de la santé, dans les trois mois après la promulgation de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, un rapport précisant la liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation ainsi que les modalités et les critères d'inscription des procédés sur cette liste.

Toute technique visant à améliorer l'efficacité, la reproductibilité et la sécurité des procédés figurant sur la liste mentionnée au premier alinéa du présent article fait l'objet, avant sa mise en œuvre, d'une autorisation délivrée par le directeur général de l'Agence de la biomédecine après avis motivé de son conseil d'orientation.

Lorsque le conseil d'orientation considère que la modification proposée est susceptible de

constituer un nouveau procédé, sa mise en œuvre est subordonnée à son inscription sur la liste mentionnée au même premier alinéa.

La technique de congélation ultra-rapide des ovocytes est autorisée.

La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation privilégie les pratiques et procédés qui permettent de limiter le nombre des embryons conservés. L'Agence de la biomédecine rend compte, dans son rapport annuel, des méthodes utilisées et des résultats obtenus.

La stimulation ovarienne, y compris lorsqu'elle est mise en œuvre indépendamment d'une technique d'assistance médicale à la procréation, est soumise à des règles de bonnes pratiques fixées par arrêté du ministre chargé de la santé.

Un arrêté du ministre chargé de la santé, pris sur proposition de l'Agence de la biomédecine, définit les règles de bonnes pratiques applicables à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur.

Article 32 : Autorisation des procédés de conservation des gamètes utilisés dans le cadre d'une procédure de préservation de la fertilité au titre des procédés d'AMP

Nouvel article L.2141-1-1 du CSP :
Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle.

Les procédés biologiques utilisés pour la conservation des gamètes et des tissus germinaux sont inclus dans la liste prévue à l'article L. 2141-1, selon les conditions déterminées par cet article.

Article 33 : Finalité et conditions d'accès à l'AMP

Nouvel article L.2141-2 du CSP :
L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué.

L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation.

Article 34 : Consentement des couples à l'utilisation des embryons surnuméraires pour la recherche

Nouvel article L.2141-4 du CSP :

Les deux membres du couple dont des embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental.

S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que :

1° Leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6 ;

2° Leurs embryons fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5 ou, dans les conditions fixées par cet article et l'article L. 1125-1, à ce que les cellules dérivées à partir de ceux-ci entrent dans une préparation de thérapie cellulaire à des fins exclusivement thérapeutiques ;

3° Il soit mis fin à la conservation de leurs embryons.

Dans tous les cas, le consentement ou la demande est exprimé par écrit et fait l'objet d'une confirmation par écrit après un délai de réflexion de trois mois. En cas de décès de l'un des membres du couple, le membre survivant ne peut être consulté avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du décès, sauf initiative anticipée de sa part.

Dans le cas où l'un des deux membres du couple consultés à plusieurs reprises ne répond pas sur le point de savoir s'il maintient ou non son projet parental, il est mis fin à la conservation des embryons si la durée de celle-ci est au moins égale à cinq ans. Il en est de même en cas de désaccord des membres du couple sur le maintien du projet parental ou sur le devenir des embryons.

Lorsque les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, ont consenti, dans les conditions prévues aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6, à l'accueil de leurs embryons et que ceux-ci n'ont pas été accueillis dans un délai de cinq ans à compter du jour où ce consentement a été exprimé par écrit, il est mis fin à la conservation de ces embryons.

Nouvel article L.2141-5 du CSP :

Les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 2141-6.

En cas de décès d'un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 2141-6.

Article 35 : Suppression du caractère exceptionnel du don d'embryon

Nouvel article L.2141-6 du CSP :

Un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 2141-2 peut accueillir un embryon lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, y renonce.

L'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 2141-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique. L'autorisation d'accueil est délivrée pour une durée de trois ans renouvelable.

Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives.

Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiants concernant le couple ayant renoncé à l'embryon.

Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au couple ayant renoncé à

l'embryon.

L'accueil de l'embryon est subordonné à des règles de sécurité sanitaire. Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies infectieuses.

Seuls les établissements publics ou privés à but non lucratif autorisés à cet effet peuvent conserver les embryons destinés à être accueillis et mettre en œuvre la procédure d'accueil.

Article 36 : Assistance médicale à la procréation avec un tiers donneur

Nouvel article L.2141-7 du CSP :
L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut être mise en œuvre lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple

Nouvel article L.2141-10 du CSP :
La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du code de la famille et de l'aide sociale.

Ils doivent notamment :

1° Vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption ;

2° Informer ceux-ci des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, de leurs effets secondaires et de leurs risques à court et à long terme, ainsi que de leur pénibilité et des contraintes qu'elles peuvent entraîner ;

2° bis Informer ceux-ci de l'impossibilité de réaliser un transfert des embryons conservés en cas de rupture du couple ou de décès d'un de ses membres ;

3° Leur remettre un dossier-guide comportant notamment :

a) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'assistance médicale à la procréation ;

b) Un descriptif de ces techniques ;

c) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet.

La demande ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien.

La confirmation de la demande est faite par écrit.

L'assistance médicale à la procréation est subordonnée à des règles de sécurité sanitaire.

Elle ne peut être mise en œuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent titre ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe clinicobiologique pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître.

Les époux, les partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le code civil, leur consentement au juge ou au notaire.

Article 38 : Habilitation des sages-femmes à concourir aux activités d'assistance médicale à la procréation

Nouvel article L.4151-1 du CSP :
L'exercice de la profession de sage-femme comporte la pratique des actes nécessaires au diagnostic, à la surveillance de la grossesse et à la préparation psychoprophylactique à l'accouchement, ainsi qu'à la surveillance et à la pratique de l'accouchement et des soins postnataux en ce qui concerne la mère et l'enfant, sous réserve des dispositions des articles L. 4151-2 à L. 4151-4 et suivant les modalités fixées par le code de déontologie de la profession, mentionné à l'article L. 4127-1.

L'examen postnatal peut être pratiqué par une sage-femme si la grossesse a été normale et si l'accouchement a été eutocique.

L'exercice de la profession de sage-femme peut comporter également la réalisation de consultations de contraception et de suivi gynécologique de prévention, sous réserve que la sage-femme adresse la femme à un médecin en cas de situation pathologique.

Les sages-femmes sont autorisées à concourir aux activités d'assistance médicale à la procréation, dans des conditions fixées par décret.

Article 39 : Direction et surveillance des recherches biomédicales dans le domaine de la maïeutique et de l'odontologie

Nouvel article L.1121-3 du CSP :
Les recherches biomédicales ne peuvent être effectuées que si elles sont réalisées dans les conditions suivantes :

-sous la direction et sous la surveillance d'un médecin justifiant d'une expérience appropriée ;

-dans des conditions matérielles et techniques adaptées à l'essai et compatibles avec les impératifs de rigueur scientifique et de sécurité des personnes qui se prêtent à ces recherches.

Dans les sciences du comportement humain, une personne qualifiée, conjointement avec l'investigateur, peut exercer la direction de la recherche.

Les recherches biomédicales concernant le domaine de l'odontologie ne peuvent être effectuées que sous la direction et la surveillance d'un chirurgien-dentiste ou d'un médecin justifiant d'une expérience appropriée.

Les recherches biomédicales concernant le domaine de la maïeutique et conformes aux dispositions du dernier alinéa de l'article L. 1121-5 ne peuvent être effectuées que sous la direction et la surveillance d'un médecin ou d'une sage-femme.

Par dérogation au deuxième alinéa, les recherches biomédicales autres que celles portant sur des produits mentionnés à l'article L. 5311-1 et figurant sur une liste fixée par décret en Conseil d'Etat, qui ne comportent que des risques négligeables et n'ont aucune influence sur la prise en charge médicale de la personne qui s'y prête, peuvent être effectuées sous la direction et la surveillance d'une personne qualifiée.

Les recherches biomédicales portant sur des médicaments sont réalisées dans le respect des règles de bonnes pratiques cliniques fixées par décision de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé. Pour les autres recherches, des recommandations de bonnes pratiques sont fixées par décision de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé.

Les personnes chargées du contrôle de qualité d'une recherche biomédicale et dûment mandatées à cet effet par le promoteur ont accès, sous réserve de l'accord des personnes concernées, aux données individuelles strictement nécessaires à ce contrôle ; elles sont soumises au secret professionnel dans les conditions définies par les articles 226-13 et 226-14 du code pénal.

Nouvel article L.1122-1 du CSP :

Préalablement à la réalisation d'une recherche biomédicale sur une personne, l'investigateur, ou un médecin qui le représente, lui fait connaître notamment :

1° L'objectif, la méthodologie et la durée de la recherche ;

2° Les bénéfices attendus, les contraintes et les risques prévisibles, y compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme ;

3° Les éventuelles alternatives médicales ;

4° Les modalités de prise en charge médicale prévues en fin de recherche, si une telle prise en charge est nécessaire, en cas d'arrêt prématuré de la recherche, et en cas d'exclusion de la recherche ;

5° L'avis du comité mentionné à l'article L. 1123-1 et l'autorisation de l'autorité compétente mentionnée à l'article L. 1123-12. Il l'informe également de son droit d'avoir communication, au cours ou à l'issue de la recherche, des informations concernant sa santé, qu'il détient ;

6° Le cas échéant, l'interdiction de participer simultanément à une autre recherche ou la période d'exclusion prévues par le protocole et son inscription dans le fichier national prévu à l'article L. 1121-16. ;

Il informe la personne dont le consentement est sollicité de son droit de refuser de participer à une recherche ou de retirer son consentement à tout moment sans encourir aucune responsabilité ni aucun préjudice de ce fait.

Lorsque la recherche biomédicale concerne le domaine de la maïeutique et répond aux conditions fixées au dernier alinéa de l'article L. 1121-5, l'investigateur peut confier à une sage-femme ou à un médecin le soin de communiquer à la personne qui se prête à cette recherche les informations susvisées et de recueillir son consentement.

Lorsque la recherche biomédicale concerne le domaine de l'odontologie, l'investigateur peut confier à un chirurgien-dentiste ou à un médecin le soin de communiquer à la personne qui se prête à cette recherche les informations susvisées et de recueillir son consentement.

L'objectif d'une recherche en psychologie, ainsi que sa méthodologie et sa durée, peuvent ne faire l'objet que d'une information préalable succincte dès lors que la recherche ne porte que sur des volontaires sains et ne présente aucun risque sérieux prévisible. Une information complète sur cette recherche est fournie à l'issue de celle-ci aux personnes s'y étant prêtées. Le projet mentionné à l'article L. 1123-6 mentionne la nature des informations préalables transmises aux personnes se prêtant à la recherche.

A titre exceptionnel, lorsque dans l'intérêt d'une personne malade le diagnostic de sa maladie n'a pu lui être révélé, l'investigateur peut, dans le respect de sa confiance, réserver certaines informations liées à ce diagnostic. Dans ce cas, le protocole de la recherche doit mentionner cette éventualité.

Les informations communiquées sont résumées dans un document écrit remis à la personne dont le consentement est sollicité. A l'issue de la recherche, la personne qui s'y est prêtée a le droit d'être informée des résultats globaux de cette recherche, selon les modalités qui lui seront précisées dans le document d'information

V. Recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires

Article 40 : Interdiction de la création d'embryons transgéniques ou chimériques
Nouvel article L. 2151-2 du CSP :
La conception in vitro d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite. La création d'embryons transgéniques ou chimériques est interdite.

Article 41 : La recherche sur l'embryon humain

Nouvel article L.2151-5 du CSP :

La recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches est interdite.

Par dérogation au I, la recherche est autorisée si les conditions suivantes sont réunies :

1° La pertinence scientifique du projet de recherche est établie ;

2° La recherche est susceptible de permettre des progrès médicaux majeurs ;

3° Il est expressément établi qu'il est impossible de parvenir au résultat escompté par le biais d'une recherche ne recourant pas à des embryons humains, des cellules souches embryonnaires ou des lignées de cellules souches ;

4° Le projet de recherche et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

Les recherches alternatives à celles sur l'embryon humain et conformes à l'éthique doivent être favorisées.

Une recherche ne peut être menée qu'à partir d'embryons conçus in vitro dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental. La recherche ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus, ou du membre survivant de ce couple, par ailleurs dûment informés des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation. Dans le cas où le couple ou le membre survivant du couple consent à ce que ses embryons surnuméraires fassent l'objet de recherches, il est informé de la nature des recherches projetées afin de lui permettre de donner un consentement libre et éclairé. A l'exception des situations mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 2131-4 et au troisième alinéa de l'article L. 2141-3, le consentement doit être confirmé à l'issue d'un délai de réflexion de trois mois. Dans tous les cas, le consentement des deux membres du couple ou du membre survivant du couple est révocable sans motif tant que les recherches n'ont pas débuté.

Les protocoles de recherche sont autorisés par l'Agence de la biomédecine après vérification que les conditions posées aux II et III du présent article sont satisfaites. La décision motivée de l'agence, assortie de l'avis également motivé du conseil d'orientation, est communiquée aux ministres chargés de la santé et de la recherche qui peuvent, lorsque la décision autorise un protocole, interdire ou suspendre la réalisation de ce protocole si une ou plusieurs des conditions posées aux II et III ne sont pas satisfaites.

En cas de violation des prescriptions législatives et réglementaires ou de celles fixées par l'autorisation, l'agence suspend l'autorisation de la recherche ou la retire. Les ministres chargés de la santé et de la recherche peuvent, en cas de refus d'un protocole de recherche par l'agence, demander à celle-ci, dans l'intérêt de la santé publique ou de la recherche scientifique, de

procéder dans un délai de trente jours à un nouvel examen du dossier ayant servi de fondement à la décision.

Les embryons sur lesquels une recherche a été conduite ne peuvent être transférés à des fins de gestation.

A titre exceptionnel, des études sur les embryons visant notamment à développer les soins au bénéfice de l'embryon et à améliorer les techniques d'assistance médicale à la procréation ne portant pas atteinte à l'embryon peuvent être conduites avant et après leur transfert à des fins de gestation si le couple y consent, dans les conditions fixées au IV.

Article 43 : L'importation et la conservation d'embryons ou de cellules souches embryonnaires à des fins des recherches

Nouvel article L.2151-6 du CSP :

L'importation de cellules souches embryonnaires aux fins de recherche est soumise à l'autorisation préalable de l'Agence de la biomédecine. Cette autorisation ne peut être accordée que si ces cellules souches ont été obtenues dans le respect des principes fondamentaux prévus par les articles 16 à 16-8 du code civil.

L'exportation de cellules souches embryonnaires aux fins de recherche est soumise aux mêmes conditions que l'importation définie au précédent alinéa.

Nouvel article L.2151-7 du CSP :

Tout organisme qui assure, à des fins de recherche, la conservation d'embryons ou de cellules souches embryonnaires doit être titulaire d'une autorisation délivrée par l'Agence de la biomédecine.

La délivrance de l'autorisation est subordonnée au respect des dispositions du titre Ier du livre II de la première partie du présent code, des règles en vigueur en matière de sécurité des personnes exerçant une activité professionnelle sur le site et des dispositions applicables en matière de protection de l'environnement, ainsi qu'au respect des règles de sécurité sanitaire.

En cas de non-respect des dispositions mentionnées au deuxième alinéa, l'Agence de la biomédecine peut, à tout moment, suspendre ou retirer l'autorisation.

L'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé est informée des activités de conservation d'embryons ou de cellules souches embryonnaires à des fins de recherche réalisées sur le même site que des activités autorisées par elle en application des articles L. 1243-2 et L. 1243-5.

Les organismes mentionnés au premier alinéa ne peuvent céder des embryons ou des cellules souches embryonnaires qu'à un organisme titulaire d'une autorisation délivrée en application du présent article ou de l'article L. 2151-5. L'Agence de la biomédecine est informée préalablement de toute cession.

Nouvel article L.2151-8 du CSP :

Les modalités d'application du présent chapitre sont fixées par décret en Conseil d'Etat, notamment les conditions d'autorisation et de mise en œuvre des recherches menées sur des embryons et sur des cellules souches embryonnaires.

Article 53 : La liberté de conscience

Nouvel article L.2151-7-1 du CSP :

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

BIBLIOGRAPHIE

Plan bibliographique :

I. Ouvrages, manuels et mémoires
- **1. les auteurs français**
- **2. les auteurs polonais**

II. Articles
- **1. les auteurs français**
- **2. les auteurs polonais**

III. Jurisprudence pénale française
IV. Jurisprudence civile française
V. Jurisprudence de la Cour Suprême de Pologne, Chambre criminelle et militaire
VI. Les décisions du Tribunal Constitutionnel de Pologne
VII. Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme
VIII. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
IX. Tribunal pénal international pour Rwanda
X. Les rapports
XI. Les dictionnaires thématiques

I. Ouvrages, manuels et mémoires

1. les auteurs français :

Alcaud D., (sous la dir.)
- *Manuel de culture générale*, éd. Hachette 2001
Agacinski S.,
- *Corps en miettes*, éd. Flammarion 2009
Andorno R.,
- *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'éprouve des procréations artificielles*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé 1996
- *La bioéthique et la dignité de la personne*, éd. PUF 1997
Ascensio H., **Decaux E**., **Pellet A**.,
- *Droit international pénal*, éd. Pedone 2000
Atias Ch.,
- *La responsabilité civile du médecin*, éd. PU d'Aix-Marseille 1993
Aubert A.,
- *La qualification pénale des atteintes involontaires à l'embryon ou foetus (produit de la conception humaine in utero)*, Mémoire DEA, Droit Pénal, Nancy II, 1999
Azoux-Bacrie L., (sous la dir.)
- *Bioéthique, Bioéthiques*, éd. Bruylant, coll. Droit et Justice 2003
Bachelard-Jobard C.,
- *L'eugénisme, la science et le droit*, éd. PUF, coll. Le Monde 2001
Bakouche D.,
- *Le transfert d'embryon post mortem*, éd. Economica 2004
Bena M.,
- *Infractions pénales et génétique*, Mémoire de DEA Sciences Criminelles, Nancy II, 2000/2001
Barillet-Lepley M.,
- *Sexualité et handicap*, éd. Harmattan 2001
Bauzon S.,
- *La personne biojuridique*, éd. PUF, coll. Quadrige 2006
Bernard J.,
- *Bioéthique*, éd. Flammation, coll. Dominos, 1994
Berthelot A.,
- *La castration chimique et chirurgicale*, Mémoire, Master II en Droit Pénal et Sciences Criminelles, Nancy II, 2007/2008
Binet J-R.,
- *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, éd. PUF, coll. Le Monde 2002
- *Le nouveau droit de la bioéthique. Commentaire et analyse de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, éd. Litec, coll. Lexis Nexis 2005
Blanchard J-P.,
- *Le sexe et l'état des personnes, Aspects historiques, sociologiques, juridiques*, éd. LGDJ 1993

Boltanski L.,
- *La condition fœtale. Pour une sociologie d'avortement et de l'engendrement*, éd. Seuil-Essai 2004
Bonneaux F.,
- *Une évolution vers la législation de la gestation pour autrui*, Mémoire de Master II, Droit Privé, Nancy II, 2008/2009
Bonniques V.,
- *Naissance et vie préjudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale*, Mémoire DEA Droit Privé, Lille II
Borillo D.,
- *La liberté sexuelle*, éd. PUF 2005
- *Le droit des sexualités*, éd. PUF 2009
Boue A.,
- *La médecine du fœtus*, éd. Odile Jacob 1995
Bourgault-Coudevyle D.,
- *Liberté individuelle, maternité et droit*, thèse, Lille, II, 1999
Branland J-P.,
- *Le sexe et l'état des personnes*, éd. LGDJ 1993
Brion P.,
- *L'accouchement et responsabilité médicale*, Mémoire Master II, Droit pénal et sciences criminelles, Nancy II, 2005/2006
Brunetti-Pons C.,
- *La notion juridique du couple*, éd. Economica 1998
Byk C., (sous la dir.)
- *Bioéthique et droit international, Atour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, éd. Litec 2007
- *Procréation artificielle : où en sont l'éthique et le droit ? Une contribution multidisciplinaire et internationale*, éd. Lacassagne 1989
Caballero F.,
- *Droit du sexe*, éd. LGDJ 2010
Cabrillac R., **Revet T**., **Frosin-Roche M-A**.,
- *Libertés et droits fondamentaux*, éd. Dalloz 2002
Carbasse J-M.,
- *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, éd. PUF 2000
Carbonnier J.,
- *Les personnes*, éd. PUF 2000
Cario R., **Herault J-C**.,
- *Les abuseurs sexuels : Quel(s) traitement(s)*, éd. Harmattan 1998
Cayla O., **Thomas Y**.,
- *Du droit de ne pas naître, A propos de l'affaire Perruche*, éd. Gallimard, coll. Le débat 2002
Charrier J-L.,
- *Code de la Convention européenne des droits de l'homme : textes, commentaires, jurisprudence*, éd. Litec 2005
Chemtob-Concé M-C.,
- *Droit et éthique des manipulations génétiques appliquées à l'homme, Approche européen et international*, éd. Les Études Hospitaliers, Droit international comparé 2001
- *La recherche biomédicale. L'encadrement juridique, déontologique et éthique, cas de la thérapie génique*, éd. Le Études Hospitaliers 2007
Clément J-M.,
- *Les grands principes du droit de la santé*, éd. Les Études Hospitaliers 2005
Cohen-Jonathan G.,

- *Aspects européens des droits fondamentaux*, éd. Montchestien 1999
Conne-Perréard E.,
- *Le syndrome de dépression du prepartum, résultat d'une recherche sur les signes précurseurs de la dépression du post-partum. La psychiatrie de l'enfant*, éd. PUF 1997
Conte Ph.
- *Droit pénal spécial*, éd. Litec 2005
Deffains N., **Py B**., (sous la dir.)
- *Le sexe et la norme*, éd. PU de Nancy 2011
Delmas-Marty M., **Cassesse A**.,
- *Crimes internationaux et juridictions internationales. Valeurs communes de l'humanité*, éd. PUF 2002
Desportes F., **Le Gunehec F**.,
- *Droit pénal général*, éd. Economica 2006
Dhont M.,
- *L'embryon humain, données épidémiologiques de la Belgique*, in *L'embryon humain in vitro*, éd. Bruxelles, 1997
Dorff E.,
- *L'éthique de l'amour*, éd. Nadir 2000
Dreyfuss-Netter F., (sous la dir.)
- *Code de la santé publique, Avec Commentaires*, éd. Litec 2005
Dubois I., (sous la dir.)
- *Progrès médicaux et droit européenne*, Documentation Française 1999
Dumaret A-C., **Rosset D**.,
- *Trisomie 21 : une réalité à Paris*, éd. Laennec 1997
Dupont M., **Paire C**., **Bergoignan-Esper C**.,
- *Droit hospitalier*, éd. Dalloz 2009
Duprat K.,
- *Un malade mental peut-il avoir une sexualité ?*, Mémoire de Master II Sciences Criminelles, Nancy II, 2007/2009, p. 24
Elger B.,
- *Médecine préventive et décisions procréatrices et prénatales*, Médecine et Hygiène1998
Ergec R., **Velu J**.,
- *La Convention européenne des droits de l'homme*, éd. Bruylant, Bruxelles 1990
Erlich M.,
- *Les mutilations sexuelles*, Paris, éd. PUF 1991
Fardeau M.,
- *Éthique et handicap, Aux frontières de la vie : paroles éthiques*, Documentation Française 1991
Ferry L.,
- *Le nouvel ordre économique*, éd. Grasset 1992
Feuillet B., (sous la dir.)
- *L'embryon humain, Approche multidisciplinaire*, éd. Economica 1996
- *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama internationale*, éd. Bruylant, coll. Droit, bioéthique et société 2000
Fontanille M.-**T**.,
-*Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, éd. Searle, Pais 2006
Foyer J.,
- *Le droit de l'enfant à la vie*, in *Les droits naturel de l'enfant*, Actes du 1er. Colloque des juristes catholiques, Versailles, 1979, éd. Téqui, Paris 1980
Fourment F.,
- *Procédure pénale*, éd. Paradigme 2009/2010
Franche D.,

- *Généalogie du génocide rwandais*, Paris 2004
Frydman R.,
- *Mourir avant de n'être*, éd. éd. Odile Jacob 1997
Gadreau M., **Batifoulier P**.,
- *Éthique médicale et politique de santé*, éd. Economica 2005
Gambault A.,
- *Concours médical*, 1982, 104, 41
Garcon E.,
- *Code pénal annoté*, éd. Sirey, 1901-1906
Gattegno P.,
- *Droit pénal spécial*, éd. Dalloz 2003
Glaser S.,
- *Droit international pénal conventionnel*, éd. Bruylant, Bruxelles 1970
Gobert M.,
- *Médecine, bioéthique et droit*, éd. Economica 1999
Gret T.,
- *Le droit des personnes*, éd. Dalloz, coll. Connaissances du droit 1998
Gridel J-P.,
- *Notions fondamentales de droit français*, éd. Dalloz 1992
Guerin-Marchand Cl.,
- *Les manipulations génétiques*, éd. PUF 1997
Guidicelli A.,
- *Génétique humaine et droit : à la redécouverte de l'homme*, thèse Poitiers 1993
Guillebaud J-C.,
- *Le principe d'humanité*, Paris, éd. Seuil 2001
Habermas S.,
- *L'avenir de la nature humaine, Vers un eugénisme libéral ?*, éd. Gallimard, coll. Essais 2002
Hennette-Vauchez S.,
- *Droit de la bioéthique*, éd. La Découverte 2009
- *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, Paris, éd. LGDJ 2006
Héritier F.,
- *Masculin, féminine. Dissoudre la hiérarchie*, éd. Odile Jacob, Paris 2002
Hiberg R.,
- *La destruction des juifs d'Europe*, éd. Fayard, 1988
Hiernaux J.,
- *L'avenir biologique de l'homme*, Cercle d'éducation populaire, éd. Bruxelles 1964
Iacub M.,
Penser les droits de la naissance, éd. PUF, coll. Questions d'éthique 2002
Isnard-Dhonte E.,
- *L'embryon in vitro et le droit*, thèse, Lyon III, 2002
Jacobi D.,
- *L'éternel retour de l'eugénisme*, éd. PUF 2006
Jordan B.,
- *Les imposteurs de la génétique*, Paris, éd. Seuil 2000
Jousse T.,
- *Traité de la justice criminelle en France*, Paris, 1771, partie IV
Knoppers B-M.,
- *La génétique humaine : patrimoine et protection*, in *Vers un anti-destin. Patrimoine génétique et droits de l'humanité*, Gross F., Huber G. (sous la dir.), éd. Odile Jacob 1999
Labbée X.,
- *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, éd. PU de Lille

1990
Labrusse-Riou C.,
- *Expérimentation biomédicale et droits de l'homme*, éd. PUF 1988
Lameyre X.,
- *La criminalité sexuelle*, éd. Frammarion 2000
Laude A., **Mathieu B**., **Tabuteau D**.,
- *Droit de la santé*, éd. PUF 2009
Lebreton G.,
- *Les libertés publiques et droites de l'homme*, éd. Armand Colin 2007
Le Breton D.,
- *Adieu au corps*, Paris, 1999
Lemaire J-F., **Imbert J-L**.,
- *La responsabilité médicale*, éd. PUF, coll. Que sais-je ? 1985
Le Méné J-M.,
- *La trisomie est une tragédie grecque*, éd. Salvador 2009
Lemkin R.,
- *Axis Rule in Occupied Europe, Carnegie Endowment for International Peace*, Washington 1944
Lenoir N.,
- *Europe, le droit et la bioéthique*, éd. Bruylant 1997
- *Le droit international pénal de la bioéthique*, in *Droit international pénal*, Ascensio H., Decaux E., Pellet A., éd. Pédone 2000
Lenoir N., **Mathieu B**.,
- *Le droit international de la bioéthique*, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, 1998
Levi P.,
- *Les naufragés et les rescapés, quarante ans après Auschwitz*, éd. Gallimard 1989
Lidsey-Curter Ch., **Anderson L**., **Tiercier-Holst-Ronesse F**.,
- *Réponse aux besoins des femmes affectées par le conflit armé*, éd. CICR 2004
Lozano R-M.,
- *La protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine*, La Documentation Française 2001
Malabat V.,
- *Droit pénal spécial*, éd. Dalloz 2003
Massager N.,
- *Les droits de l'enfant à naître. Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation*, Études de droit civil, éd. Bruyant 1997
McLaren A., (sous la dir.)
- *Le clonage*, Conseil de l'Europe, coll. Regard éthique 2002
Mathieu B.,
- *Génome humain et droits fondamentaux*, éd. Economica 2000
- *La bioéthique*, éd. Dalloz, coll. Connaissance du droit 2009
- *Le droit à la vie*, Édition du Conseil de l'Europe 2005
Mathieu B., **Laude A**., **Tabuteau D**.,
- *Droit de la santé*, éd. PUF, coll. Thémis 2009
Mattéi J-F.,
- *Les droits de la vie*, éd. Odile Jacob, 1996
- *La vie en question : pour une éthique biomédicale*, Documentation Française 1994
Mehl D.,
- *Naître ? La controverse bioéthique*, éd. Bayard 1999
Mémeteau G.,
- *Le droit médical, jurisprudence française*, éd. Litec 1985

Memin C.,
- *L'expertise de dangerosité des délinquants sexuels*, Mémoire de Master II en Droit Pénal, Nancy II, 2009/2010
Merle R. **Vitu A**.,
- *Traité de droit criminel*, éd. Cujas 1982
Meyrowitz H.,
- *La répression des crimes contre l'humanité par les tribunaux allemands en application de la loi n° 10 du Conseil de contrôle*, thèse, Paris 1960
Millez J.,
- *L'euthanasie du fœtus. Médecine ou eugénisme ?*, éd. Odile Jacob 1999
Morange J.,
- *Génétique et droits de l'homme*, Mélanges J-M. Auby, éd. Dalloz 1992
Mowena J.,
- *La victime des infractions contre les personnes*, thèse Paris V, 2002
Nahoum-Grappe V.,
- *Purifier le lien de filiation. Les viols systématiques en l'ex-Yougoslavie 1991-1995*, Esprit 1995
Neirinck C., (sous la dir.)
- *De la bioéthique au biodroit*, éd. LGDJ, coll. Droit et société 1994
- *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, éd. LGDJ 1984
Nicolau G.,
- *L'influence de progrès de la génétique sur le droit de la famille*, thèse Bordeaux, 1987
Pettiti L-E.,
- *Les transsexuels*, éd. PUF 1992
Pitcho B.,
- *Le statut juridique du patient*, thèse de Montpellier I, Les Études Hospitaliers, Thèses 2004
Pius XII.,
- *Discordi et messagi radiodifusi*, Rome 1952-1953, vol. XIV
Planzer A.,
- *Le crime du génocide*, thèse, Fribourg 1956
Poncela P.,
- *Droit de la peine*, éd. PUF 2001
Pouillet A., **Roche J**.,
- *Libertés publiques et droits de l'homme*, Dalloz 2002
Pousson-Petit J., (sous la dir.)
- *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, éd. Bruylant, 2002
Pradel J., **Danti-Juan M**.,
- *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 2010
Py B.,
- *Le sexe et le droit*, éd. PUF 1999
- *Les recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse, Nancy II, 1993
Rassat M-L.,
- *L'avortement dans les droits français et canadien*, in Mélanges D. Holleaux, éd. Litec 1990, 369
- *Droit pénal spécial*, Dalloz 2004
Renout H.,
- *Droit pénal général*, éd. Paradigme 2005/2006
Robert J.,
- *Droits* de *l'homme et libertés fondamentales*, éd. Montchester 1993
Rogier A.,
- *Dommage corporel : éléments médico-légaux à l'usage du juriste et du médecin*, éd. ESKA

2001
Sadowski I.,
- *Viol et crime de guerre*, Mémoire de DEA Sciences Criminelles, Nancy II, 2002/2003
Salas D.,
- *Sujet de chair et sujet de droit. La justice face au transsexualisme*, éd. PUF, coll. Voies du droit 1994
- *Les transsexuels, nouveaux sujets de droit ?*, éd. PUF 1995
Seuvic J-F.,
- *Paradoxes sur la situation pénale de l'humain avant la naissance et après ma mort*, in *Bioéthique, Les enjeux du progrès scientifique, France, Allemagne*, Furkel F., Jacquot F., Jung H., (sous la dir.), éd. Bruylant, 2000, p.163
Sicard D.,
- *L'éthique médicale et la bioéthique*, éd. PUF, coll. Que sais-je ? 2009
- *Acharnement procréatif, où est l'intérêt de l'enfant ?*, L'express du 16/1/2003, Le Figaro du 16/11/2004
Shorter E.,
- *Naissance de la famille moderne*, éd. Seuil 1999
Styron W.,
- *Le choix de Sophie, Folio*, éd. Gallimard, Paris 2005
Taylor G.,
- *La fidélité dans les couple*, Mémoire de Master II Droit Privé Général, Nancy II, 2007/2008
Teboul G., (sous la dir.)
- *Procréation et droits de l'enfant*, éd. Bruylant, coll. Droit et Justice 2004
Terré F.,
- *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, éd. Flammarion 1987
Terrier E.,
- *Déontologie médicale et droit*, coll. Les Études Hospitaliers, Thèses 2003
Testard J.,
- *La procréation médicalisée*, éd. Flammarion 1993
Teysie B.,
- *Droit civil. Les personnes*, éd. Litec 1998
Thibault C., **Tambourin P**.,
- *État de connaissances sur la reproduction des mammifères et de l'homme et sur utilisation des cellules*, Conseil d'État : Les lois de bioéthiques cinq ans après, Paris 1999, p. 252-253
Thierry J.-**B**.,
-*Handicap et droit pénal*, thèse de l'Université Nancy II 2006
Thomas J-P.,
- *Les fondements de l'eugénisme*, éd. PUF 2005
- *Misère de la bioéthique, pour une morale contre les apprenties sorciers*, Paris, éd. Albin Michel 1998
Truche P.,
- *Les crimes contre l'humanité : bilan et perspectives*, éd. Esprit 1992
Varone F., **Schiffino N.**, (sous la dir.)
- *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, éd. Bruylant, 2003
Vendier R., **Decaux E**., **Chretien J-P**.,
- *Rwanda, un génocide du XXème siècle*, éd. Harmattan 1995
Véron M.,
- *Droit pénal spécial*, éd. Armand Colin 2010
Vialla F., (sous la dir.)
- *Les grandes décisions du droit médical*, éd. LGDJ 2009
Vilry E.,

- *Les moyens de lutte contre la récidive sexuelle*, Mémoire, Master II en Droit Privé Général et Sciences Criminelles, Nancy II, 2009/2010
Viot M.,
- *Injonction de soins et agresseurs sexuels*, Mémoire, Master II en Droit Pénal, Nancy II, 2009/2010
Yeanclois Y., (sous la dir.)
- *Dimensions historiques du droit européen*, Université R. Schuman, Strasbourg III, 2004

2. les auteurs polonais

Andrejew J., (sous la dir.)
- *Système de droit pénal*, éd. Ossolineum 1985
Andrejew J., **Świda W**., **Wolter W**.,
- *Code pénal avec commentaire*, Varsovie 1973
Bartel H.,
- *Embryologie*, Varsovie 1999
Basiega T.,
- *Bioéthique polonaise*, Cracovie 2004
Bernarski, W,
- *Saint Thomas*, Londres 1970
Bojarski, T,
Code pénal avec commentaire, Varsovie 2008
Borajski T., **Giezek J**., **Sienkiewicz Z**.,
- *Droit pénal, La partie spéciale*, Varsovie 2006
Boratyńska M., **Konieczniak P**,
- *Les droits du patient*, Varsovie 2001
Brzeziński T,
- *Éthique médicale*, éd. PZWL, Varsovie 2002
Budyń-Kulik M., **Kozłowska-Kalisz P**., **Mozgawa M**.,
- *Code pénal, Commentaire pratique*, Cracovie 2006
Chyrowicz B.,
- *La bioéthique et ses risques*, Lublin 2002
Cieślak M., (sous la dir.)
- *Système de droit pénal*, Varsovie 1985
Czajkowska-Majewska D.,
- *Nouvel homme, est-il mieux ?*, Varsovie 2005
Daszkiewicz K.,
- *Les infractions contre la vie et la santé dans le Chapitre XIX du code pénal, Commentaire*, Varsovie 2000
Dróżdż D.,
- *Crime de génocide en droit pénal international*, éd. Wolter Varsovie 2010
Dykiet-Nagórska T.,
- *L'autonomie du patient et le droit pénal polonais*, Varsovie 2008
Gałazka M.,
- *Droit pénal face à la procréation réalisée en dehors de l'organisme*, Lublin 2005
Gardocki L.,
- *Droit pénal*, éd. CH BECK, Varsovie, 2010
- *Les problèmes fondamentaux de l'application de la Constitution*, Varsovie 2003
Goettel M.,
- *Droit civil*, éd. Zakamycze 2006

Górniok O., (sous la dir.)
- *Code pénal avec commentaire,* Varsovie 2006
Grudziński K.,
- *Les infractions de l'atteinte involontaire à l'intégrité corporelle,* Varsovie 1969
Ignatowicz J., (sous la dir.)
- *Code de la famille,* Varsovie 1993
Imieliński K.,
- *La sexologie,* Varsovie 1982
Imieliński K., Dulko S.,
- *La malédiction d'Antigone, Transsexualisme : de mites à la réalité,* Varsovie 1988
Imieliński K., **Dulko S**., **Filar M**.,
- *Les transpositions du sexe, transsexualisme et l'identification sexuelle,* Varsovie 1997
Izdebski Z.,
- *La sexualité risquée à l'époque du VIH/SIDA, l'étude comparative 1997-2001-2005,* Annales de l'Université de Zielona Góra 2006
Justyński T.,
- *La conception et la naissance de l'enfant comme les sources de responsabilité civile,* éd. Zakamycze 2003
Kamińska E.,
- *La fin et le début d'un nouveau millénaire,* Varsovie 2004
Kapelańska J.-M.,
- *Le clonage humain et les cellules souches embryonnaires dans le droit international comparé*, Toruń 2006
Karnowska D.,
- *Droit du patient,* éd. ABC 2004
- *La protection de l'enfant conçu en droit pénal polonais,* Toruń 1999
Kopania J.,
- *La dimension éthique du corps,* Cracovie 2002
Kowalczyk J.,
- *Communiqué de presse,* Varsovie 4/10/2004, n° 11.170/04
Krajewski R.,
- *Les controverses juridiques autour de la protection de la vie humaine, l'étude de droit polonais et de droit de canons,* Płock 2004
Lange W.,
- *Problèmes juridiques de la procréation humaine,* Toruń 2000
Liszewska A.,
- *La responsabilité pénale en matière des erreurs médicales,* Cracovie 1998
Marcinkowski T.,
- *Médecine légale pour les juristes,* Varsovie 1993
Marek Z.,
- *Erreur médicale,* Cracovie 1999
- *Droit pénal,* Varsovie 2004
- *Code pénal avec commentaire,* Varsovie 2008
Michalska K.,
- *L'article 446(1) du code civil comme le fondement de l'indemnisation en cas d'une erreur de diagnostics prénataux,* Mélanges M. Pazdan, éd. Zakamycze 2003
Nesterowicz M.,
- *Droit médical,* Toruń 2000
Piasecki K.,
- *Code de la famille avec commentaire,* Varsovie 2006
Pietrzykowski K., (sous la dir.)
- *Code civil,* Varsovie 2008

Pisarski T., (sous la dir.)
- *La gynécologie-obstétrique,* Varsovie 2002
Pisarski T., **Szamatowicz M**.,
- *L'infertilité,* Varsovie 1997
Popielski B.,
- *Médecine et droit,* Varsovie 1968
- *La jurisprudence médicale,* Varsovie 1981
Radwański Z.,
- *Traité de droit privé,* Varsovie 2003
Safjan M.,
- *Droit et les interventions à la procréation humaine,* Varsovie 1990
- *Le défi de la primauté de droit,* Varsovie 2007
- *Droit et médecine-la protection de la personne face aux dilemmes de la médecine moderne,* Varsovie 1998
Sawicki J.,
- *Les erreurs médicales en droit pénal : doctrine et jurisprudence,* Varsovie 1965
Śliwowski J.,
- *Droit pénal,* Varsovie 1979
Smyczyński T.,
- *Droit de la famille, la filiation d'un enfant issu de la procréation médicamentent assistée,* Varsovie 2003
- *Système de droit privé,* Varsovie 2008
Stefański R.-**A**.,
-*Les questions juridiques adressées à la Cour Suprême en matière pénale,* Cracovie 2001
Szcześniak A.-L.,
- *Le plan de la destruction des Slaves,* éd. Polwen, Radom 2001
Szpunar A.,
- *Indemnisation du dommage corporel, Le dommage matériel et corporel,* Bydgoszcz 1998
Twardowski T., **Michalska A**.,
La biologie moderne dans la pratique d'un avocat et d'un biotechnologue, Toruń 2000
Uzarczyk K.,
- *Les fondements idéologiques de l'hygiène raciale en Silésie 1924-1944,* éd. Adam Marszałek, Toruń 2003
Wantowska W., **Kulesza M**,
- *Responsabilité juridique du patient,* Varsovie 1988
Wasek A.,
- *Code pénal, la partie spécial,* éd. CH BECK 2006
Wasylewski J.,
- *La sanction des pratiques sadomasochistes et le droit à la vie privée,* Les études juridiques de Gdańsk 1999
- *Le consentement de la victime en droit pénal polonais,* thèse de l'Université de Gdańsk 1997
Wiak K.,
- *La protection pénale de l'enfant conçu,* Lublin 2001
Wińczorek P.,
- *Commentaire de la Constitution polonaise,* Varsovie 2000
Witkowski L.,
- *L'identité et changement,* Torun 1998
Wojciechowska J.,
- *Les crimes de guerre,* éd. CH BECK 1999
Wolter W.,
- *Code pénal avec commentaire,* Varsovie 1997

Wnukiewicz-Kozlowska A.,
Expérience médicale sur le corps humain de l'homme en droit international et européen, Varsovie 2004
Zamoyski A.,
- *La collection de droits : Sejm de 1778,* Varsovie 1778
Zieliński A.,
- *Code de la procédure civile,* Varsovie 2008
Zielińska E.,
- *L'appréciation juridique et pénale de l'interruption de grossesse,* Varsovie 1986
Zoll A.,
- *Code pénal, la partie spéciale, les infractions contre la vie et la santé*, Cracovie 1999
- *Code pénal, partie spéciale avec commentaire,* éd. Zakamycze 2000

II. Articles

1. les auteurs français

Agallopoulou P.,
- *La loi hellénique concernant les procréations médicalement assistées*, Droit de famille 2004, chronique 11
Alt-Maes F.,
- *L'information médicale du patient au cœur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, Revue de droit sanitaire et sociale 1994, n° 3, p. 381-398
Andorno R.,
- *Les droits nationaux européennes face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne ?*, Revue internationale de droit comparé 1994, 141
Angevin H.,
- *Interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée*, Juris-Classeur Pénal 2007, n° 5, Art. 223-10, Fascicule 40
Ascensio H., **Maison R.**,
- *L'activité des tribunaux pénaux internationaux (2000)*, Annuaire français du droit international, XLIV, 1998, p. 386
- *L'activité des tribunaux pénaux internationaux (1998)*, Annuaire français du droit international, XLVI, 2000, p. 305
Atias C.,
- *Le contrat de substitution de mère,* Dalloz 1986, chronique, p. 67
Aubert J-L.,
- *Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être*, Dalloz, 2001, 490
Auby M-J.,
- *Un droit à la stérilisation ?*, Mélanges J. Robert, p. 19
- *Des problèmes posés par les produits abortifs devant le Conseil d'État*, Revue de droit sanitaire et sociale 1991, p. 228
Aynès L.,
- *Préjudice de l'enfant handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation,* Dalloz 2001, 492
Azoux-Bacrie L.,

- *Du consentement à la procréation médicalement assistée et de son retrait : une approche contestable, in : Le droit de la famille à l'éprouve de la C.E.D.H.*, Krenc F., Puéchavy M. (sous la dir.), Bruylant/Nemesis, Droit et Justice 2008,91
Bacache M.,
- *L'obligation d'information du médecin,* Médecine et droit 2005, 3
- *Le préjudice lié à la naissance,* Centre de Documentation Multimédia en Droit Médical, 24 février 2004, p. 4
Ballestriero V.,
- *La situation de l'enfant mort-né,* Dalloz 1999, chronique, 81
Bandrac M., **Delaisi de Parseval G**., **Depadt-Sebag V**.,
- *Repenser la prohibition de la gestation pour autrui,* Dalloz 2008, 434
Bandrac M.,
- *Réflexions sur la maternité,* Mélanges P. Raynoult
Barzach M.,
- *Bioéthique comparée,* Pouvoirs 1991, 135
Belaud-Guillet A.,
- *Le statut du fœtus ex utero : du droit à la vie au droit sur la vie ?,* Petits Affiches 1998, n° 111
Bergé J-S.,
- *Le droit communautaire dévoyé : le cas Blood,* Semaine Juridique, éd. gen., 2001, I, n° 26
Bernard A., **Siroux D**.,
- *Réglementation de la stérilisation chez les personnes handicapées mentales à l'étranger,* Cahiers du Comité Consultatif National d'Éthique 1996, n° 8, p. 20
Binet J-R.,
- *L'enfant conçu et le projet parentale devant le juge administratif,* Droit de famille 2006, étude, 14
Blanc M.,
- *Peut-on défendre l'eugénisme ?,* Esprit 1993, n° 192, p. 66
Blumberg-Mokri M.,
- *Un nouveau défi : la protection des générations futures au regard des sciences de la vie,* Cahiers de Défense Sociale 2002
Bonfils Ph., **Gouttenoire A**.,
- *Droit des mineurs,* Dalloz 2008, n° 1468, p. 893
Bonfils Ph.,
- *Atteinte à la filiation,* Juris-Classeur Pénal, 2009, Art. 227-12 à 227-14, Fascicule 1040-20
Bonneau J.,
- *Logique juridique et éthique : l'arrêt Perruche,* Gazette du Palais 25-27 novembre 2001, 26
Bonneaux F.,
- *Une évolution vers la légalisation de la gestation pour autrui,* Mémoire Master II, Droit Privé, Nancy II 2008/2009
Boumaza A.,
- *La stérilisation contraceptive et le handicape mentale après la loi du 4 juillet 2001,* Revue de droit sanitaire et sociale 2002, 243
Bourrier-Quenillet A.,
- *Le préjudice sexuel : preuve, nature juridique et indemnisation,* Semaine juridique, éd. gén., 1996, I, 3986
Brahmy B.,
- *Délinquance sexuelle : quelles peines ?, La prise en charge des auteurs d'infractions sexuelles en milieu pénitentiaire, Dossier,* Actualité juridique pénale 2004, n° 4, p. 60
Brondel S.,
- *La stérilisation face à la Convention européenne des droits de l'homme,* Actualité juridique

de droit administratif 2005, 10 octobre, p. 1874
Brunetti-Pons C.,
- *Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Droit de la famille 2001, n° 23
Byk C.,
- *La bioéthique en Europe : un paysage éclaté ?*, Semaine Juridique, éd. gén., 1991, I, 3526
- *La recherche sur l'embryon humaine*, Semaine Juridique, éd. gén., 1996, I, 3949
- *L'embryon jurisprudentiel*, Gazette du Palais 24-25 octobre 1997, 46
- *Le consentement des personnes vulnérables aux soins et à la recherche et la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine*, Revue de droit de santé 1998, 267
- *Responsabilité médicale et pratique de l'échographie et du dépistage prénatal*, Journal de Médecine Légale et de Droit Médical 1997, vol. 40, n° 1, p. 28
- *Le droit civil et l'enfant à naître : une double instrumentalisation*, Revue générale de droit médical 2004, n° 13
- *Journal de médecine légale*, Droit médical 1998, vol. 41, n° 3-4
- *L'apport des États-Généraux aux débats bioéthique*, Droit et Médecine 2009, p. 102
- *Jurisprudence des tribunaux français, inséminations artificielles et changement dans l'éthique de la procréation*, Revue générale de droit médical 2003, n° 10, p. 95
- *La Convention européenne de bioéthique*, Revue international de droit comparé 1993, 1, 157
Cabot T.,
- *La responsabilité du service public hospitalier et l'interruption volontaire de grossesse*, Gazette du Palais, Tables 1985, doctrine, p. 602
Calais-Auloy M-T.,
- *La vie préjudiciable*, Dalloz 2000, IV, n° 15
Cammaret D.,
- *Conclusions de l'avocat général. Audience plénière de la Chambre Criminelle du 6 juin 200*, Droit pénal 2002, chronique 31
Carbonnier J.,
- *Essai sur le droit*, Defrénois 1995, p. 181
Carillon A.,
- *L'influence des arrêts Christine Goodwin sur le consentement au mariage en droit français*, Revue trimestrielle de droit humanitaire 2005, 349
Cassiers L.,
- *La dignité de l'embryon humain*, Revue trimestrielle de droit humanitaire, numéro spécial : Progrès scientifique ou technique et droits de l'homme 2003, n° 54, 403
Castaignède J.,
- *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou le dialectique sanctionnement*, Dalloz 1999, chronique, 23
Cayla A.,
- *Injonction de soins dans le suivi socio-judiciaire*, Revue de droit sanitaire et social 1998, p. 751
- *La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse : aspects médicaux et biologiques*, Revue de droit sanitaire et social 1980, p. 308
Cayla J-S., **Hors M-C**.,
- *Progrès et limites du diagnostic prénatal*, Revue de droit sanitaire et social 1997, n° 4, p. 774
Chabas F.,
- *La responsabilité du médecin et du biologiste envers l'enfant en matière de procréation médicalement assistée*, Gazette du Palais 7-8 mai 1999
- *L'enfant né handicapé peut demander réparation du préjudice de son handicap*, Semaine Juridique, éd. gén., 2001, II, 10601

Chabault C.,
- *A propos de l'autorisation du transfert d'embryon post mortem*, Dalloz 2001, 1395
Chauvaux D.,
- *L'application de la loi anti-Perruche. La faute caractérisée dans le diagnostic prénatal*, Revue française de droit administrative 2003, 349
Chauvent-Leclere A-S.,
- *Des bouleversements du droit européen en matière de transsexualisme*, Dalloz 2003, n° 30
Choux A.,
- *Interview, La loi anti-Perruche*, Dalloz 2002, 1212
Clavel E.,
- *La clause de conscience du médecin dans la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Semaine Juridique, éd. gén., 1978, II, 2915
- *Le décret n° 82- 826 du 27 septembre 1982 est-il compatible avec l'exercice de la clause de conscience du médecin en matière d'avortement*, Semaine Juridique, éd. gén., 1983, I, 3129
- *Face à l'avortement, la généralisation de la clause de conscience*, in Actes du Colloque national des juristes catholiques, Paris 1980, p. 19
- *Considérations sur la clause de conscience du médecin après la loi du 31 décembre 1979*, Semaine Juridique, éd. gén., 1985, I, 3192
Conte P.,
- *Oxymores*, Droit pénal, décembre 2009, repères
Corpart I.,
- *Décès périnatal et qualification juridique du cadavre*, Semaine Juridique, éd. gén., 2006, I, 171
- *L'homosexualité à l'éprouve de la famille*, Droit prospectif 2003, n° 2, p. 702
Couvrat P.,
- *Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres*, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé 1999, p. 376
- *Obligation de soins ou simple incitation : A propos de la loi du 17 juin 1998*, Mélanges J-H., Soutoul, Les Études Hospitalières 2000, p. 95
Cristol D.,
- *Personnes handicapées*, Revue de droit sanitaire et social 2005, n° 6, p. 1060
Dalcq-Depoorter J.,
- *L'enfant de qui ?*, Mélanges Meulders-Klein 1998, p. 115
Darbeda P.,
- *Injonction de soins et suivi socio-judiciaire*, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé 2001, p. 626
- *L'expertise de pré-libération de l'article 722 du CPP et les processus d'évaluation et de soins des auteurs d'infractions à caractère sexuel*, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé 1996, p. 921
Daudet V.,
- *Analyse et observations à propos de la stérilisation des personnes handicapées*, in *Les grandes décisions du droit médical*, Vialla F. (sous la dir.), éd. LGDJ 2010, 98-106
Debet A.,
- *La solidarité envers les personnes handicapées et la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit de famille 2003, n° 2
De Béchillon D.,
- *Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales? Réflexions à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire*, Revue trimestrielle de droit civil 2002, 47
De Forge J-M.,
- *Handicap congénital : le dispositif « anti-Perruche »*, Revue de droit sanitaire et social 2002, 645

Deguergue M.,
- *Les préjudices liés à la naissance*, Juris-classeur, Responsabilité civile et assurance, mai 1998, 14
- *Le point de vue du publiciste sur l'arrêt Perruche*, Gazette du Palais 21-23 avril 2002
Dekeuwer-Défossez F.,
- *Interruption volontaire de grossesse*, Répertoire Pénal Dalloz 1996
- *Interruption de grossesse*, Dictionnaire permanent de la bioéthique et biotechnologie 2006, 1141-1170
- *Le refus d'autoriser le père de s'opposer à l'interruption volontaire de grossesse, CE du 31 décembre 1980*, Semaine Juridique, éd. gén., 1982, II, 19732
Deguergue M.,
- *Les préjudices liées à la naissance*, Responsabilité civile et assurance 1998, 14
Delmas Saint-Hilaire J-P.,
- *Les infractions contre la chose publique*, Revue des sciences criminelles 1987, p. 426
Demont L.,
- *Commentaire de l'arrêt de Assemblée Plénière de la Cour de Cassation du 29 juin 2001*, Droit pénal 2001, chronique, 34
Depadt-Sebag V.,
- *Le don de gamètes ou d'embryon dans les procréations médicalement assistées : d'un anonymat imposé à une transparence autorisée*, Dalloz 2004, 891
Desportes F., **Le Gunehec F**.,
- *Présentation des dispositions du nouveau code pénal*, Semaine Juridique, éd. gén. 1992, I, 3615, n° 144
Doubouis L.,
- *L'interruption volontaire de grossesse au regard du droit communautaire*, Revue de droit sanitaire et sociale 1992, p. 49
- *La liberté d'information sur les possibilités d'IVG à l'étranger au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Revue de droit sanitaire et sociale 1993, p. 32
Dourlen-Rollier A-M.,
- *L'aspect juridique et social de l'avortement*, Annales de médecine légale 1967, p. 501
Drapier M.,
- *La loi relative à l'interruption de grossesse dix ans après*, Revue française de droit public 1985, 496
Dreiffus-Netter F.,
- *Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ?*, Dalloz 1998, chronique 100
- *L'interruption de grossesse pour motif fœtal : refus d'enfant ou euthanasie prénatale ?*, Mélanges P. Sabourin, éd. Bruylant, 2001, 63
Dreyer E.,
- *Les mutations du concept juridique de dignité*, Revue trimestrielle de droit civil 2005, 19
Dubouis L.,
- *L'interruption volontaire de grossesse au regard du droit communautaire*, Revue de droit sanitaire et social 1992, p. 49
- *La Convention sur les droits de l'homme et de bioéthique*, Revue trimestrielle de droit sanitaire et sociale 1998, p. 211
Du Mesnil Du Boisson G.,
- *Le juge de l'application des peines, entre le coupable et sa victime dans le cadre du suivi socio-judiciaire*, Dalloz 1999, chronique, 496
- *Entre le juge et le thérapeute, quelle place pour le transgresseur sexuel ?*, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé 1996, p. 637
Dulko S.,
- *Le changement de l'état civil*, Droit Nouveau 1982, n° 9-10, p. 71

- *Les premiers cas concernant de la modification juridique de l'état civil chez les transsexuels*, État Nouveau 1983, n° 6
Dutrieux D.,
- *Législation funéraire : une nouvelle définition de l'enfant mort-né*, Defrénois 2002, art. 37.556, 719
Duval-Arnould D.,
- *Minorité et l'interruption volontaire de grossesse*, Dalloz 1999, chronique, 471
Edelman B.,
- *La dignité humaine, un concept nouveau*, Dalloz 1997, chronique, p. 185
- *L'arrêt Perruche : une liberté pour la mort ?*, Dalloz 2002, 2349
- *Le Conseil constitutionnel et l'embryon (décision du 27/07/1994)*, Dalloz 1995, chronique, 205
Evain S.,
- *Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'homme (à propos de l'arrêt de C.E.D.H. du 22 avril 1997, X,Y et Z c/Royaume-Uni)*, Semaine Juridique, éd. gén., 1997, I, 4071
Fabre-Magnan M.,
- *Avortement et responsabilité médicale*, Revue trimestrielle de droit civile 2001, 285
Fagot-Laegeault A.,
- *Les droits de l'embryon et la notion de la personne potentielle*, Revue de métaphysique et de morale 1987, n° 3
Farjat G.,
- *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts : prolégomène pour une recherche*, Revue trimestrielle de droit civil 2002, 221
Faure G-M.,
- *Décret n° 98-216 du 24 mars 1998 relatif au diagnostic biologique effectué à partir des cellules prélevés sur l'embryon in vitro*, Semaine Juridique, éd. gén., 1998, I, 793
- *Le désir d'enfant à l'éprouve du droit*, thèse de Université de Toulouse, 1991
Favoreu L., **Philip L**.,
- *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz 2003
Fenouillet D.,
- *Pour une humanité autrement fondée*, Droit de famille avril 2009, p. 7
Finel L.,
- *La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies fœtales*, Revue de droit sanitaire et sociale 1997, 223
Fosser T., **Verheyde T**.,
- *La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeures*, Semaine Juridique, éd. gén., 2001, I, 1477
Fosser T., **Darrieux P**.,
- *La contraception et les personnes handicapées mentales, le point de vue des juges*, Gazette du Palais 2-6 janvier 1998, p. 8
Fortuné-Cavalié M-L.,
- *Responsabilité médicale et la naissance d'enfant handicapé : vers « l'œuf transparent »*, Médecine et droit 1998, n° 33, 17
Fouassier E., **Viala G**.,
- *Tests de grossesse et monopole pharmaceutique : du droit de la santé au droit constitutionnel*, Dalloz 2003, 81
François J.,
- *Contribution à l'étude de la personnalité*, Revue générale de droit, de la législation et de la jurisprudence 1931, p. 286
Fras M.,
- *Régime juridique de la maternité pour autrui en droit comparé*, Les problèmes

contemporains de droit international européen et comparé 2008, vol. VI, p. 31
Fresnel F.,
- *La stérilisation volontaire contraceptive*, Dalloz 2001, 2045
Frydman R.,
- *Procréatique,* Pouvoirs 1991, 65
Galloux J-C.,
- *La protection juridique de la matière biologique en droit français,* Revue internationale de droit comparé 1998, 491
- *La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 sur la bioéthique*, Dalloz 2004, 2379
Garron F.,
- *La responsabilité du géniteur*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif 1999, p. 157-178
Gaumont-Prat H.,
- *Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique*, Droit de famille 2001, chronique, n° 2
Gautier P-Y.,
- *« Les distances du juge » à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile*, Semaine Juridique, éd. gén., 2001, I, 287
Gobert M.,
- *Réflexion sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution),* Revue trimestrielle de droit civil 1992, 489
- *Le transsexualisme, fin ou commencement ?,* Semaine Juridique, éd. gén., 1988, I, 3361
- *Le transsexualisme ou la difficulté d'exister ?,* Semaine Juridique, éd. gén., 1990, I, 3475
- *La Cour de cassation méritait-il le pilori ?,* Petits Affiches 8 décembre 2000, 4
Gombault N.,
- *La responsabilité de l'échographie du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un foetus*, Gazette du palais 1996, II, p. 817
Gomez M.,
- *Le Comité d'éthique admet le dépistage de la trisomie 21 avant l'aide à la procréation*, La Croix du 17 novembre 2009
Gornavin T.,
- *Théorie des droits de l'homme et progrès de la biologie,* Droits 1985, vol. 2, p. 100
Granet F.,
- *État civil et décès périnatal dans les états de C.I.E.C.*, Semaine Juridique, éd. gén., 1999, I, 124
- *L'enfant conçu par procréation médicalement assistée et les projets de lois sur la bioéthique*, in *Droit des personnes et de la famille*, Mélanges D. Huet-Weiller, PU de Strasbourg, LGDJ1994, 219
Granet-Lambrecht F.,
- *Transsexualisme, l'état civil, vie privée et familiale dans les États membres de la C.I.E.C.,* Droit de famille 1998, chronique n° 16
- *Maternité de substitution, filiation et état civil,* Droit de famille 2007, étude, 34
Grenouilleau J-B.,
- *Déontologie médicale et la loi du 17 janvier 1975*, Gazette du Palais, Tables 1976, 2, doctrine, p. 720
Gridel J-P.,
- *Note sous TGI de Montpellier du 15 décembre 1989*, Semaine Juridique, éd. gén., 1990, II 21556
Grote R.,
- *Aspects juridiques de la bioéthique. La législation allemande,* Revue internationale de droit comparé 1999, n° 1, p. 91

Groutel M
- *Les facettes de l'autonomie du préjudice sexuel*, Responsabilité civile et assurance mars 1993, chronique, 7
Guigue J.,
- *Solidarité envers les personnes handicapées. Premier application jurisprudentielle du titre I de la loi du 4 mars 2002*, Gazette du Palais 15-17 décembre 2002, 4
Gouttenoire A.,
- *Enfance*, Répertoire Pénal, Dalloz 2004
Halpérin J-L.,
- *La naissance et l'obligation de sécurité*, Gazette du Palais 1997, 2, doctrine, 1201
Hauser J.,
- *Le préjudice d'être né, question de principe (interview)*, Droit et patrimoine janvier 2001, 6
- *Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ?*, Dalloz 1996, 182
- *Filiation. Identification génétique. Procréation médicalement assistée, Articles 311-19 et 311-20 du code civil*, Juris-Classeur Civil 1997
- *Le droit au mariage des transsexualistes, réponse européenne*, Revue trimestrielle de droit civil 2002, p. 782 et Dalloz 2002, 2035
Hardouin M.,
- *Grossesse et liberté de la femme*, Droit social 1977, 287
Heers M.,
- *Existe-il droit à l'avortement ?*, Revue de droit sanitaire et sociale 1961, p. 69
Hermitte M-A.,
- *Les contentieux de la naissance d'enfants handicapés*, Gazette du Palais 24-25 octobre 1997, 75
Herzog-Evans E.,
- *Homme, homme juridique et l'humanité de l'embryon*, Revue trimestrielle de droit civil 2000, 65
Hirschfeld H.,
- *Droit à un patrimoine génétique en médecine par rapport à la loi sur la stérilisation*, Journal médical de Varsovie 1936, p. 134-141
Hocquet-Berg S.,
- *Les sanctions du défaut d'information en matière médicale*, Gazette du Plais 9-10 septembre 1998, p. 12
Humbert G.,
- *Avortement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Gazette du Palais 1997, doctrine, p. 666
Idot L.,
- *A propos de l'interruption volontaire de grossesse : premier bilan de la jurisprudence de la Cour relative à la liberté prestation de service en 1991*, Europe, novembre 1991
Jacquinot C.,
- *Quelques considérations sur les nouveaux textes concernant les embryons humains*, Gazette du Palais 7-8 septembre 2001, 30
- *L'éthique du vivant*, Gazette du Palais 24-25 octobre 1997, p. 44
Jestaz P.,
- *Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche)*, Revue trimestrielle de droit civil 2001, 547
Jonas C.,
- *L'enfant préjudice*, Médecine et droit 1997, n° 26, 15
Jourdain P.,
- *La loi anti-Perruche : une loi démagogique*, Dalloz 2002, p. 891
- *Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital*, Revue trimestrielle de droit civil 1996, n° 3, p. 624

Kayser P.,
- *Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle*, Dalloz 1987, 189
- *Un arrêt de l'Assemblée Plenière de la Cour de cassation sans fondement juridique ?*, Dalloz 2001, chronique, p. 1889
Kiefe S.,
- *Contraception et avortement*, Gazette du Palais, Tables 1976, 1, doctrine, p. 19
Kessler G.,
- *La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant*, Droit de famille 2005, étude, 6
Korzilius S.,
- *L'évolution de la thématique des asociaux dans la discussion sur la droit pénal pendant la République de Weimar*, Astérion, n° 4, avril 2006
Kriegk J-F.,
- *Droit civil, procréation et dignité humaine*, Gazette du Palais 17-18 décembre 2004, 2
Mager-Vielpeau L.,
- *Le transsexualisme et le code civil*, Droit de famille 2005, chronique, n° 18
Merger-Pelier M.,
- *Le point de vue d'un juriste sur la responsabilité médicale en obstétrique*, Médecine et Droit 1994, n° 9, p. 149
Labbée X.,
- *Respect et protection du corps humain, Juris-Classeur Pénal, Art. 16 à 16-13, Fascicule 54, 2007 L'enfant in utero personne par destination ?*, Juris-Classeur Pénal, Art. 16 à 16-13, Fascicule 50, 2007
- *L'enfant ex utero chose sacrée ?*, Juris-Classeur Pénal, Art. 16 à 16-13, Fascicule 54, 2007
- *Esquis d'une définition civiliste de l'espèce humaine*, Dalloz 1999, chronique, p. 437
Labrusse-Riou C., **Mathieu B**.,
- *La vie humaine peut-être un préjudice ?*, Dalloz 2000, n° 44 et Le Monde 24 novembre 2000
Labrusse-Riou C.,
- *L'indemnisation du handicap de naissance et la question de l'eugénisme, in : Droit et économie de l'assurance et de la santé*, Mélanges Y. Lambert, éd. Dalloz 2002, 14
- *La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ?*, Revue trimestrielle de droit civil 1999, 529
Laffage P.,
- *Enfant né handicapé : réflexion sur le devoir d'information et le droit à l'avortement*, Gazette du Palais 15-16 février 2002
Lambert-Faivre Y.,
- *La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. La solidarité envers les handicapées*, Dalloz 2002, 1217
- *L'éthique de la responsabilité*, Revue trimestrielle de droit civil 1998, n° 1, p. 1-13
Lameyre X.,
- *Pour une éthique des soins pénalement obligés*, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé 2001, p. 511
Larralde J-M.,
L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle, Revue trimestrielle de droit humanitaire 2006, 35
Lavielle B.,
- *Délinquance sexuelle et application des peines*, Gazette du Palais 1997, doctrine, 1034
- *Surveiller et soigner les agresseurs sexuels : Un des défis posés par la loi du 17 juin1998*, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé 1999, p. 35
Lavric S.,
- *Risque de récidive criminelle : adoption en première lecture par les députés*, Dalloz 2009,

2796
Le Boursicot C-M.,
- *Vers la légalisation de la gestation pour autrui*, Revue juridique : personnes et famille 2002
Lemmonicier B.,
- *Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi*, Revue française de théorie juridique, Droits 1991, vol. 13, p. 113
Lemouland J-J.,
- *Tourisme procréatif*, Petits Affiches 28 mai 2001, p. 24
Lesaulnier F.,
- *L'enfant né d'une procréation médicalement assistée et le secret de l'identité du don*, Médecine et droit juin 1998, p. 16
Linossier L.,
- *Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique*, Dalloz 1981, chronique, 139
Lombois C.,
- *La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz 1992, chronique, 323
Luciani A-M.,
- *La notion de dommage à l'éprouve du handicap congénital*, Petites Affiches 27 juin 1997, 17
Luchaire F.,
- *Le Conseil constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation*, Revue française de droit public 1994, 1647
Le Douarin N., **Puigelier C**.,
- *L'expérimentation à partir de cellules souches embryonnaires humaines*, Semaine Juridique, éd. gén., 2002, I, 127
Le Pourhiet A-M.,
- *Le Conseil constitutionnel et l'éthique biomédicale*, Mélanges Dupuis, éd. LGDJ 1997, 213
Lombois C.,
- *La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz 1992, chronique, 323
Luchaire F.,
- *Le Conseil constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation*, Revue française de droit public 1994, 1647
Luciani A-M.,
- *La notion de dommage à l'éprouve du handicap congénital*, Petites Affiches 27 juin 1997, 17
Malaurie P.,
- *Responsabilité civile médicale*, Defrénois 2002, 1516
- *La dignité de la personne humaine, la liberté sexuelle et la Cour européenne des droits de l'homme*, Petites Affiches 1 août 2006, 6
- *Le handicap de l'enfant : un droit désemparé. A propos de l'avis du Conseil d'État du 6 décembre 2002*, Semaine Juridique, éd. gén., 2003, I, 110
- *Couple, procréation et parenté*, Dalloz 1998, chronique, p. 27
Mallet-Brocout B.,
- *L'assistance médicale à la procréation dans la loi bioéthique du 6 août 2004 : quelques avancées ...dans la continuité*, Droit de famille 2004, n° 46
Marais A.,
- *Maladies génétiques : apparition d'une nouvelle responsabilité civile familiale*, Dalloz 2003, 2315
Marcelli A.,
- *Le médecin, juge, l'avocat et l'incapable*, Gazette du Palais 2 janvier 1998, p. 11

Markesinis B.,
- *Réflexion d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche*, Revue trimestrielle de droit civil 2001, 77
Martin R.,
- *Les premiers jours de l'embryon. A propos du projet de la loi relatif à la bioéthique*, Semaine Juridique, éd. gén., 2002, 115
Massip J.,
- *Le transsexualisme*, Défrenois 1993, 414
- *L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée*, Gazette du Palais 1995, doctrine, 433
- *Peut-on procéder à la stérilisation d'un mineur incapable ?*, Petits Affiches 3 juin 1998, p. 20
- *La responsabilité du médecin face aux conséquences de l'échec d'une interruption volontaire de grossesse*, Petits Affiches 27 mai 1997
Mathieu B.,
- *Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science*, Revue française de droit administrative 1994, 1019
- *Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain*, Revue française de droit public1999, 93
- *De la difficulté d'appréhender l'emploi des embryons humains en termes de droits fondamentaux*, Revue trimestrielle de droit humanitaire, numéro spécial : Progrès scientifique ou technique et droits de l'homme, 2003, n° 54, 387
- *Principe de dignité*, Revue de droit public 1999, p. 93
- *Directive européenne du 6 juillet 1998 sur la brevetabilité des interventions biotechnologiques*, Dalloz 2001, chronique 13
- *La dignité de la personne humaine : quel droit, quel titulaire ?*, Dalloz 1996, p. 282
Mazeaud D.,
- *Naissance, handicap et lien de causalité (interview)*, Dalloz 2000, n° 44, point de vue
- *Réflexion sur un malentendu*, Dalloz 2001, chronique, p. 352
Mauer B.,
- *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Documentation française 1999, p. 397
Mauger-Vielpeau L.,
- *Le transsexualisme et le Code civil*, Droit de famille 2005, 7
Maurus V.,
- *Des naissances moins risquées*, Le Monde 8 février 1999, p. 9
Mayaux L.,
- *Naissance d'un enfant handicapé : la Cour de cassation met en péril la causalité*, Revue générale de droit médical 2001, p. 13
Melennec G.,
- *Le préjudice sexuel*, Gazette du Palais 1977, 2, p. 525
Mélin-Soucramanien F.,
- *Constitution de la République Française*, Dalloz 2003
Mémeteau G.,
- *L'embryon législatif*, Dalloz 1994, 35
- *Remarques sur la stérilisation non contraceptive après les lois bioéthiques*, Semaine juridique, éd. gén., 1995, I, 3838
- *La jurisprudence dite Perruche et ses suites, fallait-il légiférer ?*, Gazette du Palais 16-17 octobre 2002, 3
- *L'action de vie dommageable*, Semaine Juridique, éd. gén., 2000, Point de vue, n° 44
- *La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque*,

Revue trimestrielle de droit civil 1990, 611
- *Transsexualisme et débat de société*, Médecine et Droit 2007, p. 146
- *La stérilisation des malades mentaux*, Synapse 1989, n° 50, p. 49
- *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, Médecine et Droit 1998, n° 29, p. 15
- *Le refus de soins à l'enfant conçu*, Revue de droit sanitaire et social 1979, p. 317
- *L'avortement et mère incapable, vers l'avortement forcé*, Revue de droit sanitaire et social 1983, p. 525

Mestre J.,
- *Sur la perte de chance*, Revue trimestrielle de droit civil 1991, 109

Merville A-D.,
- *La réforme du statut du conjoint par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001. Le conjoint membre à part entière de la famille*, Semaine Juridique, éd. gen., 2002, I, 185

Meulders-Klein M-T.,
- *Les droits de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées*, Revue trimestrielle de droit civil 1988, p. 645

Meyer F.,
- *La protection de la vie anténatale ?*, Revue de droit sanitaire et social 1987, p. 571

Millet F.,
- *L'homoparentalité : essai d'une approche juridique*, Defrénois 2005, p. 743

Mirkovic A.,
- *L'embryon humain : question interdite*, Semaine Juridique, éd. gén., 2010, 177
- *A propos de la maternité pour autrui*, Droit de famille 2008, n° 6, étude 15

Mistretta P.,
- *Que reste-il de l'indemnisation d'un enfant né handicapé ou comment le droit devient-il chaotique ?*, Semaine Juridique, éd. gén., 2003, II, 10107
- *La loi n° 2004-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Réflexions critiques sur un droit en plein mutation*, Semaine Juridique, éd. gén., 2002, I, 141

Moriceau A.,
- *La Cour européenne des droits de l'homme et la garantie de l'avortement thérapeutique (à propos des arrêts du 5 juillet 2006, D c/Irlande et 20 mars 2007, Tysiak c/Pologne)*, Revue internationale de droit comparé 2007, 496

Morin P.,
- *L'interdiction opportune de l'implantation post mortem d'embryon*, Derfénois 2004, 355

Mouly J.,
- *Du prétendu homicide de l'enfant à naître*, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé 2005, p. 47

Moutet J.,
- *Commandes scientifiques d'enfant : pouvoir du droit ou filiations prothèses*, Revue de droit sanitaire et sociale 1986, p. 379

Muke M.,
- *La stérilisation des handicapées mentales en France au regard des droits de l'homme*, l'article publié sur le site http://www.feministes.net/stérilisation_handicaps.hmt

Murat P.,
- *Réflexion sur la distinction entre humain/personne juridique*, Droit de famille 1997, chronique, n° 9
- *La Cour de cassation et la vie humaine : où va le droit commun ?*, Droit de famille 2001, chronique n° 24
- *L'évènement de l'enfant préjudice*, Droit de famille 2005, 3
- *Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain*, Revue de droit sanitaire et social 1995, 451

- *Viabilité et enregistrement à l'état civil des enfants mort-nés*, Droit de famille 1999, chronique, n° 77
- *Affaire Perruche : où l'humanisme cède à l'utilitarisme*, Droit de famille 2001, commentaire n° 11
- *Respect et protection du corps humain. Assistance médicale à la procréation*, Juris-Classeur Civil, Art. 16 à 16-3, Fascicule 40
- *Atteinte à la filiation*, Juris-Classeur civil, Art. 227-12 à 227-14, Fascicule 1040-20, p. 3

Murat P., **Gouttenoire A**.,
- *L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant*, Droit de famille 2003, chronique 1

Nahoum-Grappe V.,
- *La purification ethnique et les viols systématiques en Yougoslavie 1991-1995*, Revue Clio 1997 n° 5
- *Purifier le lien de filiation. Les viols systématiques en l'ex-Yougoslavie 1991-1995*, Esprit décembre 1995, p. 155-158

Nau J-Y.,
- *Trisomie 21 : près de 70 % des femmes enceintes demandent un dépistage*, Le Monde 18 février 1999, p. 10
- *Le gouvernement britannique met en place un dépistage systématique du sida chez les femmes enceintes*, Le Monde 15-16 août 1997, p. 7

Neirinck C.,
- *L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ?*, Dalloz, 2003, 841
- *Le couple et assistance médicale à la procréation*, Petits Affiches 13 août 1999, p. 3

Neyret L.,
- *Handicap congénital : tout risque de l'action en responsabilité civile d'un enfant contre sa mère n'est pas écarté*, Dalloz 2003, 1711

Niboyet M-L.,
- *La distinction de la procédure et de la substance devant la Cour européenne des droits de l'homme (à la lumière de la loi anti-Perruche)*, Defrénois 2005, 341

Onorio J-B.,
- *Loi Veil : réflexions sur un premier bilan*, Semaine Juridique, éd. gén., 1986, I, 3246

Pédrot P.,
- *Le diagnostic prénatal et la responsabilité médicale*, Mélanges Cosnard 1990, 117
- *La recherche sur l'embryon : un régime juridique non dénué d'ambiguïtés (à propos du décret du 6 février 2006)*, Gazette du Palais 9-10 juin 2006, 30

Peis-Hitier M-P.,
- *Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine*, Dalloz 2005, n° 13, chronique 865

Penneau J.,
- *Corps humaine*, Répertoire Pénal Dalloz 2008

Petit J.,
- *L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel*, Revue trimestrielle de droit civil 1976, 263

Philippe C.,
- *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, Dalloz 1996, chronique, n° 29
- *Naissance d'un enfant handicapé et droit à l'indemnisation*, Médecine et droit 1997, n° 24, 9

Pinault M.,
- *I.V.G. Doit-elle être considérée comme un acte médical et son échec peut-il entraîner la responsabilité de l'établissement hospitalière ?*, Revue de droit sanitaire et social 1983, p. 95

Pire E.,
- *Retour sur le privilège de la femme enceinte*, Dalloz 2003, 2243

Poirot-Mazères I.,

- *Le juge administratif et l'enfant non désiré*, Annales de l'Université de Toulouse, vol. XLV, 1997, 37
- *La notion de préjudice en droit administratif*, Revue de droit public 1997, p. 519-530
Pradel J.,
- *Seconde mort de l'enfant conçu*, Dalloz 2001, p. 2907
- *Violences involontaires sur une femme enceinte et délit d'homicide involontaire*, Dalloz 2004, n° 7, 449
- *La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarrasse*, Dalloz 2004, p. 2456
Pradel J., **Varinard A**.,
- *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz 2005
Prothais A.,
- *Les paradoxes de la pénalisation. Enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption*, Semaine Juridique, éd. gén., 1997, I, 4055
- *Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale*, Semaine Juridique, éd. gén., 1999, I, 129
- *Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2000, 39
Py B.,
- *Droit et valeurs sociales : le statut de l'être humain dans le nouveau code pénal*, Cahiers de la sécurité intérieure 1994, p. 69
Radé Ch.,
- *Être ou ne pas être ?, Telle n'est pas la question !*, Juris-Classeur-civil, Responsabilité et assurance 2001, chronique, n°1
- *Alignement de la Cour de cassation sur la Cour européenne des droits de l'homme au sujet de l'application de l'article 1 de la loi du 4 mars 2002 aux instances en cour*s, Responsabilité civile et assurance 2006, commentaire, n° 94
- *Enfant né handicapé, responsabilité du radiologue ayant pratiqué des examens iconographiques complémentaires, Commentaire*, Droit et Médecine 2009, n° 107-110, p. 107-110
Rassat M-L.,
- *Sexe, médecine et le droit*, Mélanges Raynaud, Dalloz 1985, 652
- *La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la Chambre Criminelle du 30 juin 1999*, Droit pénal 2000, chronique 12
Raymond G.,
- *Le statut juridique de l'embryon humain*, Gazette du Palais, 1993, doctrine, 524
- *L'assistance médicale à la procréation après la promulgation des lois bioéthiques*, Semaine Juridique 1994, I, 3796
- *L'enfant peut-il être l'objet de droit ?*, Dalloz 1988, chronique, 109
Raynaud De Lage N.,
- *A propos de l'avis de la Cour de cassation du 6 juillet 1998 relatif à la stérilisation des handicapés mentaux*, Droit de famille 2000, n° 2
Raynaud J., **Marguénaud J-P**.,
- *Transsexualisme, La Cour européenne des droits de l'homme*, Revue trimestrielle de droit civil 2002, p. 862
Rebut D.,
- *La loi est d'interprétation stricte*, Droit de famille 1999, chronique 20
Redon M.,
- *L'interruption volontaire de grossesse de la mineure ou l'exercice interposé du droit parental*, Dalloz 2001, 1194
Regourd S.,
- *Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort*, Revue française de

droit public 1981, 403
Renau B.,
- *Procréation médicalement assistée et la filiation*, Actualité juridique de famille 2003, n° 5, p. 165
Rigaux F.,
- *Du bon et du mauvais usage de l'alternative*, Revue trimestrielle de droit humanitaire 2001, 1258
Robert J-A.,
- *La décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse*, Revue internationale de droit comparé 1975, 873
- *La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit*, Revue de droit public 1985, p. 1245
- *Défunt, enfant-roi*, Droit pénal 2002 repères, n° 9
Roman D.,
- *Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas : l'étude de droit français et comparé*, Dalloz 2005, 510
Roujou de Boubée G.,
- *L'interruption volontaire de grossesse*, Dalloz 1975, chronique 2009
Rozental K.,
- *Le changement du sexe d'origines de lege ferenda*, État et Droit 1991, n° 10, p. 64
Rubellin-Devichi J.,
- *Le droit et l'interruption volontaire de grossesse*, Petites Affiches 7 juin 1996, 19
Roujou De Boubée G., **De Lamy B**.,
- *Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus (à propos de la chambre criminelle du 30 juin 1999*), Dalloz 2000, chronique 181
- *Interruption volontaire de la grossesse*, Dalloz 1975, chronique, p. 210
Rubellin-Devichi J.,
- *Le droit et l'interruption volontaire de grossesse*, Petits Affiches 7 juin 1996, 19
Saget E.,
- *Bébés médicaments en gestation*, L'express du 19 mars 2009, p. 24
Saint-James V.,
- *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique de droit français*, Dalloz 1997, chronique 61
Saint-Jours Y.,
- *Handicap congénital-erreur de diagnostic prénatal. Risque thérapeutique sous-jacent*, Dalloz 2001, 1263
Saint-Rose J.,
- *La protection pénale de l'enfant à naître*, Revue générale de droit médicale 2004, n° 12, 22
- *L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine*, Semaine Juridique 2004, I, 194
- *La réparation du préjudice de l'enfant empêché de na ne pas naître handicapé. Conclusions orales*, Dalloz 2001, 316
Salas D.,
- *L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas lieu*, in *Le corps humain saisi par la justice*, Dalloz, hors-série 2001, 33
Salij J.,
- *Histoire d'un mépris pour les plus vulnérables*, En route 2005, n° 4, p. 380
Salvage P.,
- *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, Revue trimestrielle de droit civil 1976, 725
- *Les soins obligatoires en matière pénale*, Semaine Juridique, éd. gén., 1997, I, 4062
Sargos P.,
- *Réflexions médico-légales sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif*

thérapeutique, Semaine Juridique 2001, I, 322
Sefton-Green R.,
- *Plaidoyer pour la reconnaissance de règles de droits préventives*, Petits Affiches 1999, p. 22
Senon J-L., **Manzenera C**.,
- *L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive*, Actualité juridique pénal 2007, n° 9, p. 367
- *Psychiatrie et justice pénale : à la difficile recherche d'un équilibre entre soigner et punir*, Actualité juridique pénale 2005, p. 353-357
Sériaux A.,
- *« Perruche » et les autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification*, Dalloz 2002, 1996
- *Jurisprudence Perruche : une proposition de loi ambiguë*, Dalloz 2002, 579
- *Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ?*, Dalloz 1985, chronique, 59
Seuvic J-F.,
- *La chronique législative*, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé 2001
- *Interruption volontaire de grossesse, contraception, stérilisation : loi du 4 juillet 2001*, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé 2001
- *Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées*, in *Éthique, droit et dignité de la personne*, Mélanges C. Bolze, Economica 1999
- *Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse*, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé 2001, p. 852
Severin E.,
- *Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz 2004, chronique, p. 2801
Sicot C., **Pasquet C**.,
- *Risque et responsabilité en l'échographie anténatale*, Concours médical 7 février 1998, p. 318
Simler Ph., **Hilt P**.,
- *Le nouveau visage du PASC : un quasi mariage*, Semaine Juridique, éd. gen., 2006, I, 161
Siroux D.,
- *Filiation dissociée et accès aux origines : un chemin différent entre secret et mensonge, anonymat et variété(s)*, Gazette du Palais 9-10 juin 2006, p. 7
Sousse M.,
- *La notion de faute caractérisée*, Revue de droit public 2004, p. 1377
Taglione C.,
- *Le recours à la procréation médicalement assistée à l'éprouve de la révision des lois bioéthiques*, Petits Affiches 17 juin 2003
Taquet F.,
- *Les nouvelles dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception (loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001)*, Gazette du Palais 15-16 février 2002, 5
Taguieff P-A.,
- *Sur l'*eugénisme *du fantasme au débat*, Pouvoirs 1991, 23
Taormina G.,
- *Le droit de la famille à l'éprouve des progrès scientifiques*, Dalloz 2006, 1071
Terré F.,
- *La prix de la vie*, Semaine Juridique 2000, n° 50, actualité
- *Cassation Plénière du 31 mai 1991*, Semaine Juridique 1991, p. 382
Thierry J.-B.,
- *Le clonage et le droit pénal*, Mémoire de DEA de Sciences Criminelles, Nancy II 2000/2001

Thery R.,
- *La condition juridique de l'embryon et du fœtus*, Dalloz 1982, chronique, 213
Thouvenin D.,
- *L'éthique et droit en matière biomédicale*, Dalloz 1985, chronique 21
- *De l'éthique médicale aux lois « bioéthiques »*, Revue trimestrielle de droit civil 1994, 717
- *Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1, du Code civil*, Dalloz 2000
- *La personne et son corps : sujet humain, pas un individu biologique*, Petits Affiches 14 décembre 1994, Édition Spéciale « *Bioéthique* », p. 9
- *Le transsexualisme : une question d'état méconnue ?*, Revue de droit sanitaire et sociale 1979, p. 291
- *La loi relative à la bioéthique ou comment accroire l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine*, Dalloz 2005chronique, p. 116 et 172
Truchet D.,
- *La jurisprudence Perruche n'est plus*, Actualités juridiques pénales 2002, 273
Turpin A., Vialla F.,
- *Gestation pour autrui : la répartition du débat*, Revue générale de droit médical 2008, 273
Wachsmann P., **Marienburg- Wachsmann A**.,
- *La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme*, Revue trimestrielle de droit humanitaire 2003, 115
Wiederkehr G.,
- *Le vir devant l'avortement*, Revue trimestrielle de droit civil 1974, p. 573
Wild M.,
- *L'action en wrongful birtht en droit polonais*, Revue des tribunaux 2005
Vacarie I.,
- *Examens génétiques et médecine préventive*, Revue de droit sanitaire et sociale 1993, n° 3
- *La perte d'une chance*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif 1987, p. 930-932
Vialla F.,
- *Le transsexualisme. Analyse et observations*, in *Les grandes décisions du droit médical*, éd. LGDJ 2009, 120-126
Visser H-Ph.,
- *Développement technologique et responsabilité envers des générations futures*, Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey 1991, vol. 36, p. 33
Vergèes E.,
- *Chronique législative*, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé 2007, p. 859
Véron M.,
- *L'homicide involontaire d'un fœtus*, Droit pénal octobre 1999
- *Le constat de la mort et le constat de la vie*, Droit pénal 1997, chronique 7
Verspien P.,
- *Eugénisme ?*, Études 1977, p. 776
Vigneau D.,
- *Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme ?*, Droit de famille 2000, chronique 21
- *Le droit libéral de l'avortement ! A propos de la loi du 4 juillet 2004 relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Revue générale de droit médical 2001, n° 6, p. 207
Viney G.,
- *Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion*, Semaine Juridique 2001, I, 286
Vitu A.,
- *Le crime su suppression d'enfant*, Mélanges Bouzat 1980, p. 383
- *La protection pénale de l'état civil de l'enfant*, in *Droit de l'enfance et de la famille*,

Mélanges Gebler, PU de Nancy 1998, p. 95
Vourin R.,
- *L'avortement voulu,* Dalloz 1976, chronique, p. 1
Youego C.,
- Le *temps de la revanche dans le contentieux non décelé pendant la grossesse après la loi du 4 mars 2002,* Gazette du Palais 11-13 janvier 2009, 10
Zakr A.,
- *Analyse spécifique du crime de génocide dans le Tribunal pénal international pour Rwanda,* Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé 2001

2. les auteurs polonais

Bałagan A.,
- *Opinion sur la constitutionnalité du projet de la loi sur la maternité choisie,* Revue de Sejm 2004, n° 6, p. 114
Basiega T.,
- *Code la déontologie médicale,* Médecine pratique 2006, n° 9
Bilecka M.,
- *Procès sur la mauvaise naissance, remarques sur le procès devant la Cour régionale de Lomza et de la Cour d'appel de Bialystok,* Droit et Médecine 2005, n° 3, p. 20
Bilikiewicz A.,
- *Transsexualisme comme un phénomène interdisciplinaire,* Psychiatrie polonaise 2005, n° 2, p. 236
Borysiak W.,
- *Note à la décision de la Cour Suprême de Pologne du 13 octobre 2005,* État et Droit 2006, cahier n° 7, p. 117-118
Boratyńska M.,
- *La césarienne à la demande de la femme,* Droit et Médecine 2008, n° 3, p. 46
Bosek L.,
- *L'action en wrongful birht et wrogful life dans les normes constitutionnelles et européennes,* Revue des tribunaux 2008, n° 2, p. 49-50
- *Les réflexions sur la réglementation de la procréation médicalement assistée,* Diametron 2009, n° 20, p. 42
Domagalski M.,
- *Le droit polonais ne soutient pas des parents, L'entretien avec Marek Safjan,* Journal Rzeczpospolita 04/02/2008
Damska D.-M.,
- *Le droit polonais et la fécondation in vitro,* Droit et Médecine 2008
Daniluk P.,
- *Les actions médicales non thérapeutiques,* État et Droit 2006, n° 1, p. 171
- *Le but thérapeutique d'un acte médical dans la doctrine,* Droit et Médecine 2005, n° 2, p. 46-47
Domański M.,
- *Naissance comme source du dommage,* Presse Universitaire de Varsovie 2005,n° 2
Dulko S.,
- *Le changement de l'état civil,* État Nouveau 1982, n° 9-10, p. 71
- *La modification de l'état civile, les premières cas chez les transsexuels,* État Nouveau 1983, n° 6
Drożdż D.,
- *Crime contre l'humanité dans le droit polonais,* Relations internationales 2012, n° 4

Dyniak A.,
- *La volonté des personnes dans la relation de soins et la procréation médicalement assistée,* Les études juridiques 1993, n° 2-3
Dzialyńska M.,
- *Maternité de substitution,* Les études juridiques 1993, p. 88
Fajkowska A.,
- *L'image des relations conjugales chez les transsexuels,* Annales de la sociologie familiale, vol. IV, p. 225-235
Fijałkowska-Stanik M.,
- *Transsexualisme, définitions, classifications, symptômes du phénomène,* Psychiatrie polonaise 1999, n°5, p. 771
Filar M.,
- *Note sur la décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 juin 1989,* État et Droit 1990, n° 10, p. 116
- *Les aspects juridiques du transsexualisme,* État et Droit 1987, n° 7, p. 67
- *transsexualisme comme un phénomène juridique,* Revue des tribunaux 1996, n° 1, p. 76
Gajda Z.,
- *La protection juridique de l'enfant conçu in vitro en dehors de l'organisme de sa mère,* État Nouveau 1990, n° 10-12, p. 104
Gałazka M.,
- *La protection pénale de l'embryon in vitro,* Parquet et Droit 2007, p. 23-46
Górski A.,
- *L'action en indemnisation en cas d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse,* Revue des tribunaux 2007, n° 5, p. 29-30
Granat M.,
- *L'opinion sur la constitutionnalité du projet de la loi sur la maternité choisie,* Revue de Sejm 2004, n° 6, p. 143
Gromadzki C.,
- *Les sentiments d'appartenance à un sexe comme un critère de modification de l'acte de naissance,* Revue de tribunaux 1996, p. 61
Gudowski J.,
- *La chronique jurisprudentielle,* Revue des tribunaux 2000, n° 4
Jacek A.,
- *La mauvaise naissance et la responsabilité de l'établissement de la santé,* Parquet et Droit 2008, n° 12
Jeglińska A.,
- *Dans le corps d'un autre,* Connaissance et vie, 1997, n° 7
Justyński T.,
- *Note sur la décision de la Cour Suprême de Pologne du 21 novembre 2003,* État et Droit 2004, cahier n° 9, p. 125
- *Note sur la décision de la Cour Suprême de Pologne du 2 février 2006,* Jurisprudence des tribunaux polonais, 2007, cahier n° 2, position 16
- *Naissance d'un enfant comme une source de dommage,* Droit et Médecine 2000, n° 8, p. 59
Kanadys-Marko M.,
- *L'acte médical sans le consentement du patient, l'infraction dans l'article 192 du code pénal,* Parquet et Droit 2004, n° 3, p. 46
Kędziora L.,
- *Les problèmes liés au consentement du patient à la lumière de la législation médicale en Pologne,* Parquet et Droit 2003, n° 7-8, p. 41-46
Korszeń D.,
- *Conception de droits subjectifs dans la loi sur la planification familiale, la protection de l'enfant conçu et les conditions de l'interruption de grossesse,* Revue des tribunaux 2008, n°

4, p. 133-138
Kowalski M.,
- *Responsabilité du médecin en cas de wrongful birtht en droit allemande,* Droit et Médecine 2002, n° 11
- *La conception de droit à la planification familiale,* Revue des tribunaux 2003, n° 5, p. 54-60
Krajewski R.,
- *L'atteinte à l'intégrité physique et à la santé de l'enfant conçu,* Parquet et Droit 2007, n° 6
Kubicki L.,
- *Une nouvelle responsabilité pénale du médecin dans l'article 192 du code pénal,* Droit et Médecine 2000, n° 8, p. 43
Kulesza J.,
- *Le consentement du patient à l'acte médical,* Revue des tribunaux 2007, n° 5, p. 60
Kulik M.,
- *La révision du code pénal de 1997,* Parquet et Droit 2002, n° 12
Kwiatkowska H.,
- *Les recherches sur les cellules souches,* Droit et Médecine 2005, n° 5, p. 31
Leszczyński J.,
- *Note sur la décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 juin 1989,* Palestra 1992, n° 3
Lipski J.,
- *Opinion sur le statut de l'homme avant la naissance dans la jurisprudence de la CEDH,* Bureau de Sejm 2007, p. 137-142
Liszewska A.,
- *Le consentement du patient comme un problème axiologique,* Droit et Médecine 1999, n° 11, p. 86
Majewski J.,
- *La sanction pénale de l'avortement en Pologne et ses dernières modifications législatives,* État et Droit 1997, n° 4, p. 65
- *La protection pénale de l'enfant conçu,* État et Droit 1993, n° 5
Muszkat M.,
- *Les questions de droit pénal international,* État et Droit 1949, p. 41
Nesterowicz M.,
- *Note sur la décision de la Cour Suprême de Pologne du 21 novembre 2003,* Jurisprudence des tribunaux (OSP) 2004, cahier n° 10, position 25
- *Note sur la décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 février 2006,* Droit et Médecine 2007, n° 1, p. 131
- *Problèmes juridiques de l'insémination artificielle,* Droit et Médecine 2002, n° 4
- *Procréation médicalement assistée, la nécessité d'une réglementation,* Droit et Médecine 2008
- *Les problèmes juridiques de l'insémination post mortem,* Droit et Médecine 2002, n° 4, p.31
- *La responsabilité civile en cas des erreurs médicales en droit français du 4 mars 2002 relative aux droits des patients,* Droit et Médecine 2002, n° 12, p. 116-122
- *Les fondements juridiques de la responsabilité civile dans la jurisprudence des tribunaux,* Famille et Droit 2007, n° 2, p. 11-13
- *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital en cas de wrongful conception, wrongful birth et wrongful life dans la jurisprudence européenne (2000-2005),* Droit et Médecine 2007, n° 3, p. 31-32
Pawlikowski J.,
- *Le droit à l'opposition et la clause de conscience du personnel médical,* Droit et Médecin 2009, n° 3, p. 41-47
Pilusiński J.,
- *Note sur la décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 juin 1989,* État et Droit 1991, n°

6, p. 112
Piwowarczyk J.,
- *L'image du racisme allemande,* Journal Populaire 1945, n° 29
- *Devant les temps nouveaux,* Journal Social, éd. Le signe, Cracovie, 1985
Potulski J.,
- *L'enfant, ce qui ?,* Revue des tribunaux 2002, n° 2, p. 27
Przybylska M.,
- *Les aspects civils du consentement à l'intervention médicale,* Moniteur Juridique 2003, n° 15, p. 743
Radwański Z.,
- *Note sur la décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 juin 1989,* Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP) 1991, n° 2, p. 35
Radziwiłł K.,
- *La révision du code de la déontologie médicale,* Puls du 8/09/2003
Rejman G.,
- *Les problèmes juridiques du transsexualisme,* Éducation Juridique 1994, n° 2, p. 30
- *Note sur la décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 juin 1989,* Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP) 1991, n° 2
Rozental K.,
- *Le changement du sexe, les remarques de lege ferenda,* État et Droit 1991, n° 10, p. 64
Rutkowski S.,
- *Le consentement du patient à la lumière de l'article 192 du code pénal,* Parquet et Droit 2000, n° 2, p. 15
Safjan M.,
- *Note sur la décision de la Cour Suprême de Pologne du 22 mars 1993,* Revue des tribunaux 1993, n° 2, p. 78
- *Le droit polonais ne protège pas des patients en difficulté,* Journal Rzeczpospolita, 22 février 2008,
- *Quelques réflexions sur le problème d'indemnisation en cas des erreurs médicales,* Droit et Médecine 2005, n° 1, p. 10
- *Le droit face aux interventions dans la nature humaine,* Varsovie, 1990
- *Développement contemporaine de la médecine et la protection de l'enfant conçu,* Les études juridiques 1988, cahier n° 3, p. 128
- *Les méthodes permettant de résoudre les problèmes de la bioéthique,* Parquet et Droit 1992, n° 5
Sobolewski P.,
- *Note sur la décision de la Cour Suprême de Pologne du 21 novembre 2003,* Palestra 2005, cahier n° 9-10, p. 237
Stelmachowski A.,
- *Pour les moyens exactes dans la rédaction de la politique familiale,* État et Droit 1976, n° 8-9, p. 55-69
Strzebińczyk J.,
-*L'élargissement des droits personnels en phase prénatale,* État Nouveau 1998, n° 10-12, p. 81
Szpara J.,
- *Droit à une information médicale dans la relation entre le patient et le médecin,* Droit et Médecine 1999, n° 4
Szutkowska K.,
- *Responsabilité en cas de wrongul conception en droit polonais,* Transformations de droit privé 2008, n° 1
Tołłoczko T.,
- *L'erreur médicale, le regard d'un praticien,* Droit et Médecine 2000, n° 5

Trzaskowski R.,
- *La naissance d'un enfant, peut-elle fonder une indemnisation ?,* Palestra 2007, n° 9-10, p. 15-16
Tykwińska-Rutkowska D.,
- *L'action en wrongful birth et wrongful conception dans la jurisprudence des tribunaux,* Droit et Médecine 2005, n° 3, p. 20
Umianowski G.,
- *Les problèmes éthiques du diagnostic prénatal des maladies héréditaires, l'expérience du conseil génétique,* Médecine Légale 2005, n° 5
Walachowska M.,
- *Maternité de substitution dans le droit de common law,* État et Droit 2003, p. 97
Warek A.,
- *La stérilisation constitue-elle une infraction ?,* État et Droit 1988, n° 8
Wasylewski J.,
- *L'âme emprisonné dans le corps de l'autre, l'accès au changement du sexe à la lumière de droit pénal,* Revue des tribunaux 2000, n° 7-8, p. 221
Wild M.,
- *L'action de wronful birth en droit polonais à la lumière de la décision de la Cour Suprême de Pologne du 21 novembre 2003,* Revue des tribunauxv2005, n° 1, p. 51-56
Wojciechowski F.,
- *Droit du patient à l'information,* Droit et Médecine 1999, n° 4
Wojtasiński Z.,
- *Insémination artificielle et les embryons congèles,* Journal Rzeczpospolita 3/01/2001
Wrobel W., Majewski J.,
- *La protection pénale de l'enfant conçu,* État et Droit 1993, n° 5, p. 35
Zaremba J.,
- *Les aspects juridiques d'utilisation des cellules souches embryonnaires,* Droit et Médecine 2003, n° 3, p. 81
Żelichowski M.,
- *La protection pénale de l'utilisation des cellules souches embryonnaires,* Cahiers de droit pénal et des sciences pénales 2000, n° 2, p. 80
- *La subjectivité juridique de l'homme dans la phase embryonnaire et prénatale,* Cahiers de droit pénal et des sciences pénales 1997, n° 1, p. 110
Zielonacki A.,
- *Changement du sexe par la voie judiciaire,* État et Droit 1982, n° 9-10, p. 71
Zielińska E.,
- *La légalisation de la stérilisation,* État et Droit 1985, n° 9
- *Les appréciations juridiques et pénales de l'interruption de grossesse, une étude comparative,* Presse de l'Université de Varsovie 1986, p. 38-39
- *Opinion sur la modification de l'article 38 de la Constitution,* Document du Sejm 2007, p. 11-16
Zoll A.,
- *Les frontières de la légalité des actes médicaux,* Droit et Médecine 1999, n° 1, p. 31
Zubik M.,
- *Protection juridique du début de la vie dans les normes internationales et constitutionnelles en Europe,* Revue des tribunaux 2007, n° 3, p. 21

III. La jurisprudence pénale française

Cass. Crim., 22 juin 1837, Sirey, 1837, 465
Cass. Crim., 1 juillet 1837, Sirey, 1837, 1, 193
Cass. Crim., 27 juin 1855, Dalloz, 1956, 1, 368
Cass. Crim., 27 mars 1902, Bull. Crim. 1902, n° 128, DP, 1902, 5, p. 63
Cass. Crim., 8 novembre 1928, DR, 1929, I, p. 97
Cass. Crim., 15 décembre 1937, Sirey, 1938, p. 175
Cass. Crim., 28 mars 1950, Sirey, 1950, p. 176
Cass. Crim., 6 juin 1952, Dalloz, 1954, 494
Cass. Crim., 9 novembre 1955, JCP, éd. gen., 1955, II, 9249
Cass. Crim., 14 juin 1957, Dalloz, 1957, 512
Cass. Crim., 3 mars 1960, Bull. Crim., 1960, n° 138
Cass. Crim., 25 novembre 1964, Bull. Crim., 1964, n° 312
Cass. Crim., 21 décembre 1965, JCP, éd. gen., 1966, IV, n° 17
Cass. Crim., 1 décembre 1971, Bull. Crim., 1971, n° 330
Cass. Crim., 20 décembre 1977, Bull. Crim., 1977, n° 404
Cass. Crim., 20 décembre 1985, Bull. Crim., 1985, n° 407, III Arrêt K. Barbie
Cass. Crim., 16 janvier 1986, JCP, éd. gén., 1987, II, n° 20774
Cass. Crim., 30 mai 1990, Dalloz, 1991
Cass. Crim., I Chambre, 16 juillet 1991, JCP, éd. gen., II, n° 21947
Cass. Crim., 11 décembre 1992, n° 91-11.900
Cass. Crim., 9 janvier 1992, DP, 1992, sommaire n° 172, observation M. Veron
Cass. Crim., 3 février 1993, RDSS, 1997, p. 231-232
Cass. Crim., 5 mai 1997, Bull. Crim., 1997, n° 168
Cass. Crim., 4 février 1998, Bull. Crim., 1998, n° 43
Cass. Crim. 6 juillet 1998, n° 09-80-006, Bull. Crim., 1998, n° 10
Cass. Crim., 30 juin 1999, Bull. Crim., 1999, n° 174
Cass. Crim., 17 novembre 2000, n° 99-13701
Cass. Crim., 13 juillet 2001, Dalloz, 2001, II, 10601
Cass. Crim., 6 février 2002, pourvoir n° 01-84.408
Cass. Crim., 25 juin 2002, Dalloz, 2002, II, 3099
Cass. Crim., 2 décembre 2003, AJP, 2004, n° 3, 118
Cass. Crim., 9 mars 2004, n° 03-85249
Cass. Crim., 4 mai 2004, Dalloz, 2004, commentaire, 3097
Cass. Crim. 16 mars 2005, Bull. Crim., 2005, n° 95
Cass. Crim., 27 juin 2006, n° 05-83-767
Cass. Crim., 15 novembre 2006, n° 06-80.087
Cass. Crim., 15 avril 2008, n° 07-863360

CA Douai, 2 décembre 1882, Sirey, 1883, 2, 153
CA Paris, 10 janvier 1959, Dalloz 1959, 74
CA Paris, 8 décembre 1967, JCP 1968, II, 15518
CA Paris, 18 janvier 1974, Dalloz, 1974, p. 196
CA Limoges, 4 juin 1975, Dalloz, 1975, sommaire, p. 121

CA Paris, 17 Chambre B., 2 décembre 1977, Dalloz, Sirey, 1978, note Y. Lambert-Faivre
CA Paris, 5 juillet 1984, Gazette du Palais, 1984, 2, sommaire, p. 290
CA Douai, 2 juin 1987, Gazette du Palais 1989, I, 145
CA Paris, 17 février 1989, Dalloz 1989, sommaires, p. 316, observation J. Penneau
CA Riom, 6 juillet 1989, Dalloz, 1989, jurisprudence, p. 284, note P. Le Tourneau
CA Versailles, 8 juillet 1993, Dalloz, 1995, sommaire, p. 98, observation J. Penneau
CA Nancy, 30 septembre 1993, Médecine et Droit, mai-juin 1994, p. 62
CA Metz, 19 novembre 1993, n° 939/93
CA Bordeaux, 26 janvier 1995, RTDC, 1995, p. 863
CA Lyon, 13 mars 1997, Dalloz 1997, 557
CA Nancy, 30 avril 1997, n° 94NC00922
CA Metz, 3 septembre 1998, JCP, éd. gen., 2000, II, 10231
CA Dijon, 15 septembre 1998, Médecine et Droit, 1999, vol. 41, n° 7, p. 37
CA Reims, 3 février 2000, Dalloz 2000, 873
CA Versailles, 22 juin 2000, JCP, éd. gén., jurisprudence, II, 10595
CA Versailles, 19 janvier 2000, LPA, n° 119, 14 juin 2002, p. 4
CA Pau, 9 mai 2001, Juris-Data n° 2001-189782
CA Paris, 20 mars 2003, Gazette du Palais, 2003, 3, jurisprudence, 3087
CA Metz, 17 février 2005, Républicaine Lorrain, 18 février 2005
CA Aix-en-Provence, 10 Chambre, B., 15 février 2007, Juris-Data n° 2007-363476
CA Paris, Pôle 1, Chambre 1, 23 septembre 2010, n° 09/28266, Juris-Data n° 2010-026965
CA Angers, 26 janvier 2011, Epoux O. c/ Président du Conseil Général de Maine et Loire
CA Aix-en-Provence, 3 mai 2011, n° 2011/292

T Correctionnel Seine, 6 avril 1965, JCP, éd. gen., 1966, IV, 9
T Correctionnel Bobigny, 23 novembre 1972, Gazette du Palais, 1972, II, 890
T Correctionnel Rouen, 9 juillet 1975, Gazette du Palais, 1975, jurisprudence, 798

TGI Evreux, 21 décembre 1979, Dalloz, 1981, jurisprudence, p. 185, note J. Penneau
TGI Bobigny, 15 décembre 1976, Dalloz, 1977, p. 245, note P. Le Tourneau
TGI Bobigny, 9 février 1983, JCP, 1984, jurisprudence, 20149
TGI Mans, 22 novembre 1983, Gazette du Palais, 1983, recueil des sommaires, p. 121
TGI Cusset, 23 juin 1988, Concours Médical, 12 mai 1990, p. 1633, observation J-P. Almeras
TGI Montpellier, 15 décembre 1989, JCP, 1990, II, 21556
TGI Toulouse, 26 mars 1991, JCP, éd. gen., 1991, n° 21807
TGI Saintes, 6 janvier 1992, Dalloz, 1993, sommaire, 28, observation J. Penneau
TGI Toulouse, 10 novembre 1992, Dalloz, 1994, sommaire, p. 30, note X. Labbée
TGI Aix-en-Provence, 27 mai 1993, Gazette du Palais, 16 juillet 1996, p. 820
TGI Toulouse, 11 mai 1993, JCP, éd. gen., 1994, II, 22472
TGI Strasbourg, 21 avril 1994, Gazette du Palais, 16 juillet 1996, p. 819
TGI Metz, 22 décembre 1994, Journal de Médecine Légale, 1997, vol. 2, p. 107
TGI Pantoise, 10 octobre 1995, Gazette du Palais, 16 juillet 1996
TGI Paris, 4 mai 1998, Juris-Data n° 1998-933237
TGI Brest, 11 mars 1998, Génesis, avril 1999, n° 45, p. 44
TGI Nancy, 29 juin 1999, n° 27/04/99, n° Parquet 974441
TGI Créteil, Ordonnance du 30 septembre 2004, Dalloz, 2005, p. 476

IV. La jurisprudence civile française

Cass. Civ., 11 juillet 1923, Gazette du Palais, 1923, II, 507
Cass. Civ., 6 janvier 1943, Dalloz, 1945, jurisprudence, p. 117, note A. Tunk
Cass. Civ., I Chambre, 3 mars 1987, n° 84-15691, Bull. Civ. I, n° 79
Cass. Civ., I Chambre, 16 décembre 1975, n° 73-10615, Bull. Civ., I, n° 374
Cass. Civ., I Chambre, 20 janvier 1982, JCP, éd. gén., 1982, II, note J. Chabas
Cass. Civ., 31 mars 1987, n° 85-14176, Bull. Civ., I, n° 116
Cass. Civ. 7 juin 1988, n° 86-13698, Bull. Civ., I, n° 176
Cass. Civ., 13 décembre 1989, n° 88-15.655
Cass. Civ., 21 mai 1990, JCP, éd. gén., 1990, II, 21588
Cass. Civ., 25 juin 1991, n° 98-18.617
Cass. Civ., 31 mai 1991, n° 90-20105
Cass. Civ., 9 janvier 1996, n° 96-15988
Cass. Civ., I Chambre, 9 janvier 1996, Dalloz, 1996, p. 26
Cass. Civ., I Chambre, 26 mars 1996, Dalloz, 1997, p. 35
Cass. Civ., 25 février 1997, LPA, 16 juillet 1997, n° 85, p. 17
Cass. Civ., 19 mars 1997, Dalloz, 1998, 59, note Y. Lambert-Faivre
Cass. Civ., 2 décembre 1998, n° 97-12556
Cass. Civ., 6 juin 2000, Juris-Data, n° 00237
Cass. Civ., I Chambre, 6 janvier 2004, Juris-Data n° 01-01600
Cass. Civ., 9 mars 2004, Bull. Civ., 2004, I, n° 79
Cass. Civ., 29 juin 2004, n° 02-15918
Cass. Civ., I Chambre, 24 janvier 2006, Bull. Civ. 2006, n° 02-13775
Cass. Civ., 7 février 2007, n° 07-10297
Cass. Civ., I Chambre, 6 décembre 2007, n° 06-19301
Cass. Civ., 8 juillet 2008, Bull. Civ., 2008, I, n° 07-12.159
Cass. Civ., 27 décembre 2008, n° 07-20468
Cass. Civ., II Chambre, 17 juin 2010, n° 09-15.842, JCP, éd. gén., 2010, n° 26
Cass. Civ., 6 avril 2011, n° 09-66.486
Cass. Civ., 6 avril 2011, n° 09-17.130
Cass. Civ., 6 avril 2011, n° 10-19.053
Cass. Civ., 26 mai 2011, n° 10-15.550

V. Conseil d'État et Conseil Constitutionnel

CE, 2 juillet 1982, Dalloz, 1984, jurisprudence, p. 427
CE, 22 janvier 1988, n° 80936
CE, 27 septembre 1989, Mme. Karl c/CPAM de la Marne, Rec. Leb. 1989, n° 176
CE, 27 juillet 1994, n° 94-343/344, Dalloz, 1995, 237, note B. Mathieu
CE, 14 février 1997, CHR de Nice, Époux Quaretz, Dalloz, 1997, sommaire, p. 60
CE, 6 décembre 2002, n° 250167
CE, 19 février 2003, Affaire Maurice, n° 247908
CE, 26 septembre 2005, n° 248357
CE, 24 février 2006, Semaine Juridique, 2006, IV, 1605
CE, 21 mars 2008, n° 266154
CE, 25 mars 2009, n° 313231 et n° 315158
CE, 3 avril 2009, n° 308181

CE, 8 juillet 2011, n° 350486

CC, 15 janvier 1975, n° 74-54 DC
CC, 29 décembre 1994, n° 94-351
CC, 27 juin 2001, n° 2001-446

VI. La jurisprudence de la Cour Suprême de Pologne, Chambre criminelle et militaire

* Cour Suprême, 1 décembre 1933, Affaire n° II K 1117/33
* Cour Suprême, 18 septembre 1964, Affaire n° II CR 895/62, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSN) 1964, n° 10, position 204
* Cour Suprême, 8 janvier 1965, Affaire n° II CR 2/65, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSPiKA) 1965, n° 9
* Cour Suprême, 12 mars 1966, Affaire n° III PR 18/66, Nouveau Droit 1966, n° 10, p. 1264
* Cour Suprême, 7 juin 1971, Affaire n° III CZP 87/70, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSNCP) 1972, n° 3, position 42
* Cour Suprême, 17 octobre 1973, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSNKW) 1973, n° 12, position 173, note W. Kubala, J. Kubicki, Revue juridique et militaire, 1975, n° 1
* Cour Suprême, 25 février 1978, Affaire n° III CZP 100/77, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP), 1983, n° 10, position 217
* Cour Suprême, 10 avril 1979, Affaire n° III KR 69/79, non publié
* Cour Suprême, 27 octobre 1983, Affaire n° III CZP 35/83
* Cour Suprême, 16 juillet 1988, Affaire n° V KRN 270/86, non publié
* Cour Suprême, 22 juin 1989, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP), 1991, n° 2, position 35, note Z. Radwański
* Cour Suprême, 22 mars 1991, Affaire n° III CZP 28/91, Revue des tribunaux, 1993, n° 2, p. 78
* Cour Suprême, 16 mars 1993, Affaire n° I KZP 14/93
* Cour Suprême, 22 septembre 1995, Affaire n° III CZP 118/95, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP) 1996, n° 4, position 78
* Cour Suprême, 8 décembre 1997, Affaire n V KKN 346/96, Parquet et Droit, 1997, n° 4
* Cour Suprême, 22 juin 1998, Affaire n° III CZP 37/1989, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP) 1998, n° 2, position 188
* Cour Suprême, 10 décembre 1998, Affaire n ° KZP 22/98, Jurisprudence des tribunaux polonais, (OSPiKA) 1999, n° 2, position 39
* Cour Suprême, 15 septembre 1999, Affaire n° I KZP 26/99, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSPiKA), 1999, position 69
* Cour Suprême, 28 septembre 1999, Affaire n° II CKN 511/98
* Cour Suprême, 21 octobre 2003, Affaire n° I KZP 29/03, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSPiKA), 2003, position 94
* Cour Suprême, 21 novembre 2003, Affaire n° V CKN 167/03, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP), 2004, n° 6, position 71
* Cour Suprême, 26 février 2004, Affaire n° I KZP 41/03, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP), 2004, position 406
* Cour Suprême, 1 avril 2004, Affaire n° II CK 134/03
* Cour Suprême, 24 mai 2005, Affaire n° I KZP 15/05, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP), 2005, position 60
* Cour Suprême, 13 octobre 2005, Affaire n° IV CK 161/05, État et Droit, 2006, n° 7, note T. Justynski, W. Borysiak
* Cour Suprême, 22 février 2006, Affaire n° CZP 8/06, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP) 2007, n° 2, 71
* Cour Suprême, 5 mai 2006, Affaire n° V KZP 385/05, Jurisprudence des tribunaux

polonais (OSP), 2006, position 73
*Cour Suprême, 28 septembre 2006, Affaire n° I KZP 16/06, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP), 2006, position 90
* Cour Suprême, 25 octobre 2006, Affaire n° V KK 373/06, Lex n° 198093
* Cour Suprême, 26 octobre 2006, Affaire n° I KZP 18/06
* Cour Suprême, 26 juillet 2007, Affaire n° I KZP 17/07, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP), 2007, position 62
* Cour Suprême, 28 avril 2008, Affaire n° IKZP 6/08, Jurisprudence des tribunaux polonais (OSP), 2008, position 42
* Cour Suprême, 13 juin 2008, Affaire n° III CSK 16/2008, Rzeczpospolita, 13 juin 2008
* Cour Suprême, 30 octobre 2008, Affaire n° I KZP 13/08, non publié
* Cour Suprême, 26 mars 2009, Affaire n° I KZP 2/09
* Cour Suprême, 5 mai 2010, Affaire n° III CZP 580/09

Cour régional P., 11 mai 2007, Affaire n° IV Ka 648/07
Cour régional Wrocław, 26 octobre 2008, Affaire n° III K 266/07

C Appel Poznań, 29 septembre 2005, Affaire n° I ACa 236/05
C Appel Varsovie, 31 mars 2006, Affaire n° I ACAa 973/05
C Appel Wrocław, 30 juillet 2007, Affaire n° II AKAa 209/07
C Appel Wrocław, 23 décembre 2008, Affaire n° II Aka 303/08
C Appel Białystok, 4 juillet 2009, Affaire n° I Aca 278/08

T Régional P., 29 novembre 2006, Affaire n° II K 95/05
T Régional P., 16 octobre 2007, Affaire n° II K 307/07

VII. Les décisions du Tribunal Constitutionnel de Pologne

* Tribunal Constitutionnel, 15 janvier 1991, U 8/90, OTK 1991, position 8
* Tribunal Constitutionnel, 7 octobre 1992, U 1/92, OTK 1992, II. Partie, position 38
* Tribunal Constitutionnel, 17 mars 1993, W 16/92, OTK 1993, I. Partie, position 16
* Tribunal Constitutionnel, 28 mai 1997, K 26/96, OTK 1997, n° 2 ; Journal des Lois, 1997, n° 157, position 1040
* Tribunal Constitutionnel, 7 janvier 2004, K 14/03, OTK, n° 1/2004

VIII. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 26 mars 1985, X., Y., c/Pays-Bas, Série A, n° 91 § 22 et 77
CEDH, 17 octobre 1986, Rees c/Royaume-Uni, Série A, n° 106
CEDH, 27 septembre 1990, Cossey c/Royaume-Uni, Série 1, n° 184
CEDH, 25 mars 1992, Ass. Plèn., B. c/France, n° 13343/87
CEDH, 25 mars 1992, B. c/France, Série A, n° 231, n° 57/1990.248/319
CEDH, 19 octobre 1992 Open Door et Dublin Well Woman c/Irland, Série A, n° 246
CEDH, 30 juillet 1998, Sheffield, Horsham c/Royaume-Uni, RIDH, 1998, p. 253

CEDH, 11 juillet 2002, I., c/Royaume-Uni, n° 25680/94
CEDH, 11 juillet 2002, Goodwin c/Royaume-Uni, n° 28957/95
CEDH, 5 septembre 2002, Affaire Bosco/Italie
CEDH, 8 juillet 2004, Vo c/France, Dalloz, 2004, jurisprudence, p. 2456, note, J. Pradel
CEDH, 6 octobre 2005, Draon c/France et Maurice c/France, n° 11810/03, Dalloz, 2006, IR, 1915
CEDH, 7 mars 2006, Evans c/Royaume-Uni, n° 6339/05
CEDH, 18 avril 2006, Dickinson c/Royaume-Uni, Just 4436/04
CEDH, 6 juillet 2006, K. A. et A. D. c/Belgique, n° 4258/98 et 45558/99
CEDH, 22 janvier 2008, E. B., c/France, n° 435446/02
CEDH, 16 septembre 2008, Z c/Pologne, n° 46132/08
CEDH, 18 novembre 2008, P et S c/Pologne, n° 57375/08
CEDH, 5 janvier 2010, n° 222933/02, Semaine Juridique, éd. gén., 2010, n° 5, 234
CEDH, Grande Chambre, 16 décembre 2010, n° 25579/05, A. B. et C. c/Irlande, JCP. éd. gén., 2011, actualités 58, observations M. Levinet
CEDH, 2 avril 2012, Kruzman c/Lettonie, n° 330/08

IX. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

* Procureur contre Radovan Karadzic et Radko Mladic, Affaire n° IT-95-5-R61 et n° IT-95-18-R61, Examen de l'acte de l'accusation dans le cadre de l'article 16 du Règlement de procédure et de preuve, 11 juillet 1996
* Procureur contre Drazen Erdemovic, Jugement du 7 octobre 1997 § 645
* Procureur contre Goran Jelisic, Affaire n° IT-95-10, Chambre de première instance, Jugement du 14 décembre 1999 § 48
* Procureur contre Dusco Tadic, Affaire n° IT-94-1-T, Jugement du 14 décembre 1999 § 653
* Procureur contre Stavan Todorovic, Affaire n° IT-95-9/1-S, Chambre de première instance, Jugement portant condamnation du 13 juillet 2001 § 38
* Procureur contre K. Krtic, n° IT-98-33, Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001 § 513
* Procureur contre Dragoljub Kunarac, Radomir Kovar et Zoran Vukovic, Affaire n° IT-96-23-A et n° IT-96-23/1-A, Chambre d'appel, Arrêt du 12 juin 2002 § 98
* Procureur contre Radko Mladic, Affaire n° IT-955/18-I, L'acte de l'accusation modifié du 11 octobre 2002 § 34, al. c
* Procureur contre Dragan Nikolic, Affaire n° IT-94-2-S, Chambre de première instance, Jugement portant condamnation du 18 décembre 2003 § 194

X. Tribunal pénal international pour Rwanda

* Procurer contre Clemens Kayishema, Affaire n° 95-1-T et n° IT-95-43-R-61, Jugement du 21 mai 1996
* Procureur contre J.-P. Akayesu, Affaire n° ICTR-94-4IT, Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998

* Procureur contre Clemens Kayeiehema et Obed Ruzindana, Affaire n° ICTR-95-1-A, Chambre de première instance, II, Jugement du 21 mai 1999
* Procureur contre Rutaganda, Affaire n° 96-3-A, Jugement du 10 décembre 1999
* Procureur contre Alfred Musena, Affaire n° 96-13-T, Jugement du 17 janvier 2000
* Procureur contre Clemens Kayeiehema et Obed Ruzindana, Affaire n° ICTR-95-1-A, Chambre d'appel du 1 juin 2001

XI. Les rapports

* Rapport Zimmerman, JOAN CR 1965, p. 4690
* Rapport de la Commission d'enquête concernant la fécondation et embryologie humaine, Paris, La Documentation française 1985
* Rapport officiel « *Aux frontières de la vie, Rapport au Premier Ministre* » par N. Lenoir, Paris, La Documentation française 1991
* Rapport Spécial de la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies, UN Document A/47/666 et S/24809 du 17 novembre 1992
* Rapport S/25704§48 du Secrétaire Général sur le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie soumis au Conseil de Sécurité le 3 mai 1993
* Rapport à Premier Ministre du 15 novembre 1993 par J.-F. Mattei, *« La vie en question, pour une éthique biomédicale »*
* Rapport Final de la Commission des Nations Unies, Document S/1994/674/add., Vol. 28, Viol et agression sexuelle, § 25, p. 12
* Rapport Final de la Commission des Nations Unies, Document S/1994/674, 28 décembre 1994 § 230, p. 55
* Rapport Final de la Commission des Nations Unies, Document S/1994/674/add., Vol. 28, Viol et agression sexuelle, § 25, p. 12
* Rapport du Comité Spécial sur le génocide, Document E/794, p. 5
* Rapport officiel « *La Vie en question, pour une éthique biomédicale, Rapport au Premier Ministre* » par J.-F. Mattei, Paris, La Documentation française 1994
* Rapport sur la situation des droits de l'homme sur le territoire de l'ex-Yougoslavie soumis par T. Mazowiecki, le Rapporteur Spécial de la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies, UN Document E/CN4/1996/9, 22 août 1995 § 45, p. 10
* Rapport de T. Mazowiecki, le Rapporteur Spécial de la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies, ONU E/CN, 4/1995/90, p. 19
* Rapport de Synthèse par C. Cornu « *Embryon humaine : approche multidisciplinaire* », Colloque des 9-10 novembre 1995, éd. Economica 1996
* Audition pour le rapport sur l'application de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, n° 1407, Assemblée nationale, Sénat n° 232, 18 mars 1999
* Rapport INSERM/INED du 30 mars 2000, Question en santé publique, p. 346
* Rapport de P. Puig, La qualification du contrat de l'entreprise, Panthéon Assas, 2002, n° 87
* Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de la loi relatif à la bioéthique adopté par le Sénat, AN n° 76, 1 avril 2003, par P-L. Faugniez
* Rapport de la Commission Santé-Justice « *Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive* », juillet 2005, par J.-F. Burgelin
* Rapport de la Mission parlementaire sur la dangerosité « *Réponses à la dangerosité* », 2006, par J-P. Garraud

* Rapport Lamanda, *« Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux »*, 4 juin 2008
* Rapport de l'Agence de la biomédecine : « *Application de la loi du 6 août 2004 »*, octobre 2008
* Rapport final : États généraux de la bioéthique, 1 juillet 2009
* Rapport du Conseil d'État, La révision des lois bioéthiques, mai 2009
* Rapport : Favoriser le progrès médical. Respecter la dignité humaine, AN n° 2235, 20 janvier 2010
* Rapport : L'information sur la révision des lois bioéthiques par député J. Leonetti, n° 2235 du 10 janvier 2010

XII. Les dictionnaires thématiques

Alland D., **Rials S**.,
- *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. PUF 2003
Brenot P., (sous la dir.)
- *Dictionnaire de la sexualité humaine*, éd. Esprits du temps 2004
Cabrillac R., (sous la dir.)
- *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, éd. Lexis Nexis 2008
Cadict L., (sous la dir.)
- *Dictionnaire de justice*, éd. PUF 2004
Cornu C.,
- *Vocabulaire juridique*, éd. PUF 2007
Eribon D., (sous la dir.)
- *Dictionnaire des cultures gays et lesbiennes*, éd. Larousse 2003
Guinchard S., **Montagnier G**.,
- *Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz 2003
Hirata H., **Laborie F**., **Le Doaré H**., **Sénotier D**.,
- *Dictionnaire critique du féminisme*, éd. PUF 2004
Hottois G., **Missa J-M**.,
- *Nouvelle encyclopédie de biologique*, De Boeck, Université de Bruxelles, 2001
Lecourt D.,
- *Dictionnaire de la pensée médicale*, éd. PUF, coll. Quadrige 2004
Marzano M.,
- *Dictionnaire du corps*, éd. PUF, coll. Quadrige 2007
Perdot P., (sous la dir.)
- *Dictionnaire de droit de la santé et de la bioéthique*, éd. Ellipses, coll. Dictionnaires de Droit 2006
Rey A., (sous la dir.)
- *Grande dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, éd. Le Robert, 1994
Salmon J.,
- *Dictionnaire de droit international public*, éd. Bruyant/Auf 2001
Szymanek K.,
- *L'art de l'argumentation, Dictionnaire terminologique*, Varsovie 2005
Szymczak M., (sous la dir.)
- *Dictionnaire de la langue polonaise*, Varsovie 1983
Tzitzis S., **Lopez G**.,
- *Dictionnaire des sciences criminelles*, éd. Dalloz 2004

* **Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de biotechnologie**, Éditions Législatives
* **Répertoire pénal**, Édition Dalloz
* **Répertoire civil**, Édition Dalloz

INDEX THEMATIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

Acharnement procréatif : 304, 350

Agence de la biomédecine : 4, 5

Assistance sexuelle : 146

Auto-avortement : 169, 465, 466

Avortement : 169, 209, 215, 229, 298, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 487, 619

Bébé-médicament : 3, 304, 393, 435

Capacité de procréer : 122, 164

Castration : 117

Chimères humains : 583, 590, 594, 595, 596, 619

Hybrides humains : 583, 590, 595, 596, 619

Clause de conscience : 215

Clonage : 32, 35, 412, 416, 417, 590, 591, 592, 593

Comité Consultatif National d'Éthique : 4, 5,106, 316, 393, 409, 415, 428

Consentement : 144, 145, 154, 155, 156, 213, 327

Contraception : 42, 47, 52, 55, 54, 55, 56, 61, 66, 67, 69, 70, 81, 88, 96, 162, 164

Contraception d'urgence : 73, 80, 82, 85, 86, 87

Crimes contre l'humanité : 523, 526, 527

Détresse : 88, 173, 174, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 302, 304, 305, 486

Diagnostic prénatal : 22, 224, 235, 236, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 263, 264, 397, 403

Dissatisfied life : 275

Embryon : 17, 19, 22, 33,223, 224, 225, 226, 230, 332, 331, 332, 333, 334, 337, 340, 341, 342, 349, 355, 388, 389, 390, 391, 503, 604, 606, 617, 619

Embryons surnuméraires : 333, 336, 354, 355, 356

Enfant à naître : 190, 191, 233, 238, 488, 490, 491, 492, 493, 494, 504, 505, 506, 512, 513, 514, 518, 519, 520
Enfant mort-né : 508, 511, 515

Entrave à l'interruption volontaire de grossesse : 176, 177, 238

Espèce humaine : 11, 32, 383, 384, 385, 395, 588, 590, 599

Eugénisme : 32, 34, 206, 229, 378, 397, 400, 401, 402, 403, 405, 550, 552, 553, 554, 555, 586

Fécondation *in vitro* : 33, 314, 331, 332, 333, 345, 347, 348, 352, 413, 434

Foetus : 10, 12, 15, 19, 21, 225, 226, 227, 229, 231, 232, 234, 235, 503

Filiation : 360, 361, 362, 363, 365, 366, 429

Gène humain : 583, 599, 600, 601

Générations futures : 382, 386, 387, 395

Génome humain : 401, 594

Génocide : 523, 525, 557, 558, 567, 568, 569, 570, 571, 572

Gestation pour autrui : 14, 418, 419, 420, 421, 423, 424, 425, 426, 429, 432, 433

Handicap congénital : 277, 278, 279

Homicide involontaire : 488, 489, 490, 500, 506, 508, 510

Humanité : 560, 561

Intérêt de l'enfant : 25, 26, 28, 29, 30, 317, 344, 346, 429, 432, 435

Interruption illicite de grossesse : 437, 438, 448, 449, 450, 451, 454, 455, 456, 457, 459, 463, 468, 469, 471, 472, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 487, 521, 522

Interruption médicale de grossesse : 206, 207, 208, 209, 210, 211, 214, 215, 216, 220, 221, 223, 224, 225, 227, 228, 229, 231, 232, 233

Interruption volontaire de grossesse : 69, 73, 167, 168, 175, 189, 190, 191, 193, 195, 197, 198, 199, 200, 201, 246, 247, 299
Intersexualité infantile : 133, 135

Libération sexuelle :

Manipulation génétique : 580, 583, 584, 485, 587, 607, 608, 609, 610, 612

Mariage : 60, 61, 108, 128, 133

Minorité : 71, 72, 73, 74, 75, 88, 89, 213, 470
Motif thérapeutique de l'acte médical : 109, 110, 111, 112, 113, 116, 118, 119, 122, 123, 124, 157, 161, 208, 209

Naissance préjudiciable : 242, 243, 244, 245, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 281

Personnalité juridique : 509, 511, 517, 561

Personne handicapée mentale : 42, 138, 140, 141, 142, 143, 145, 146, 147, 148, 149, 158 165
Perte de chance : 265

Pharmacien : 79, 80, 83, 84, 87, 94

Plan criminel : 523, 524, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 543, 544, 545, 546

Planification familiale : 44, 45, 46, 48, 49

Préjudice sexuel : 203, 204

Principe de la dignité de la personne humaine : 11, 15, 382, 405, 431, 436, 508, 509

Principe de l'indisponibilité du corps humain : 11, 12, 13, 113, 305, 427, 429, 430, 431, 438

Principe de l'intégrité du corps humain : 117, 119, 122

Principe du respect de l'être humain : 10, 507

Planification familiale : 65, 67, 69

Préembryon : 605

Procréation médicalement assistée : 304, 306, 307, 308, 309, 313, 316, 319, 338, 340 350, 407, 603, 611

Procréation *post mortem* : 14, 325, 339, 376, 409, 411, 412, 413, 414, 415, 424, 428, 429

Projet parental : 311, 312, 329, 330, 335, 336

Propagande anticonceptionnelle : 51, 52, 95

Purification ethnique : 558, 564, 565, 573, 574, 575

Réduction embryonnaire/fœtale : 226, 358

Responsabilité médicale : 91, 92, 93, 94, 102, 120, 121, 217, 218, 230, 242, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 260, 266, 267, 268, 269, 270, 292, 293, 294, 295, 296

Responsabilité pénale : 170, 219, 232, 233, 234, 235, 236, 352, 353, 366, 367, 381, 384,398 399, 403, 404,453, 458, 483, 484, 485, 486, 586, 603

Sécurité sexuelle : 8, 60, 62, 63

SIDA : 47, 58, 66, 62, 211, 289, 316

Stérilisation à visée contraceptive : 104, 106, 129, 130, 131, 140, 148, 158, 160, 162

Stérilisation forcée : 549, 551

Stérilisation thérapeutique : 122, 157, 162, 246, 287

Thérapie génique : 32, 33, 405, 588

Tourisme procréatif : 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376

Transsexualisme : 105, 106, 107, 108, 112, 115, 116, 125, 127, 129, 132

Tri génétique : 407

***Wronful birth* :** 240, 243, 258

***Wronful conception* :** 240, 243

***Wrongul life*:** 240, 275, 288, 291, 294, 297

Vie anténatale : 16, 270, 481, 482, 500, 503, 510, 605, 617

Viabilité : 234, 495, 496, 497, 498, 499, 507

Viol : 194, 195, 549

Viol procréatif : 576, 578, 579, 580, 581

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire.....5
Liste des abréviations.....7
Introduction Générale.....15

SECTION 1: Entre la liberté procréative et les limites imposées par la loi.....23

A. Les grands principes du droit permettant de résister à la déshumanisation de la procréation.....23

1. le risque de l'exploitation biologique et de la marchandisation du corps humain.....24
2. l'homme de demain a-t-il un droit à la dignité humaine ?.....26

B. L'ambiguïté persistante du statut pénal de la personne humaine en devenir.....27

1. la représentation pénale de l'embryon et du fœtus humains face au choix procréatif.....27
2. les critères légaux de la sélection anténatale.....29

SECTION 2: Procréation humaine : source d'espoir, source de danger.....32

A. La liberté procréative et le désir d'enfant.....32

1. la liberté procréative et la promotion de la liberté individuelle de la femme.....32
2. entre le désir d'enfant et l'intérêt de l'enfant.....34

B. Ambivalence des nouvelles techniques procréatives 36

1. l'espèce humaine d'aujourd'hui et l'espèce humaine de demain.....36
2. les risques liés aux manipulations génétiques.....37

Première partie de thèse :
LA PROCRÉATION HUMAINE ET LA DÉCISION INDIVIDUELLE

Introduction de la première partie.....45

TITRE 1 : La maîtrise de la procréation par le contrôle des capacités procréatrices.....47

CHAPITRE 1 : La régulation des capacités procréatrices en dehors de l'intervention chirurgicale 49

SECTION 1 : Le droit à la planification des naissances 50

§ 1. La naissance du droit à la procréation planifiée 51

A. De l'interdiction à la réglementation de la procréation planifiée.....52

1. De l'interdiction absolue à l'interdiction tempérée de la contraception.....53
2. La reconnaissance progressive du droit à la contraception.....56

B. La naissance du droit à la maîtrise individualisée de la procréation.....58

1. Le mariage et le regard porté sur la procréation.....58
2. La liberté procréative et l'émergence de la sécurité sexuelle.....63

§ 2. Le droit d'accès à la contraception 65

A. La généralisation du droit d'accès à la contraception.....66

1. L'institutionnalisation progressive du droit à l'information sur la planification familiale en France.....66
2. Le remboursement des contraceptifs.....67

B. La reconnaissance de la liberté procréative des mineurs 70

1. L'émancipation de la liberté sexuelle des mineurs.....70
2. L'information contraceptive adressée aux mineurs.....71

SECTION 2 : La contraception et la responsabilité médicale 73

§ 1. La diversification de la délivrance des contraceptifs.....73

A. La délivrance par un pharmacien.....74

1. Le maintien du monopole des pharmaciens.....74
2. Le refus de vente par un pharmacien et la clause de conscience.....76

B. Les nouveaux modes de délivrance.....77

1. La délivrance de la contraception d'urgence.....78
2. La délivrance dans le milieu scolaire.....79

§ 2. La délivrance de la contraception et la responsabilité médicale.....80

A. La responsabilité du fabricant.....80

1. L'exigence préalable d'une autorisation de mise sur le marché 80
2. Le contrôle de la qualité des contraceptifs.....81

B. La responsabilité du prescripteur.....82

1. La prescription médicale et l'importance du bilan médical.....82
2. Le préjudice subi 84

Conclusion du Chapitre 1.....86

CHAPITRE 2 : Les limités de la régulation des capacités procréatrices par l'intervention chirurgicale 87

SECTION 1: La transformation des capacités procréatrices et une nouvelle caractérisation de l'acte médicale.....89

§ 1. L'illicéité initiale des actes médicaux non thérapeutiques 90

A. L'exigence classique de la vocation thérapeutique en cas de transsexualisme et de stérilisation.....91

1. L'identification du caractère thérapeutique.....91
2. Le sorte des transformations sexuelles de convenance.....93

B. L'approche pénale de l'intervention médicale privée de toute vocation thérapeutique.....96

1. La sanction pénale de l'atteinte à l'intégrité du corps humain 96
2. La sanction de la stérilisation sans motif thérapeutique avant la loi du 04/07/2001.....99

§ 2. L'abandon successif du caractère purement thérapeutique des actes médicaux 100

A. L'apport de la jurisprudence européenne sur le transsexualisme.....101

1. Le droit à la protection de l'intégrité sexuelle.....102
2. Le droit à la affective épanouie.....103

B. La reconnaissance progressive des actes extra thérapeutiques et ses frontières.....104

1. La reconnaissance formelle des actes non thérapeutiques en France.....104
2. La reconnaissance juridique du transsexualisme et la mutation juridique du sexe 105

SECTION 2: Entre l'objectivité et la subjectivité de la volonté du patient 108

§ 1. La normalisation de la sexualité vulnérable 108

A. L'interprétation relativement extensive d'un handicap mental.....109

1. Légiférer pour mieux protéger.....110
2. La délicate question du consentement.....111
3. L’avenir de l’assistance sexuelle pour les personnes handicapées.....112

B. Les garanties offertes par la loi aux patients handicapés mentaux.....113

1. L'exclusion de toute connotation eugénique.....113

2. La procédure formalisée.....114

§ 2. L'autonomie de plus en plus affirmée du patient face à l'acte médical.....115

A. L'autonomie bien préservée de la personne capable.....115
1. L'étendue de l'autonomie de la personne capable.....116
2. L'obligation d'information adaptée.....117

B. L'autonomie toujours relative de la personne incapable 118

1. L'identification du patient par les références civiles et médicales.....119
2. L'opportunité de légiférer en droit polonais.....121

Conclusion du Chapitre 2.....123
Conclusion du Titre 1.....124

TITRE 2 : La maîtrise de la procréation humaine par le contrôle des naissances et l'interruption de grossesse 125

CHAPITRE 1 : La liberté explicite d'interrompre de grossesse.....127

SECTION 1: L'appréciation divergente quant à la situation de la femme et de l'enfant : les cas des interruptions *« sociales »* de grossesse 129

§1. La référence légale à la *« situation sociale »* de la femme.....130

A. L'autonomie décisionnelle de la femme et ses justifications.....131

1. Le droit d'interrompre ou de poursuivre la grossesse.....131
2. La détresse comme une permission de la loi.....133

B. La détresse, une notion critiquée 136

1. La prise en compte de l'état de détresse dans l'interruption volontaire de grossesse en France 137
2. L'abandon progressif de la référence à la détresse dans la norme pénale polonaise.....141

§ 2. La grossesse indésirable et les qualifications juridiques de l'interruption de grossesse 143

A. L'interruption de grossesse en cas d'agression ou d'atteinte sexuelle.....144

1. Le regard divergeant de droit français et polonais.....144
2. La jurisprudence de la Cour Suprême de Pologne relative aux atteinte sexuelles à l'origine de la grossesse non désirée.....146

B. L'acte médical à l'origine de l'interruption volontaire de grossesse.....147

1. La faute médicale.....147
2. Le préjudice subi par la mère 149

SECTION 2 : L'appréciation similaire de la santé de la femme et de l'enfant conçu : les cas des interruptions thérapeutiques de grossesse 152

§ 1. L'élargissement progressif du champ des indications médicales liées à la santé de la mère.....154

A. L'évolution des indications médicales liées à la santé de la mère.....154

1. De l'interruption dite *« thérapeutique »* à l'interruption dite *« médicale »* de grossesse.....155
2. La relativité des indications médicales et les facteurs décisionnels liés à l'attitude du monde médical.....159

B. Le contrôle des critères médicaux de l'interruption médicale de grossesse.....162

1. Le contrôle par le juge interne.....162
2 L'interruption médicale de grossesse dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....163

§ 2. L'évaluation de l'état de l'enfant conçu face à l'interruption médicale de grossesse 165

A. Le rapprochement au niveau des critères médicaux.....166

1. La similitude des indications médicales liées à la santé de l'enfant conçu.....167
2. Une différence du délai légal de l'interruption médicale de grossesse liée à la santé de l'enfant conçu.....168

B. La place attribuée à l'enfant conçu face à la décision de la mère 171

1. L'utilité biologique du produit de conception humaine reconnue par le droit français.....171
2. La prise en compte directe de la santé de l'enfant conçu par le code pénal polonais face à l'interruption médicale de la grossesse 172

Conclusion du Chapitre 1.....177

CHAPITRE 2 : L'échec d'une interruption volontaire de grossesse et le préjudice lié à la naissance 178

SECTION 1 : La naissance préjudiciable et l'action en responsabilité déclenchée par les parents.....180

§ 1. La défaillance dans la réalisation d'un acte médical.....180

A. Les fondements d'indemnisation 181

1. Les situations à l'origine du préjudice subi par les parents 181
2. L'exigence d'un préjudice dommageable et le lien de causalité avec la faute de diagnostic prénatal.....184

B. La faute de diagnostic prénatal 186

1. Le conseil génétique.....187
2. La faute de diagnostic prénatal à l'origine du préjudice subi.....188
§ 2. De la reconnaissance jurisprudentielle à la contestation législative de l'action de naissance préjudiciable (*wrongful bitht*) 192

A. Les voies d'indemnisation reconnus aux parents.....192

1. L'indemnisation liée à la défaillance d'un acte médical préalable à la naissance préjudiciable.....193
2. De la réparation partielle à l'indemnisation des parents du fait de la naissance préjudiciable.....198

B. L'apport de la loi du 4 mars 2002 dite *« anti-Perruche »* pour le régime d'indemnisation.....199

1. L'application de la loi du 4 mars 2002 dans le temps.....199
2. L'application immédiate de la loi du 4 mars 2002 par les juridictions françaises.....203

SECTION 2. La naissance préjudiciable et l'action en responsabilité déclenchée par l'enfant 205

§ 1. Le préjudice médical subi par l'enfant dans le cadre de l'action en *wrongful life* et *dissatisfied life*.....205

A. Les préjudices médicaux *stricto sensu* 206

1. La présence d'un handicap congénital.....206
2. Handicap perçu comme un préjudice.....207

B. La vie peut-elle être perçue comme un préjudice ?.....209

1. La reconnaissance controversée du droit à ne pas être handicap dans l'arrêt de *« Nicola Perruche »* du 17/11/2000.....209
2. L'existe-il un droit de ne pas naître ?.....210

§ 2. L'indemnisation de l'enfant né.....212

A. La responsabilité parentale à affirmer dans le domaine de procréation.....213

1. Le préjudice lié au comportement fautif de la mère.....213
2. L'exigence de la vigilance parentale s'entend à tous les types de la procréation.....214

B. La consécration finale du principe de l'indemnisation.....215

1. De l'hostilité initiale à la consécration de l'action en *wrongful life* par les juridictions françaises.....216
2. Les critères d'indemnisation de l'enfant 218

Conclusion du Chapitre 2.....220

Conclusion du Titre 2.....221
Conclusion de la première partie de thèse.....222

Deuxième partie de thèse :
LA PROCRÉATION HUMAINE ET LES INTERVENTIONS EXTÉRIEURES

Introduction de la deuxième partie.....225

TITRE 1 : La permission des interventions extérieures.....227

CHAPITRE 1 : La généralisation du droit à la reproduction.....229

SECTION 1 : La dimension civile du droit à la reproduction : le projet parental et sa réalisation 230

§ 1. Le profil du couple candidat 230

A. Le critère prépondérant tenant à l'impossibilité de concevoir naturellement.....231

1. Le diagnostic de l'infertilité pathologique.....231
2. L'élimination du risque de transmission d'une maladie.....233

B. Le critère secondaire tenant à la structure du couple.....234

1. Le profil donnant l'accès à la procréation médicalisée.....235
2. Le couple candidat comme un patient.....240

§ 2. Le projet parental : sa mise en œuvre et son extinction.....242

A. La réalisation du projet parental 242

1. Le transfert direct.....243
2. Le transfert vers le couple d'accueil.....244

B. L'extinction volontaire et involontaire du projet 245

1. La conséquence négative : la destruction des embryons.....246
2. La conséquence positive : *« l'adoption prénatale »* des embryons orphelins.....247

SECTION 2 : La dimension pénale du droit à la reproduction : la représentation pénale de l'embryon humain et la protection de la filiation.....249

§ 1 . La prise en compte de l'intérêt de l'embryon humain.....250

A. La représentation pénale de l'embryon humain par référence à la finalité de l'assistance médicale à la procréation 250

1. Vers une meilleure prise en compte de l'intérêt de l'enfant à naître.....251
2. Les activités médicales pénalement prohibées 253

B. La représentation pénale de l'embryon humain par référence à son intégrité biologique.....254

1. La rédaction ambiguë de l'article 157a du code pénal polonais.....255
2. La faible prise en compte des embryons surnuméraires 257

§ 2 . Les périmètres des incriminations des atteintes à la filiation.....261

A. Les atteintes à la filiation en droit interne 261

1. L'absence de réaction pénale en matière de filiation en droit polonais.....262
2. Les atteintes à la filiation en droit pénal français 263

B. Le phénomène grandissant du tourisme procréatif 265

1. Le caractère lucratif comme le dénominateur commun de l'action criminelle.....266
2. Les diverses manifestations du tourisme procréatif.....269

Conclusion du Chapitre 1.....272

CHAPITRE 2 : Les limités du droit à la reproduction.....273

SECTION 1 : La prohibition de la transformation des repères fondateurs de l'individu.....274

§ 1. La nécessité objective de protéger la subjectivité de l'homme.....275

A. Ambivalence dans l'application du principe de la dignité humaine au regard de la protection de l'espèce humaine.....276

1. L'espèce humaine est *« assujettie au droit objectif »* 277
2. La difficile protection pénale des générations futures.....278

B. De l'embryon humain-sujet à l'embryon humain-objet 281

1. L'embryon humain comme sujet de droits.....281
2. L'embryon humain comme un objet de propriété.....282

§ 2 . Le régime actuel d'autorisation par dérogation.....285

A. L'accès à l'examen des caractéristiques génétiques et la sanction des abus.....286

1. L'extension progressive du conseil génétique.....286
2. Les sanctions des abus en droit français 287

B. Le choix individuel ayant un impact collectif.....288

1. Le défaut de définition juridiquement opératoire des pratiques eugéniques.....289

2. Entre réglementation et interdiction des pratiques eugéniques 291

SECTION 2 : Les limites liées du droit à la nature des interventions extérieures.....294

§ 1. L'état actuel du droit et ses difficultés.....295

A. L'interdiction expresse de l'insémination posthume et du clonage reproductif.....297

1. L'interdiction du transfert d'embryon *post mortem*.....297
2. L'interdiction du clonage reproductif.....299

B. L'interdiction de la gestation pour autrui.....302

1. L'interdiction des associations ayant pour le but de faciliter la maternité de substitution.....302
2. La sanction pénale de la procréation pour autrui.....303

§ 2. La perspective d'aménagements possibles 304

A. L'analyse des solutions alternatives.....305

1. L'hypothèse de l'encadrement légal de la gestation pour autrui 305
2. La légalisation de l'insémination posthume est-elle envisageable ?.....308

B. Les solutions alternatives et la remise en cause des grandes principes du droit.....309

1. L'impact des solutions alternatives sur le principe de l'indisponibilité du corps humain.....310
2. La légalisation de la gestation pour autrui et la recherche de nouveaux critères de maternité.....311

Conclusion du Chapitre 2.....314
Conclusion du Titre 1.....315

TITRE 2: La sanction des interventions extérieures contraintes.....317

CHAPITRE 1: La sanction des interventions extérieures au titre des atteintes individuelles à la femme enceinte.....320

SECTION 1: Les interruptions illicites de grossesse et une nouvelle répartition des dispositifs pénaux 325

§1. L'illicéité de l'interruption de grossesse et la qualité de l'auteur présumé.....326

A. L'accomplissement des manœuvres abortives et la qualité de l'auteur.....327

1. L'exécution par un membre de la profession médicale.....328
2. L'interruption illicite de grossesse procurée par

un tiers n'appartenant à un corps médical 329

B. La répression pénale de l'interruption illicite de grossesse 331

1. La description de la violence dirigée contre une femme enceinte.....331
2. Sur la voie de la dépénalisation de l'instigation
à l'interruption illicite de grossesse.....333

§ 2. L'illicéité de l'interruption de grossesse
illustre la volonté de protéger la mère-victime.....335

A. L'autonomie affirmée de la femme enceinte 335

1. La confirmation de l'impunité pénale des manœuvres auto-abortives.....336
2. L'interruption illicite de grossesse et le consentement de la femme.....338
3. L'interruption illicite de grossesse avec le consentement de l'intéressée.....340

B. Les qualifications de violences spécifiquement dirigées
contre la femme enceinte 341

1. La vulnérabilité objective liée à l'état de grossesse selon
l'article 223-15-2 du code pénal français.....341
2. Les violences n'ayant pas entraîné la mort.....343
3. Les violences ayant entraîné la mort.....344

SECTION 2: Les interruptions illicites de grossesse et
la vie de l'enfant à naître : l'approche critique.....347

§1. Le champ limité de la protection pénale de la vie en formation 347

A. Les tendances opposées dans l'évolution des dispositifs pénaux 348

1. Le retrait progressif des normes protectrices en droit pénal français.....348
2. l'exclusion jurisprudentielle de la qualification pénale
d'homicide involontaire du fœtus humain 351
3. La protection de l'intégrité corporelle de l'enfant conçu
dans le code pénal polonais.....353

B. La fluidité des critères de la protection pénale en droit pénal français.....356

1. L'abandon progressif du critère de viabilité.....356
2. La consécration du critère de vie.....359

§ 2. Les débats autour du statut de l'enfant à naître
face aux interruptions illicites de grossesse 360

A. Le statut de l'enfant à naître en droit français.....361

1. L'enfant conçu n'est pas une personne humaine en droit français.....362
2. La place attribuée à l'enfant conçu face aux grandes principes de droit.....363

B. La reconnaissance de la subjectivité de l'enfant à naître en droit polonais.....368

1. La protection de l'intégrité physique de l'enfant conçu 369
2. La protection pénale de l'enfant au moment d'accouchement.....371

C. La vision internationale généralisée et relativement neutre de l'enfant conçu.....372
1. Le droit à la vie du foetus n'est pas un droit normatif au sens de l'article 2
de la Convention européenne des droits de l'homme.....374
2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme
à travers de l'affaire de Madame Vo contre France.....375

Conclusion du Chapitre 1.....377

**CHAPITRE 2 : La sanction des atteintes extérieures
au titre des atteintes collectives**.....378

SECTION 1: Le plan criminel et l'atteinte projetée.....379

§ 1. Le mode opératoire particulier.....382

A. Le plan criminel comme critère objectif.....384

1. La concertation criminelle et la volonté de détruire.....384
2. La politique étatique d'extermination.....386
3. La matérialisation du plan concerté.....389

B. La diversité des actes matériels.....392

1. Les plans médicaux imposés par les pouvoirs étatiques.....392
2. Les actes médicaux imposés de force.....394
3. Le crime d'eugénisme collectif.....396

§2. La variété des actes matériels commis et le choix des victimes.....399

A. Les atteintes contre un groupe donné.....400

1. L'humanité, une victime collective.....400
2. L'articulation pénale des critères distinctifs du groupe.....402

B. Les atteintes à la continuité existentielle du groupe 404

1. Le génocide biologique.....404
2. La purification ethnique.....408
3. Le viol procréatif comme méthode de purification ethnique.....411

SECTION 2: L'atteinte collective et la bioéthique 416

§1. Les atteintes prohibées au patrimoine génétique de l'humanité.....417

**A. L'identité de l'espèce humaine menacée
par les manipulations génétiques**.....418

1. La prohibition expresse des manipulations eugéniques
face aux choix procréatifs.....419
2. Les cas de la thérapie génique germinale.....420

B. L'identité de l'espèce humaine menacée par la perspective du clonage.....421
1. Le clonage reproductif comme une atteinte à l'autonomie de l'homme
et à l'intégrité génétique de l'espèce humaine.....422
2. Les êtres humains « *chimères* ».....424

§ 2. Les atteintes exceptionnellement permises au patrimoine génétique de l'individu et leur impact sur la collectivité humaine.....426

A. Le gène humain comme support de l'identité humaine.....427

1. Le gène comme outil d'information sur l'humain.....427
2. La dissociation de l'identité génétique et juridique de la personne.....429

B. L'embryon humain comme porteur de l'identité humaine 431

1. Vers la reconnaissance implicite de préembryon humain.....431
2. Les manipulations génétique sur l'embryon en droit français.....432
3. Les manipulations génétiques sur l'embryon en droit polonais.....435

Conclusion du Chapitre 2.....438

Conclusion du Titre 2.....439

Conclusion de la deuxième partie.....440

Conclusion générale.....445

Annexes.....451

Bibliographie.....475

Index.....517

Table des matières.....521