

Intervention CNB – Etats généraux de la BIOETHIQUE
Conseil Consultatif National de l’Ethique
09/05/2018

Introduction :

Le Conseil National des Barreaux (CNB), établissement d’utilité publique doté de la personnalité morale, créé par la loi n°190-1259 du 31 décembre 1990, est l’institution représentative de la profession d’avocats en France.

S’il prend part aux réformes législatives et réglementaires intéressant l’organisation de la profession d’avocat, son intervention ne se limite pas à la seule défense des intérêts de la profession.

L’avocat occupe une place prépondérante entre le public, le droit et la justice : il a un rôle de conseil, d’assistance et de représentation des justiciables, il agit dans leur intérêt avec indépendance. C’est à l’avocat que s’adressent ceux qui se trouvent dans des situations que le droit ne reconnaît pas afin qu’il défende leur cause et porte les problématiques qui lui sont soumises devant les administrations, autorités et juridictions compétentes.

C’est la raison pour laquelle le CNB estime que la profession d’avocat a toute légitimité à s’investir dans le processus de révision de la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique et la concertation engagée avec le lancement des Etats généraux de la bioéthique.

L’avocat accompagne au quotidien les demandeurs de manière à leur permettre d’être les acteurs des progrès recherchés.

Il n’est pas question de dogmatisme ni de prise de position sur telle ou telle position éthique, mais, à partir du constat de l’évolution des demandes, des intérêts en présence et des grands principes tant internationaux que nationaux, de dresser la voix de ses représentants sur l’état des lieux des difficultés juridiques rencontrées par les praticiens et de donner un avis sur les enjeux juridiques des réformes annoncées.

Cette contribution se concentrera essentiellement, sans omettre les autres sujets des Etats généraux (Reproduction, développement embryonnaire, cellules souches ; Génétique, génomique ; Dons et transplantations d’organes ; Données de santé ; Intelligence artificielle et robotisation ; Neurosciences ; Santé et environnement), sur les sujets qui sont le plus fréquemment connus des avocats pratiquant le droit de la famille et de la santé, à savoir les thèmes « procréation, filiation et société » et « la prise en charge de la fin de vie ».



Présentation des intervenants :

Monsieur Gilles PILLET : Gilles Pillet est professeur de droit des affaires à ESCP Europe (campus de Paris) dans le département des sciences juridiques, économiques et sociales. Docteur en droit et titulaire d'une habilitation à diriger les recherches (HDR) de l'Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), il enseigne le droit interne et comparé des affaires et en particulier le droit des contrats et des sociétés.

Il enseigne parallèlement depuis 2011 le droit des contrats à l'Ecole de droit de Sciences-Po Paris et est expert auprès du CNB.

Le CNB le remercie vivement et chaleureusement pour sa contribution à la présente audition.

Monsieur Maxime EPPLER : Avocat au Barreau de PARIS depuis 2006, est associé au sein du cabinet DBO Avocats depuis le 1er juillet 2011.

Il exerce exclusivement en droit de la famille, et possède une expertise particulière en droit international privé de la famille (divorce, autorité parentale, filiation, tutelles, régimes matrimoniaux, successions). Il intervient en qualité de personne qualifiée auprès du CNB.

Le CNB le remercie vivement et chaleureusement pour sa contribution à la présente audition.

Sont également vivement et chaleureusement remerciés Madame Régine BARTHELEMY (Avocat au Barreau de MONTPELLIER, membre élu du Bureau du CNB) et Monsieur Laurent PETITI (Avocat au Barreau de PARIS, membre élu du CNB collègue ordinal, ancien membre du Conseil de l'Ordre), dont l'absence est excusée, pour leurs contributions respectives à la présente audition : Madame BARTHELEMY pour le thème « Procréation, filiation et société » et Monsieur PETITI, pour le thème « La prise en charge en fin de vie ».

Monsieur Emmanuel RASKIN, Avocat au Barreau de PARIS depuis 1997, membre élu du CNB collègue général PARIS ACE (Avocats conseils d'entreprise), membre de la commission Textes du CNB, expert près le Conseil des Barreaux européens, Co-Président de la commission nationale ACE Egalité-Diversité, ancien responsable et coordinateur des commissions nationales de l'ACE et chargé d'enseignement en procédure civile à l'université PARIS V (MALAKOFF – PARIS DESCARTES), intervenant pour présenter la position du CNB sur les sujets ainsi rappelés.

*



I / Procréation, filiation et société :

I.1. Principes en présence :

- Primauté de la personne, indivisibilité de l'état des personnes ;
- Dignité de la personne et respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ;
- Droit de fonder une famille (article 12 de la CEDH);
- Interdiction du commerce du corps humain ;
- Ordre public international français (notamment articles 16, 16-1 et 16-9 du code civil) ;
- Respect des actes de l'état civil fait à l'étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays hors fraude et mensonge (article 47 du code civil);
- Intérêt supérieur de l'enfant (art. 3.1. de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant du 20/11/1989) ;
- Egalité ;
- Règles en matière de filiation ;
- Principe de la nationalité française de l'enfant dont l'un des parents est au moins français (article 18 du code civil).

I.2. Constats et propositions :

Au cours des 40 dernières années, le modèle familial a connu de nombreux bouleversements et la loi a changé, accompagnant ces évolutions.

Mais le droit de la filiation n'a pas bougé : le développement des techniques d'assistance à la procréation contraste avec la stabilité du droit de la filiation en France.

Avec l'adoption, la PMA ou la GPA on peut aujourd'hui devenir parent sans procréer, procréer sans engendrer, engendrer sans procréer.

Dans le silence du législateur français, les juges tentent de définir la condition des enfants concernés et « *leurs tâtonnements successifs démontrent les difficultés à apporter des solutions en l'absence de textes plus explicites* »¹

Ce sont aujourd'hui les avocats et les juges qui ouvrent les chantiers nécessaires à la prise en compte des situations de fait auxquelles parents et enfants sont confrontés.

C'est ainsi que, même si la loi réserve actuellement la PMA aux couples hétérosexuels souffrant d'infertilité, la pratique révèle que les couples de femmes y ont recours, souvent à l'étranger, et que de nombreux enfants naissent dans ces conditions.

Le mariage entre personnes du même sexe existe depuis la loi du 17 Mai 2013 (article 143 du code civil). Cette loi autorise également l'adoption de l'enfant du conjoint (article 345-1 du code civil).

¹ Aurore CHAIGNEAU « pour un droit du lien : le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit à la filiation renouvelé » RTD Civ.2016 p 263.



La loi française a réservé l'accès de la PMA aux seuls couples hétérosexuels souffrant d'une infertilité.

Les couples homosexuels se retrouvent donc dans des situations très délicates (couples de femmes, couples d'hommes). Si la jurisprudence française ne considère pas comme un obstacle à l'adoption de l'enfant du conjoint la PMA pratiquée à l'étranger (2 avis de la Cour de cassation rendus le 22 septembre 2014), la même jurisprudence est restée, jusqu'à l'arrêt d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015, très réfractaire à la transcription en France des actes de naissance réguliers à l'étranger provenant d'une convention GPA.

A supposer dans ces cas que l'adoption prospère, l'enfant ne dispose pas dès sa naissance, de deux parents qui assurent également sa protection.

Les problèmes restent en suspens pour les couples qui ne se sont pas mariés (*la Cour de cassation n'admet pas l'adoption de l'enfant de la concubine lorsqu'il n'y a pas de mariage- Cass, 28 février 2018, RG 17-11069 – Seul le TGI de PARIS a, par décision devenue définitive du 27 juin 2011, admis l'adoption simple de 3 enfants de la concubine*), qui ont élevé ensemble un enfant, dont la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un des deux parents qui se sont séparés, problèmes auxquels nous sommes de plus en plus souvent confrontés en tant que praticiens.

La loi du 17 mai 2013 les a très timidement évoqués en complétant l'article 371-4 du code civil sur la fixation des modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non en ces termes : « *En particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien, son installation et a noué avec lui des liens affectifs durables* ».

Cette loi a également introduit l'article 353-2 qui reprend l'ancien article 353-1 prévoyant la tierce opposition à l'encontre du jugement d'adoption en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants, et précise dans l'alinéa 2 « *constitue un dol au sens du premier alinéa la dissimulation au tribunal du maintien des liens entre l'enfant adopté et un tiers décidé par le Juge aux Affaires Familiales sur le fondement de l'article 371-4 CC* ».

La délégation partage de l'autorité parentale, hors conflit puisqu'il faut un accord entre les deux protagonistes, tente de combler ce vide dans la situation où la filiation demeure « impossible » à établir (cf. Cass. 24 avril 2006, RG 04-17090 pour un couple de femmes et Cass.CA PARIS 1^{er} décembre 2011, revue personnes et famille mai 2012 et CA PARIS 16 juin 2011, RG 10/22338 pour les couples d'hommes et couples séparés).

Ainsi la place du parent souvent appelé « social » est-elle reconnue *a contrario* par la possibilité qui lui est donnée d'une tierce opposition à l'adoption de l'enfant par le nouveau conjoint du parent biologique !

Mais aucune avancée sur l'autorité parentale, aucune modification des dispositions relatives à la délégation d'autorité parentale qui reste cantonnée à l'hypothèse de l'accord entre les deux parents.

De même, il n'est pas possible, dans de tels cas, d'avoir recours à la possession d'état : un dernier avis de la Cour de cassation du 7 mars 2018 (avis n°15003) estime : « *Le juge d'instance ne peut délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au bénéfice du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie* ».



En l'absence d'exercice conjoint de l'autorité parentale, l'organisation d'une résidence en alternance est impossible puisqu'au sens de l'article 373-2-9 du Code Civil, il ne s'agit que d'une modalité de l'autorité parentale.

L'impossibilité dans laquelle se trouve le parent qui n'est pas biologique d'exercer conjointement l'autorité parentale rend l'exercice de son droit de visite et d'hébergement, s'il l'obtient en qualité de tiers (!), très difficile, puisque peuvent être alors discutées, autorisation après autorisation, déplacements, activités et pratiques sportives en tout genre !

Dans les couples de même sexe, le parent biologique se retrouve donc omnipotent lorsqu'il y a séparation sans qu'il y ait eu mariage ni adoption.

Il y a actuellement un déficit de la loi qui aboutit à un déficit de droit qui peut s'avérer contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

S'impose à notre réflexion la nécessité de poser un cadre à des pratiques qui ne cessent de se développer : « *c'est le fait qui fait le droit* » !²

Si la profession d'avocat n'a pas à prendre parti, le point de vue que sa pratique lui permet d'exprimer est celui d'un urgent besoin de droit en de telles matières.

Le CNB propose donc à ce qu'une étude concertée dans l'établissement de la filiation des enfants concernés soit engagée en vue :

- 1.1. D'une ouverture de la PMA aux couples de femmes. D'une possible reconnaissance de la GPA avec un encadrement très précis et complet car la GPA pratiquée à l'étranger permet aujourd'hui, sous certaines conditions, de retranscrire en France un acte de naissance établi à l'étranger sur la base d'une convention GPA régulière (Ass.plén. 3 juillet 2015) ;
- 1.2. D'une évolution des modalités techniques de l'établissement du lien de filiation :
 - Un éclairage intéressant nous est donné par la Belgique, le Royaume Uni ou la province du Québec où le couple de femme qui souhaite fonder une famille via une PMA est, dès le début du processus de PMA engagé irrémédiablement (en France le couple hétérosexuel est lui aussi irrémédiablement engagé), de sorte que dès la naissance de l'enfant, sa filiation est établie à l'égard des deux femmes. L'adoption du conjoint qui ne protège pas l'enfant dès sa naissance ne serait dès lors plus nécessaire.
 - Ouvrir la possession d'état au parent de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie est également une solution à prendre en considération.

*

² LOYSEL



II/ La prise en charge en fin de vie :

La « fin de vie » est définie par le code de la santé publique comme les derniers moments d'une personne « *en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable qu'elle qu'en soit la cause* ».

Evolution législative :

Depuis 1999, le législateur développe trois axes : l'accès aux soins palliatifs, la coresponsabilité médecin-patient, la prévention de l'acharnement thérapeutique.

Les soins palliatifs sont définis comme « des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage ».

La loi du 9 juin 1999 instaure un droit d'accès aux soins palliatifs à toute personne dont l'état le requiert. La loi du 22 avril 2005 (« Loi Léonetti ») demande l'inscription obligatoire d'un chapitre soins palliatifs dans les contrats pluriannuels conclus entre les établissements de santé et les autorités publiques de tutelle.

La loi du 2 février 2016 (« Loi Léonetti-Claeys ») insère un enseignement sur les soins palliatifs dans « la formation initiale et continue » des professionnels de santé (article 1). La mise en œuvre de l'accès aux soins palliatifs est appuyée par des plans pluriannuels mais reste insuffisante, malgré les recommandations du Comité Consultatif National d'Éthique (cf. Avis n°108).

La loi du 4 mars 2002 instaure **une co-responsabilité médecin-patient** : « *Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé... Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ».

Au cas où le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin, avant toute intervention ou investigation, doit consulter la « personne de confiance » désignée à l'avance par le patient, ou la famille, ou à défaut l'un de ses proches.

La loi du 22 avril 2005 a ajouté à ce dispositif la possibilité pour toute personne majeure de « *rédiger des **directives anticipées** pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté* ». Elle renforce le rôle de la « personne de confiance ».

Elle rend obligatoire une « **procédure collégiale** » avant que le médecin ne décide la limitation ou l'arrêt d'un traitement susceptible de mettre en danger la vie d'un malade hors d'état d'exprimer sa volonté.

Enfin, elle donne au patient la possibilité de refuser ou d'interrompre tout traitement. Le médecin doit cependant s'efforcer de le convaincre d'accepter « les soins indispensables ».

La loi du 2 février 2016 (avec ses décrets d'application du 5 août) accentue l'autorité du patient, en décidant que les directives anticipées s'imposent au médecin, sauf en cas d'urgence vitale ou si le médecin, après une procédure collégiale, estime qu'elles sont « *manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale* » (article 8).



Pour éviter l'acharnement thérapeutique, dans la lignée de la loi de 2002, la loi de 2005 ajoute au devoir de ne pas engager des « soins disproportionnés » celui d'éviter « l'obstination déraisonnable ».

Lorsque la souffrance devient trop lourde à porter « en phase avancée et terminale d'une affection grave et incurable », la loi permet même au médecin, s'il n'y a pas d'autre moyen de soulager la souffrance, de mettre en œuvre une sédation qui peut avoir pour effet secondaire d'abrégé la vie du patient.

La loi de 2016 autorise à certaines conditions « une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès ».

Elle est alors accompagnée d'une analgésie, c'est-à-dire du traitement de la douleur.

Selon le CCNE, le débat est à nouveau ouvert sur la légalisation de l'assistance au suicide.

La loi de 2016 a été votée alors que l'application de la loi précédente de 2005 était loin d'être généralisée.

Le CNB, à ce stade, plus que d'aller vers une nouvelle loi pour ceux qui veulent mourir, préconise d'assurer la bonne application de la loi actuelle toute récente pour ceux qui vont mourir, d'abord dans le sens du développement d'une véritable culture palliative, puis dans le sens d'une amélioration de sa communication.

La loi de 2016, en légiférant explicitement sur la pratique médicale exceptionnelle d'une « sédation profonde et continue » jusqu'au décès, renforce l'exigence des bonnes pratiques en ce domaine, pour éviter toute confusion entre une sédation d'accompagnement de la fin de vie et une sédation qui provoque délibérément la mort.

La pratique du contentieux relatif à la fin de vie devant les différentes juridictions françaises et européennes met en exergue la volonté de certaines parties de vouloir remettre en cause la décision finale qui doit appartenir au médecin et non au juge, en critiquant systématiquement l'avis médical tel que régi par la loi Léonetti.

Le recours de plus en plus fréquent aux juridictions est caractéristique du contentieux relatif à la fin de vie.

Le risque de voir remettre en cause systématiquement le jugement du médecin seul habilité à donner un avis d'un professionnel de santé est aujourd'hui avéré.

Une meilleure communication sur la loi LEONETTI – CLAEYS permettrait par ailleurs de simplifier les contentieux en la matière par la directive anticipée qui peut, sur un modèle unique, être prise à l'avance par toute personne bien à l'avance.

* *
*