



**N° E1917330  
et T1917342**

**Décision attaquée : 20 mai 2019 de la cour d'appel de Paris**

**l'Agent judiciaire de l'État  
C/  
M. A... X...**

---

**Rapporteur : Pascal Chauvin, assisté de Lorraine Digot**

**RAPPORT**

### **1 - Rappel des faits et de la procédure**

Le 29 septembre 2008, M. B... X... a été victime d'un grave accident de la circulation.

Au cours de l'année 2012, le docteur C... Y..., alors chef du pôle autonomie et santé du centre hospitalier universitaire (CHU) de Reims et, à ce titre, responsable du service prenant en charge M. B... X..., a engagé une procédure collégiale alors prévue par l'article L. 1111-4 du code de la santé publique et définie à l'article R. 4127-37 du même code afin d'apprécier si la poursuite de l'alimentation et de l'hydratation artificielles apportées à son patient n'était pas le résultat d'une obstination déraisonnable.

Le 10 avril 2013, à l'issue de cette procédure, ce médecin a décidé d'arrêter l'alimentation et de diminuer l'hydratation de M. B... X....

Par ordonnance du 11 mai 2013, le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a jugé que la procédure collégiale était irrégulière, les parents de M. B... X... n'en ayant pas été informés en temps utile, et a enjoint au CHU de Reims de rétablir l'alimentation et l'hydratation du patient.

Le 11 janvier 2014, au terme d'une nouvelle procédure collégiale, le docteur Y... a décidé d'arrêter l'alimentation et l'hydratation artificielles de M. B... X....

Par jugement du 16 janvier 2014, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a suspendu l'exécution de la décision du 11 janvier 2014, au motif que celle-ci caractérisait "*une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie de B... X...*".

Par décision du 24 juin 2014, réformant le jugement, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, après avoir, par décision du 14 février 2014, ordonné une mesure d'expertise médicale, a jugé que "*les différentes conditions mises par la loi pour que puisse être prise, par le médecin en charge du patient, une décision mettant fin à un traitement n'ayant d'autre effet que le maintien artificiel de la vie et dont la poursuite traduirait ainsi une obstination déraisonnable peuvent être regardées, dans le cas de M. B... X... et au vu de l'instruction contradictoire menée par le Conseil d'Etat, comme réunies*", de sorte que la décision du 11 janvier 2014 ne pouvait être tenue pour illégale.

Par arrêt du 5 juin 2015, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) a jugé qu'il n'y aurait pas violation de l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en cas de mise en œuvre de la décision du 24 juin 2014.

Par lettre du 7 juillet 2015, le docteur C... Z..., alors chef de service au sein de l'unité pour patients en état pauci-relationnel du CHU de Reims et médecin en charge de M. B... X..., a informé les membres de la famille de sa décision d'engager une nouvelle procédure collégiale.

Par un communiqué de presse du 23 juillet 2015, le CHU de Reims a annoncé la décision du docteur Z... de suspendre la procédure collégiale, au motif que "*les conditions de sérénité et de sécurité nécessaires à la poursuite de cette procédure tant pour B... X... que pour l'équipe soignante ne sont pas réunies*".

Par jugement du 9 octobre 2015, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rejeté la demande formée par M. D... X..., neveu de M. B... X..., et tendant à voir, d'une part, suspendre la décision du 7 juillet 2015 et celle du 23 juillet 2015, d'autre part, enjoindre au CHU de Reims d'appliquer la décision du 11 janvier 2014.

Par arrêt du 16 juin 2016, la cour administrative d'appel de Nancy a validé la décision du 7 juillet 2015, annulé la décision du 23 juillet 2015 et ordonné au CHU de Reims de donner au docteur Z... ou à tout autre praticien appelé à lui succéder les moyens permettant à M. B... X... de bénéficier des droits garantis par le code de la santé publique.

Par décision du 19 juillet 2017, le Conseil d'Etat a rejeté les pourvois formés contre cet arrêt.

Par lettre du 22 septembre 2017, le docteur B... E..., responsable du service de soins palliatifs au CHU de Reims et, à ce titre, en charge de l'unité "cérébro-lésés" au sein de laquelle M. B... X... est hospitalisé, a informé les membres de la famille de sa décision d'engager la procédure collégiale prévue par l'article L. 1110-5-1 du code de la santé publique et définie à l'article R. 4127-37-2 du même code<sup>1</sup>.

Le 9 avril 2018, à l'issue de la procédure, ce médecin a pris la décision d'arrêter la nutrition et l'hydratation artificielles de M. B... X..., après mise en œuvre d'une sédation profonde et continue maintenue jusqu'au décès et associée à une analgésie et à tous les traitements de support requis.

Par ordonnance du 20 avril 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, saisi d'une demande de suspension de cette décision et d'une demande de transfert de M. X... dans un autre établissement ou, à défaut, dans un

---

<sup>1</sup> **Article R. 4127-37-2** : *"I. - La décision de limitation ou d'arrêt de traitement respecte la volonté du patient antérieurement exprimée dans des directives anticipées. Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, la décision de limiter ou d'arrêter les traitements dispensés, au titre du refus d'une obstination déraisonnable, ne peut être prise qu'à l'issue de la procédure collégiale prévue à l'article L. 1110-5-1 et dans le respect des directives anticipées et, en leur absence, après qu'a été recueilli auprès de la personne de confiance ou, à défaut, auprès de la famille ou de l'un des proches le témoignage de la volonté exprimée par le patient.*  
*II. - Le médecin en charge du patient peut engager la procédure collégiale de sa propre initiative. Il est tenu de le faire à la demande de la personne de confiance, ou, à défaut, de la famille ou de l'un des proches. La personne de confiance ou, à défaut, la famille ou l'un des proches est informé, dès qu'elle a été prise, de la décision de mettre en œuvre la procédure collégiale.*  
*III. - La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est prise par le médecin en charge du patient à l'issue de la procédure collégiale. Cette procédure collégiale prend la forme d'une concertation avec les membres présents de l'équipe de soins, si elle existe, et de l'avis motivé d'au moins un médecin, appelé en qualité de consultant. Il ne doit exister aucun lien de nature hiérarchique entre le médecin en charge du patient et le consultant. L'avis motivé d'un deuxième consultant est recueilli par ces médecins si l'un d'eux l'estime utile.*  
*Lorsque la décision de limitation ou d'arrêt de traitement concerne un mineur ou un majeur protégé, le médecin recueille en outre l'avis des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur, selon les cas, hormis les situations où l'urgence rend impossible cette consultation.*  
*IV. - La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est motivée. La personne de confiance, ou, à défaut, la famille, ou l'un des proches du patient est informé de la nature et des motifs de la décision de limitation ou d'arrêt de traitement. La volonté de limitation ou d'arrêt de traitement exprimée dans les directives anticipées ou, à défaut, le témoignage de la personne de confiance, ou de la famille ou de l'un des proches de la volonté exprimée par le patient, les avis recueillis et les motifs de la décision sont inscrits dans le dossier du patient."*

**Article L. 1110-5-1** : *"Les actes mentionnés à l'article L. 1110-5 ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire.*  
*La nutrition et l'hydratation artificielles constituent des traitements qui peuvent être arrêtés conformément au premier alinéa du présent article.*  
*Lorsque les actes mentionnés aux deux premiers alinéas du présent article sont suspendus ou ne sont pas entrepris, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins palliatifs mentionnés à l'article L. 1110-10."*

autre service, a rejeté les conclusions de la requête tendant au transfert de M. B... X... et, après avoir ordonné une mesure d'expertise, confiée à un collège de trois médecins, à l'effet d'évaluer la situation médicale de M. B... X..., a sursis à statuer sur le surplus des conclusions.

Par ordonnance du 31 janvier 2019, après dépôt du rapport d'expertise, il a rejeté la requête, aux motifs que *“le maintien des soins et traitements constitue une obstination déraisonnable”* et *“que la volonté de M. B... X... de ne pas être maintenu en vie, dans l'hypothèse où il se trouverait dans l'état qui est le sien depuis maintenant dix ans, est établie”*.

Par ordonnance du 24 avril 2019, le juge des référés du Conseil d'Etat, saisi en appel, a rejeté la requête, aux motifs que *“les différentes conditions exigées par la loi pour que puisse être prise, par le médecin en charge du patient, une décision mettant fin à un traitement n'ayant d'autre effet que le maintien artificiel de la vie et dont la poursuite traduirait ainsi une obstination déraisonnable peuvent être regardées, dans le cas de M. X... et au vu de l'instruction contradictoire conduite dans le cadre de la présente instance, comme réunies”*, de sorte que la décision du 9 avril 2018 ne pouvait être *“tenue pour illégale”*.

Le 24 avril 2019, M. A... X..., Mme F... X..., M. G... H... et Mme X... épouse I... (les conjoints X...), respectivement parents, demi-frère et soeur de M. B... X..., ont saisi la Cour EDH d'une demande tendant à la suspension de l'exécution de la décision du Conseil d'Etat du même jour et au prononcé d'une interdiction de sortie du territoire de M. B... X....

Par arrêt du 30 avril 2019, la Cour EDH a rejeté leur demande : elle a considéré que la demande de mesures provisoires dont elle était saisie *“avait pour but de s'opposer une nouvelle fois à l'arrêt des traitements qui maintiennent B... X... en vie”* et elle a rappelé son arrêt du 5 juin 2015.

Le 24 avril 2019, les conjoints X... avaient également saisi le Comité des droits des personnes handicapées (CDPH) de l'ONU d'une *“communication”* au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole facultatif à la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées.

Le 3 mai 2019, le CDPH a demandé à l'Etat français, d'une part, de fournir ses observations sur la recevabilité et sur le fond de la requête dans un délai de six mois, d'autre part, de prendre les mesures nécessaires pour veiller à ce que l'alimentation et l'hydratation entérales de M. B... X... ne soient pas suspendues pendant l'examen de la requête.

Le 7 mai 2019, le directeur adjoint des affaires juridiques du ministère de l'Europe et des affaires étrangères a informé le Comité qu'*“en France, en vertu des dispositions fixées par la loi, le corps médical doit veiller à assurer, d'une part, un droit au traitement et aux soins les plus appropriés mais aussi, d'autre part, un droit à ne pas subir d'obstination déraisonnable, et que, lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, le corps médical doit poursuivre une procédure collégiale”*, qu'*“en l'espèce, c'est bien la procédure qui a été suivie et les décisions prises par les médecins pour*

*concilier l'ensemble de ces obligations ont fait l'objet de contrôles attentifs des juridictions internes, notamment du Conseil d'Etat, et de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui n'ont relevé ni illégalité ni inconvencionnalité", que, "dans ces conditions, la remise en cause de la décision d'arrêt des traitements, par une nouvelle suspension qui priverait d'effectivité le droit du patient à ne pas subir d'obstination déraisonnable, n'est pas envisageable" et que, "par conséquent, après une analyse attentive de la situation, [...] il n'est pas en mesure de mettre en oeuvre la mesure conservatoire qu'il lui a adressée".*

Le 10 mai 2019, le docteur E... a averti la famille de M. B... X... de son intention d'initier, au cours de la semaine du 20 mai 2019, le protocole tendant à supprimer toute aide artificielle au maintien de la vie de celui-ci.

Le 12 mai 2019, les consorts X... ont saisi le Défenseur des droits, qui, le 17 mai 2019, a considéré *"que la demande de mesures provisoires du Comité des Nations Unies entre en contradiction avec les décisions de justice nationales et européennes [...] et qu'il ne lui appartient pas de résoudre cet éventuel conflit de normes"*.

Par ordonnance irrévocable du 15 mai 2019 (désistement du pourvoi acté le 29 mai 2019), le juge des référés du tribunal administratif de Paris a rejeté la demande des consorts X... tendant à voir ordonner au gouvernement français, au docteur E... et au CHU de Reims de respecter le caractère suspensif du recours pendant devant le CDPH et de maintenir l'alimentation et l'hydratation entérales de M. B... X... conformément aux mesures provisoires notifiées le 3 mai 2019.

Il a estimé notamment, d'une part, que le CDPH *"ne constitue pas une juridiction, ni une instance nationale au sens de l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif au droit à un recours effectif"* et que, *"par suite, les requérants ne peuvent utilement invoquer la méconnaissance du droit au recours effectif à l'encontre de la décision du Gouvernement français de ne pas donner suite aux demandes de mesures provisoires formulées par ce comité"*, d'autre part, que *"les demandes formulées par le [CDPH] ne revêtent pas de caractère contraignant à l'égard de l'Etat auquel elles sont adressées"*, que, par ailleurs, *"aucun principe de droit international ou de droit interne n'oblige l'Etat français à se conformer à de telles demandes"* et que, par suite, *"en décidant de ne pas suspendre la procédure d'arrêt de traitement de M. B... X..., malgré la demande formulée en ce sens par le [CDPH], le Gouvernement français ne porte pas une atteinte manifestement illégale au droit à la vie"*.

Par assignation à heure indiquée du 15 mai 2019, les consorts X... ont saisi le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris aux fins notamment de voir ordonner à l'Etat français de faire respecter sans délai les mesures provisoires édictées le 3 mai 2019 par le CDPH et de donner toutes instructions immédiates de maintien de l'alimentation et de l'hydratation entérales de M. B... X....

Par jugement en état de référé du 17 mai 2019, le tribunal de grande instance de Paris, après avoir reçu l'Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés (UNAFTC) en son intervention volontaire, s'est déclaré incompétent pour connaître du litige et a renvoyé les parties à mieux se pourvoir.

Après avoir rappelé les termes de l'arrêt rendu le 17 juin 2013 par le Tribunal des conflits en matière de voie de fait (décision *Bergoend*), il a retenu que *"le droit à la vie, s'il constitue un attribut inaliénable de la personne humaine, n'entre pas dans le champ de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution"* et qu'*"il en résulte que la décision de ne pas maintenir le traitement dont bénéficie actuellement M. B... X... ne constitue pas une voie de fait relevant de la compétence du juge judiciaire"*.

Le 17 mai 2019, le CDPH a réitéré sa demande de mesures provisoires à l'Etat français, en se prévalant de l'article 64 de son règlement intérieur, selon lequel *"l'Etat partie peut avancer des arguments pour expliquer que la demande de mesures provisoires devrait être retirée"*.

Le 20 mai 2019, le docteur E... a informé la famille de M. B... X... de ce que *"l'arrêt des traitements [...] et la sédation profonde et continue [avaient] été initiés ce matin"*.

Par arrêt du 20 mai 2019, la Cour EDH, saisie par les consorts X..., sur le fondement de l'article 39 de son règlement intérieur, d'une demande d'application immédiate des mesures conservatoires réclamées par le CDPH à la France le 3 mai 2019, a rejeté la requête, tout en indiquant qu'elle ne s'opposera pas à l'arrêt des traitements qui maintiennent M. B... X... en vie.

Par arrêt du 20 mai 2019, la cour d'appel de Paris a :

- infirmé le jugement du 17 mai 2019,
- statuant à nouveau,
- ordonné à l'Etat français de prendre toutes mesures aux fins de faire respecter les mesures provisoires demandées le 3 mai 2019 par le CDPH et tendant au maintien de l'alimentation et l'hydratation entérales de M. B... X... jusqu'à la décision à intervenir,
- condamné l'Etat français à verser, à titre provisionnel, un euro symbolique aux consorts X....

Elle a estimé qu'*"en se dispensant d'exécuter les mesures provisoires demandées par le [CDPH], l'Etat français a pris une décision insusceptible de se rattacher à ses prérogatives puisqu'elle porte atteinte à l'exercice d'un droit dont la privation a des conséquences irréversibles en ce qu'elle a[t]trait au droit à la vie, consacré par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme, et donc dans celle des libertés individuelles"*.

L'Etat français, pris en la personne de l'agent judiciaire de l'Etat, le ministère des solidarités et de la santé, ainsi que le ministère de l'Europe et des affaires étrangères, ont formé un pourvoi à l'encontre de cet arrêt (n° E 19-17.300) et ont formulé, à l'appui de leur demande de cassation sans renvoi, deux moyens divisés respectivement en six et deux branches.

Le CHU de Reims et M. B... E... ont également formé un pourvoi à l'encontre de cet arrêt (n° T 19-17.342) et ont formulé, à l'appui de leur demande de cassation sans renvoi, deux moyens divisés respectivement en sept et deux branches, outre une demande de 5 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

L'Etat français, pris en la personne de l'agent judiciaire de l'Etat, le ministère des solidarités et de la santé, ainsi que le ministère de l'Europe et des affaires étrangères, se sont associés au pourvoi formé par le CHU de Reims et M. E....

Les consorts X... ont sollicité le rejet des pourvois et des interventions volontaires, sauf de celle de l'UNAFTC.

Sont intervenus volontairement à l'instance :

- Mme J... X..., agissant en son nom personnel et en qualité de tutrice de M. B... X..., qui a demandé que son intervention volontaire accessoire soit déclarée recevable et qu'il soit fait droit aux conclusions des pourvois,
- M. D... X..., neveu de M. B... X..., ainsi que Mme K... X..., Mme L... X..., M. M... X..., M. N... H..., M. O... H... et M. P... X..., frères et soeurs de M. B... X..., qui ont demandé que leur intervention volontaire accessoire soit déclarée recevable et que l'arrêt frappé de pourvois soit cassé sans renvoi,
- l'UNAFTC, qui a demandé que la recevabilité de son intervention soit admise et que les pourvois soient rejetés.

## **2 - Analyse succincte des moyens**

Pourvoi n° E 19-17.330 (pourvoi 1)

L'Etat français, le ministère des solidarités et de la santé et le ministère de l'Europe et des affaires étrangères font grief à l'arrêt d'infirmier le jugement du tribunal de grande instance de Paris par lequel il s'est déclaré incompétent et a renvoyé les parties à mieux se pourvoir et d'ordonner à l'Etat français, pris en la personne de l'agent judiciaire de l'Etat, de prendre toutes mesures aux fins de faire respecter les mesures conservatoires demandées par le CDPH le 3 mai 2019 et tendant au maintien de l'alimentation et l'hydratation entérales de M. B... X... jusqu'à la décision à intervenir et de le condamner à verser à titre provisionnel aux consorts X... un euro symbolique.

*1<sup>ère</sup> branche :*

- il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative,
- la liberté individuelle, au sens de l'article 66 de la Constitution tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, renvoie au droit à la sûreté,
- en considérant que l'atteinte alléguée au droit à la vie justifiait sa compétence en tant que juridiction judiciaire, bien que ne soit pas en cause un droit dont la Constitution réserve à

la juridiction judiciaire le soin d'assurer le respect par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la cour d'appel a violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, ensemble l'article 66 de la Constitution.

*2<sup>ème</sup> branche :*

- la voie de fait suppose qu'outre l'effet d'atteinte à une liberté individuelle ou d'extinction du droit de propriété, la décision de l'administration soit manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative,

- l'arrêt attaqué se borne à déduire, de la seule circonstance que la décision d'abstention de l'Etat d'exécuter les mesures conservatoires demandées par le Comité international des droits des personnes handicapées porterait une atteinte au droit à la vie, qu'elle serait manifestement insusceptible d'être rattachée aux prérogatives de l'Etat,

- en se fondant sur cette circonstance inopérante, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé en quoi cette abstention serait insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative, a privé sa décision de base légale au regard de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III.

*3<sup>ème</sup> branche :*

- les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sont dotées entre les parties de l'autorité de la chose jugée,

- dans son arrêt du 5 juin 2015 (req. n° 46043/14) pris en Grande Chambre, la Cour européenne des droits de l'homme, saisie par les consorts X... d'une violation par l'Etat français de l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a jugé *"conformes aux exigences de cet article le cadre législatif prévu par le droit interne, tel qu'interprété par le Conseil d'État, ainsi que le processus décisionnel, mené en l'espèce d'une façon méticuleuse"*, a considéré que, *"quant aux recours juridictionnels dont ont bénéficié les requérants, la Cour est arrivée à la conclusion que la présente affaire avait fait l'objet d'un examen approfondi où tous les points de vue avaient pu s'exprimer et tous les aspects avaient été mûrement pesés, au vu tant d'une expertise médicale détaillée que d'observations générales des plus hautes instances médicales et éthiques"* (§ 181) et a conclu *"qu'il n'y aurait pas violation de l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en cas de mise en oeuvre de la décision du Conseil d'État du 24 juin 2014"* (§ 182), laquelle rejetait la demande de suspension de la décision du 11 janvier 2014 d'arrêt des traitements de M. B... X...,

- par une décision du 30 avril 2019 (req. n° 21675/19), la Cour européenne des droits de l'homme, saisie d'une demande de mesures provisoires par les consorts X... tendant à enjoindre à la France de suspendre l'exécution de la décision du 9 avril 2018 d'autoriser l'arrêt des traitements de M. B... X..., a rejeté la demande motif pris que *"la demande de mesures provisoires dont elle est saisie a pour but de s'opposer une nouvelle fois à l'arrêt des traitements qui maintiennent B... X... en vie"* et que, par un arrêt de Grande Chambre prononcé le 5 juin 2015, statuant sur cette question essentielle, elle a conclu *"qu'il n'y aurait pas violation de l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en cas de mise en oeuvre de la décision du Conseil d'État du 24 juin 2014, autorisant l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation artificielles de B... X..."*,

- en considérant que la décision de l'Etat de ne pas s'opposer à l'exécution de la décision d'arrêt des traitements de M. B... X... porte atteinte au droit à la vie, consacré par l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en dépit de ce qu'avait déclaré la Cour européenne des droits de l'homme à deux reprises

quant à la conformité de la décision d'arrêt des traitements de M. B... X... au regard de ce même droit, la cour d'appel a violé l'autorité de la chose jugée par la Cour européenne des droits de l'homme, ensemble les articles 41 et 46 de la Convention précitée.

*4<sup>ème</sup> branche :*

- l'abstention de l'Etat de faire obstacle à l'exécution de la décision prise par le médecin, conformément aux dispositions du code de la santé publique et en particulier des articles L. 1110-5 et suivants, d'arrêter les traitements, notamment l'alimentation et l'hydratation artificielles du patient, qui a fait l'objet de plusieurs recours juridictionnels aux termes desquels il a été jugé que cette décision était conforme à la légalité ne saurait constituer une voie de fait en tant qu'elle serait insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'autorité administrative,

- dans sa décision prise en assemblée du contentieux le 14 février 2014 (req. n° 375081, points 3 à 5), le Conseil d'État a fait évoluer l'office du juge des référés statuant, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de la justice administrative, sur le recours contre une décision prise par un médecin en application du code de la santé publique et conduisant à interrompre ou à ne pas entreprendre un traitement au motif que ce dernier traduirait une obstination déraisonnable, dans la mesure où l'exécution de cette décision porterait de manière irréversible une atteinte à la vie,

- le Conseil d'État a posé que le juge des référés ou, le cas échéant, la formation collégiale devait prendre les mesures de sauvegarde nécessaires pour faire obstacle à l'exécution de la décision lorsqu'elle pourrait ne pas relever des hypothèses prévues par la loi, en conciliant le droit au respect de la vie et le droit du patient de consentir à un traitement médical et de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable,

- dans ce cadre, le juge des référés ou sa formation collégiale peut suspendre la décision à titre conservatoire, surseoir à statuer et ordonner une expertise médicale avant de statuer sur la requête,

- saisi d'un recours contre une décision médicale du 11 janvier 2014 d'arrêt des soins prodigués à M. B... X..., le Conseil d'État, par cette même décision du 14 février 2014 (req. n° 375081), s'est estimé insuffisamment éclairé et a, avant dire droit, désigné un collège constitué du président de l'Académie nationale de médecine, du président du Comité consultatif national d'éthique et du président du Conseil national de l'ordre des médecins afin d'examiner M. B... X..., de décrire son état, de se prononcer sur la réversibilité de ses lésions cérébrales, d'apprécier s'il existe des signes de réaction aux soins et, dans l'affirmative, si ces réactions peuvent être interprétés comme un rejet de ces soins, une souffrance, le souhait que soit mis fin au traitement qui le maintient en vie ou comme témoignant, au contraire, du souhait que ce traitement soit prolongé,

- statuant au fond, et au vu notamment de cette expertise, le Conseil d'État, dans sa décision prise en assemblée du contentieux le 24 juin 2014, a considéré, au point 32, *"que les différentes conditions mises par la loi pour que puisse être prise, par le médecin en charge du patient, une décision mettant fin à un traitement n'ayant d'autre effet que le maintien artificiel de la vie et dont la poursuite traduirait ainsi une obstination déraisonnable peuvent être regardées, dans le cas de M. B... X... et au vu de l'instruction contradictoire menée par le Conseil d'État, comme réunies, que la décision du 11 janvier 2014 du Dr. Y... de mettre fin à l'alimentation et à l'hydratation artificielles de M. B... X... ne peut, en conséquence, être tenue pour illégale"* et a jugé qu'il y avait lieu de rejeter la requête en référé,

- la Cour européenne des droits de l'homme, saisie par les consorts X..., a, dans son arrêt de Grande Chambre du 5 juin 2015 (req. 46043/14), énoncé *"qu'il n'y aurait pas violation de l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés*

*fondamentales en cas de mise en oeuvre de la décision du Conseil d'État du 24 juin 2014*, "qu'il n'y a pas lieu de se prononcer séparément sur le grief tiré de l'article 8 de la Convention" et que les griefs tirés de l'article 6 § 1 de la Convention sont manifestement mal fondés (pts 185 à 187),

- saisi d'un recours contre la nouvelle décision de mettre à l'arrêt les soins en date du 9 avril 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative a, par ordonnance avant dire droit du 20 avril 2018, ordonné une nouvelle expertise afin de déterminer la situation médicale de M. B... X... et a, par ordonnance du 31 janvier 2019, rejeté la requête des consorts X...,

- saisi en appel, le Conseil d'État, statuant en formation collégiale, a, au vu notamment de l'expertise ordonnée par le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, décidé le 24 avril 2019 (req. n° 428117) "*que les différentes conditions exigées par la loi pour que puisse être prise, par le médecin en charge du patient, une décision mettant fin à un traitement n'ayant d'autre effet que le maintien artificiel de la vie et dont la poursuite traduirait ainsi une obstination déraisonnable peuvent être regardées, dans le cas de M. B... X... et au vu de l'instruction contradictoire conduite dans le cadre de la présente instance, comme réunies, que la décision du Dr E... du 9 avril 2018 d'arrêter l'alimentation et l'hydratation artificielles de M. B... X... et d'assortir l'arrêt de ce traitement d'une sédation profonde et continue, ne peut, en conséquence, être tenue pour illégale*",

- par décision du 30 avril 2019 (req. n° 21675/19), la Cour européenne des droits de l'homme, saisie d'une demande de mesures provisoires par les consorts X..., a rejeté la demande au motif que, par un arrêt de Grande Chambre prononcé le 5 juin 2015, elle a conclu qu'il n'y aurait pas violation de l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en cas de mise en oeuvre de la décision du Conseil d'État du 24 juin 2014,

- en refusant de prendre en considération ces circonstances essentielles, pourtant rappelées par l'agent judiciaire de l'Etat, le ministre de la solidarité et de la santé et le ministre de l'Europe et des affaires étrangères, dont il résulte que la décision d'arrêt de traitements de M. X... avait été jugée conforme à la légalité à plusieurs reprises et dans son dernier état très récemment par le Conseil d'État et la Cour européenne des droits de l'homme, en sorte que l'Etat ne saurait être regardé comme ayant pris une décision manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative en ne s'opposant pas à l'exécution d'une décision d'arrêt de traitement jugée légale, peu important que le CDPH lui ait demandé de prendre une mesure conservatoire contraire, la cour d'appel a violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III.

#### *5<sup>ème</sup> branche :*

- en tout état de cause, les mesures conservatoires formulées par le CDPH n'ont aucun effet contraignant dans l'ordre juridique français,

- en se fondant néanmoins sur la décision de l'Etat de ne pas exécuter les mesures conservatoires que ce Comité lui demandait de mettre en oeuvre pour établir que cette décision était manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative et en déduire sa compétence, malgré l'absence d'effet contraignant d'une telle demande du Comité international des droits des personnes handicapées, la cour d'appel a violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, ensemble l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958.

*6<sup>ème</sup> branche :*

- au surplus, le seul engagement pris par l'Etat français de respecter les principes posés par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées et par son Protocole facultatif ne saurait faire du refus de l'Etat français d'exécuter les mesures conservatoires formulées par le CDPH une décision insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'autorité administrative,

- en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, ensemble l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958.

2<sup>nd</sup> moyen

L'Etat français, le ministère des solidarités et de la santé et le ministère de l'Europe et des affaires étrangères font grief à l'arrêt d'ordonner à l'Etat français, pris en la personne de l'agent judiciaire de l'Etat, de prendre toutes mesures aux fins de faire respecter les mesures conservatoires demandées par le CDPH le 3 mai 2019 et tendant au maintien de l'alimentation et l'hydratation entérales de M. B... X... jusqu'à la décision à intervenir et de le condamner à verser à titre provisionnel aux consorts X... un euro symbolique.

*1<sup>ère</sup> branche :*

- les mesures conservatoires formulées par le CDPH n'ont aucun effet contraignant dans l'ordre juridique français,

- en considérant que le juge des référés a le pouvoir de contraindre l'Etat français à exécuter les mesures conservatoires préconisées par le CDPH le 3 mai 2019, malgré l'absence d'effet contraignant d'une telle demande, la cour d'appel a violé la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole facultatif.

*2<sup>nde</sup> branche :*

- en tout état de cause, le seul engagement pris par l'Etat français de respecter les principes posés par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées et par son Protocole facultatif ne saurait fonder le pouvoir du juge des référés de contraindre l'Etat français à exécuter les mesures conservatoires préconisées par le CDPH le 3 mai 2019,

- en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole facultatif.

Pourvoi n° T 19-17.342 (pourvoi 2)1<sup>er</sup> moyen

Le CHU de Reims et M. E... font grief à l'arrêt de retenir la compétence du juge judiciaire, de repousser l'exception d'incompétence, puis d'ordonner à l'Etat de prendre toutes mesures aux fins de faire respecter les mesures provisoires demandées par le CDPH le 3 mai 2019 tendant au maintien de l'alimentation et de l'hydratation entérales de M. B... X... jusqu'à la décision à intervenir.

*1<sup>ère</sup> branche :*

- la voie de fait suppose une atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958,
- cette atteinte suppose une détention arbitraire,
- aucun fait de cette nature n'ayant été allégué, ni *a fortiori* constaté, il était exclu que les juges du fond retiennent l'existence d'une voie de fait,
- en décidant le contraire, ils ont violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, ensemble l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

*2<sup>ème</sup> branche :*

- en tout état, à supposer que la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 inclut le droit à la vie, dès lors que des décisions de justice, ayant définitivement tranché le conflit entre le droit à la vie et le droit de ne pas subir une obstination déraisonnable et ne révélant, selon la Cour européenne des droits de l'homme, nulle violation de l'article 2 de la Convention, avaient autorisé l'arrêt des traitements, il était exclu que les juges du fond retiennent que le refus de suspendre une telle mesure constitue une voie de fait pour porter atteinte au droit à la vie,
- à cet égard, l'arrêt a été rendu en violation de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, ensemble l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

*3<sup>ème</sup> branche :*

- faudrait-il considérer que la liberté individuelle était en cause, l'arrêt du traitement, conforme aux règles de droit applicables, procédait de l'exécution pure et simple de décisions administratives régulières et de décisions juridictionnelles à caractère définitif,
- il était dès lors exclu que les juges du fond puissent constater l'absence de lien entre le refus de suspendre l'arrêt du traitement et les pouvoirs conférés à l'administration,
- à cet égard, l'arrêt attaqué a été rendu en violation de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, ensemble l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

*4<sup>ème</sup> branche :*

- si l'arrêt a visé la demande du CDPH du 3 mai 2019, cette demande ne pouvait être invoquée, faute d'effet direct, par les demandeurs, et ne pouvait dès lors fonder la compétence du juge judiciaire,
- en décidant le contraire, les juges du fond ont violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, ensemble l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

*5<sup>ème</sup> branche :*

- en tout état de cause, une demande telle que celle formulée par le CDPH le 3 mai 2019 était dépourvue de tout caractère contraignant à l'égard de l'Etat français et des autorités administratives françaises,
- par suite, l'Etat français, en refusant d'y déférer, ne commettait nulle voie de fait,
- en décidant le contraire, les juges du fond ont violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, ensemble l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

*6<sup>ème</sup> branche :*

- de toute façon, à supposer que la demande du 3 mai 2019 ait pu être invoquée par les demandeurs et ait eu un caractère contraignant, le fait de ne pas déférer à cette demande aurait pu s'analyser tout au plus en une méconnaissance d'une décision à caractère international,

sans que l'Etat ou l'administration puisse se voir imputer un acte ou un comportement sans lien manifeste avec un pouvoir qui leur est légalement dévolu,

- à cet égard encore, l'arrêt attaqué a été rendu en violation de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, ensemble l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

*7<sup>ème</sup> branche :*

- vainement objecterait-on de ce que la voie de fait est caractérisée en présence d'une décision régulière, dès lors que sa mise à exécution est irrégulière,

- la circonstance que l'Etat français n'ait pas entendu déférer à la demande du Comité n'est pas de nature à révéler l'irrégularité de la mise à exécution de la décision d'arrêt des traitements, dès lors que cette demande du Comité est dépourvue de tout effet direct et tout caractère contraignant,

- à cet égard encore, l'arrêt attaqué a été rendu en violation de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, ensemble l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

2<sup>nd</sup> moyen

Le CHU de Reims et M. E... font grief à l'arrêt d'ordonner à l'Etat français de prendre toutes mesures aux fins de faire respecter les mesures provisoires demandées par le CDPH le 3 mai 2019 tendant au maintien de l'alimentation et de l'hydratation entérales de M. B... X... jusqu'à la décision à intervenir.

*1<sup>ère</sup> branche :*

- le juge peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, pour faire cesser un trouble manifestement illicite,

- la circonstance que l'Etat n'ait pas entendu déférer à la demande du Comité n'est pas de nature à révéler l'existence d'un trouble manifestement illicite, dès lors que cette décision du Comité est dépourvue de tout effet direct et de tout caractère contraignant,

- à cet égard, l'arrêt a été rendu en violation de l'article 809, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de procédure civile, ensemble des articles 4 du Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées et 55 de la Constitution du 4 octobre 1958.

*2<sup>nde</sup> branche :*

- le juge peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, pour prévenir un dommage imminent,

- en l'état des décisions de justice ayant tranché le conflit entre le droit à la vie et le droit de ne pas subir une obstination déraisonnable et ne révélant, selon la Cour européenne des droits de l'homme, nulle violation de l'article 2 de la Convention, l'arrêt des traitements, tout comme le refus de suspendre une telle mesure, ne peut être regardé comme à l'origine d'un dommage imminent pour l'intéressé,

- à cet égard, l'arrêt a été rendu en violation de l'article 809, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de procédure civile, ensemble de l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

### **3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger**

Les présents pourvois portent sur les éléments constitutifs de la voie de fait, telle que définie par le Tribunal des conflits dans la décision *Bergoend* du 17 juin 2013.

En ne déférant pas à la demande de mesure provisoire formulée par le CDPH et tendant à ce que l'alimentation et l'hydratation entérales de M. B... X... ne soient pas suspendues pendant l'examen de son dossier par le Comité, l'Etat s'est-il rendu l'auteur d'une voie de fait, autrement dit, a-t-il pris une décision portant atteinte à la liberté individuelle et manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir lui appartenant ?

### **4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

#### **Plan**

I.- Sur les interventions volontaires.

II.- Sur la voie de fait.

A. Une décision portant atteinte à la liberté individuelle.

B. Une décision manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative.

*1.- Les demandes de mesures provisoires formulées par le CDPH s'imposent-elles à l'Etat français ?*

*a) Les stipulations de la CIDPH et de son Protocole facultatif ont-elles un effet direct ?*

b) *Les stipulations de la CIDPH et de son Protocole facultatif ont-elles un effet contraignant ?*

- *les décisions sur le fond*

- *les décisions de procédure*

2.- *Si la demande de mesure provisoire s'imposait à l'Etat français, celui-ci a-t-il pris une décision manifestement insusceptible de se rattacher à l'un de ses pouvoirs en ne déférant pas à celle formulée par le CDPH ?*

#### I.- Sur les interventions volontaires.

Il suffira de rappeler ici qu'aux termes de l'article 327, alinéa 2, du code de procédure civile, "*seule est admise devant la Cour de cassation l'intervention volontaire formée à titre accessoire*" et que, selon l'article 330 du même code, l'intervention volontaire "*est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie*" et "*est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie*".

L'intervenant volontaire ne se prévaut pas d'un droit qui lui serait propre, mais veut seulement préserver ses intérêts, en se joignant à la partie à laquelle ils sont liés.

Pour autant, il doit pouvoir se prévaloir d'un intérêt personnel, c'est-à-dire d'un intérêt qui lui appartienne en propre.

A cet égard, la Cour de cassation vérifie si l'intervenant volontaire a intérêt, pour la conservation de ses droits, à appuyer les prétentions de la partie qu'il soutient.

S'agissant des groupements, elle a pu se montrer plus restrictive : il ne suffit pas que le litige intéresse la cause que défend le groupement ; il faut en outre que l'intervenant justifie d'un intérêt pour la conservation de ses droits propres ; toutefois, certaines décisions récentes ont pu faire preuve d'une certaine souplesse (Ass. Plén., 9 novembre 2018, pourvoi n° 17-16.335, en cours de publication ; Soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-20.079, en cours de publication ; Com., 27 mars 2019, pourvoi n° 18-15.005, en cours de publication).

#### II.- Sur la voie de fait.

Les présents pourvois invitent à examiner si l'arrêt attaqué a caractérisé une voie de fait ressortissant au juge judiciaire.

Au préalable, il doit être relevé que la décision par laquelle le ministère de l'Europe et des affaires étrangères a entendu ne pas donner suite à la demande de mesures provisoires formulée par le CDPH s'est inscrite dans les rapports existant entre l'Etat français et les organisations internationales.

A cet égard, il ne semble pas inutile de rappeler que certains actes, *“bien que pris par des organes administratifs (président de la République, Premier ministre, ministre des Affaires étrangères notamment), ne sont pas administratifs”* et *“échappent ainsi à tout contrôle juridictionnel aussi bien dans le cadre du contentieux de la légalité que dans celui de la responsabilité, du moins de la responsabilité pour faute”* : ce sont les actes de gouvernement (Laurent Frier et Jacques Petit, *Droit administratif*, 12<sup>e</sup> édition, 2018-2019, n° 543, p. 369).

Force est de constater que, s'agissant des relations internationales, devant *“la prégnance sans cesse renforcée du droit international”* (Laurent Frier et Jacques Petit, op. cité, n° 546, p. 370) et la montée en puissance des droits fondamentaux, le nombre d'actes de gouvernement tend à se réduire sensiblement.

Une distinction est couramment opérée entre les actes qui ne sont pas détachables des relations internationales et ceux qui le sont, dit autrement, entre les actes tournés vers l'ordre international et ceux tournés vers l'ordre interne, seuls les premiers étant qualifiables d'actes de gouvernement.

Sans entrer dans une énumération exhaustive, il suffit de citer ici les décisions juridictionnelles (toutes émanant du Conseil d'Etat) qui, bien que relativement anciennes, apparaissent les plus proches de l'espèce dont la Cour de cassation est aujourd'hui saisie.

Ont ainsi été considérés comme non détachables des relations internationales :

- la décision par laquelle le gouvernement suspend unilatéralement un accord international (CE, Ass., 18 décembre 1992, n° 120461, Lebon),
- l'inexécution pure et simple d'un accord international (CE, 28 juin 1967, n° 57906, Lebon),
- le refus d'intervention du gouvernement français auprès d'un organisme international institué par une convention internationale (CE, 30 novembre 1973, n° 81806, Lebon).

En revanche, a été considérée comme détachable des relations internationales une mesure liée à l'inexécution pure et simple d'une obligation conventionnelle par un Etat étranger (CE, 14 mai 1993, n° 81221, Lebon).

Il faut aborder maintenant la question de la voie de fait.

Au sens courant, la voie de fait s'entend d'un acte ou d'un agissement accompli "hors du droit" (à titre d'exemple, voir 2<sup>e</sup> Civ., 7 juin 2007, pourvoi n° 07-10.601, Bull. 2007, II, n° 146 : "*Attendu [...] que, de ces constatations et énonciations relevant de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve, la cour d'appel a pu déduire que la prise de possession des locaux par la société SJF sans signification préalable du jugement d'adjudication et d'un titre d'expulsion constituait une voie de fait, caractéristique d'un trouble manifestement illicite*").

Mais, au sein même de la notion de voie de fait, doit être distinguée la notion de voie de fait administrative.

La définition de la voie de fait dite administrative a évolué dans le temps : aujourd'hui, elle est issue de la décision *Bergoend* rendue le 17 juin 2013 par le Tribunal des conflits (n° C3911, Lebon, p. 370).

En vertu de la théorie de la voie de fait administrative, certains actes accomplis par l'administration (c'est-à-dire par une personne publique, mais aussi par certaines personnes privées investies d'une mission de service public) et attentatoires au droit de propriété ou à des libertés relèvent, pour le règlement des litiges qu'ils soulèvent, de la juridiction judiciaire, qui dispose alors d'une plénitude de juridiction et de tous les pouvoirs lui appartenant afin de prévenir, constater, faire cesser ou réparer les conséquences dommageables de ces actes.

La théorie de la voie de fait repose sur l'idée que la personne publique oeuvrant dans un but d'intérêt général jouit d'une protection particulière qui lui permet d'échapper à la compétence du juge de droit commun qu'est le juge judiciaire ; cependant, lorsque, sortant de ses attributions, elle se rend l'auteur d'un acte hautement illégal, elle ne se comporte plus comme une personne publique et perd cette "immunité juridictionnelle" dont elle bénéficie : elle doit alors être traitée comme un particulier et relever de la compétence de droit commun du juge judiciaire.

Par sa décision *Bergoend*, le Tribunal des conflits a sensiblement modifié la définition de la voie de fait.

Auparavant, cette juridiction jugeait qu'il y avait voie de fait dans les cas "*où l'administration, soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières d'une décision, même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets à condition toutefois que cette dernière décision soit elle-même manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative*" (cf. en dernier lieu, *Boussadar*, 23 octobre 2000, n° 3227, Lebon, p. 774).

Désormais, elle juge qu'"*il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et*

*judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative" (Bergoend, précité ; en dernier lieu, Eurl La Joly, 11 mars 2019, n° 4152, à paraître au Lebon).*

Une telle définition a ainsi restreint le champ de la voie de fait, mise "au régime sec" selon l'expression de M. Xavier Domino et de Mme Aurélie Bretonneau (AJDA 2013, p. 1568) : si ses modalités demeurent inchangées (exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, ou décision manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir de l'autorité administrative), la voie de fait n'existe que dans le cas d'une extinction du droit de propriété (et non plus d'une atteinte grave à celui-ci) ou d'une atteinte à la liberté individuelle (et non plus à une liberté fondamentale) au sens de l'article 66 de la Constitution, selon lequel : "*Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.*"

Hors donc le cas de l'acte de gouvernement qui échappe à tout contrôle juridictionnel (T. confl. 2 février 1950, n° 1243, Lebon, p. 652), la répartition des compétences s'organise autour de deux axes :

- compétence exclusive des juridictions judiciaires pour le contentieux de l'indemnisation,
- compétences concurrentes des juridictions administratives et judiciaires pour le contentieux de la prévention, de l'existence et de la cessation de la voie de fait.

Ainsi que l'indique le professeur Pierre Delvolvé, "*Il n'est pas dit expressément par l'arrêt Bergoend que la juridiction judiciaire peut constater la voie de fait ni qu'elle peut annuler la décision constitutive de voie de fait, voire en reconnaître "l'inexistence". Sur la constatation, il n'y a pas de doute : le pouvoir de faire cesser et réparer implique nécessairement celui de constater. L'annulation ou la reconnaissance de l'inexistence peuvent paraître aussi inhérentes à la cessation : pourtant, de même qu'il existe une différence entre annulation d'un acte et injonction de cesser l'application de cet acte, le pouvoir de faire cesser l'application d'un acte, si important qu'il soit, n'équivaut pas à celui d'annuler cet acte : celui-là se trouve en amont alors que celui-ci se trouve en aval. Si, en tant que gardienne de la liberté individuelle, l'autorité judiciaire a seule le pouvoir de décider ou d'autoriser une arrestation, elle doit tout autant pouvoir annuler la décision prise par une autorité administrative de procéder à une arrestation. Pour faire bonne mesure et pour éviter toute ambiguïté, il aurait été opportun de préciser que, comme cela est couramment enseigné, en cas de voie de fait, le juge judiciaire dispose non seulement des pouvoirs de cessation et de réparation, mais aussi de constatation et d'annulation"* (RFDA 2013, p. 1041).

A ce stade, il faut rappeler que la cour d'appel a statué en référé et qu'elle s'est nécessairement fondée sur l'article 809, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de procédure civile (expressément visé dans l'assignation), selon lequel "*le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.*"

En référé, la voie de fait est considérée comme une variété de trouble manifestement illicite : comme l'a montré le professeur Yves Strickler dans sa thèse sur "*Le juge des référés, juge du provisoire*" (Université Robert Schuman de Strasbourg, 1993), "*si la notion de voie de fait apparaît encore dans les décisions en dehors de toute question liée à la compétence juridictionnelle, elle a pour intérêt essentiel de marquer la volonté du juge d'insister sur le caractère insupportable de l'acte commis*", de sorte que, "*si la voie de fait est toujours constitutive d'un trouble manifestement illicite, l'inverse n'est pas vrai*", "*la nuance entre ces notions [tenant] davantage à une différence de degré que de nature*".

En l'occurrence, si le juge judiciaire a le pouvoir de prévenir, de constater, de faire cesser et de réparer une voie de fait, le pouvoir de la faire cesser incluant celui d'annuler un acte ou d'en reconnaître l'inexistence et celui d'ordonner la cessation de son application, il doit être tenu compte du particularisme de la juridiction des référés qui ne peut annuler un acte, mais seulement en suspendre l'exécution ou les effets, et qui ne peut prescrire que des mesures conservatoires ou de remise en état, outre que, s'agissant de prévenir une voie de fait, elle ne pourrait agir que sur le fondement du dommage imminent et non du trouble manifestement illicite, à supposer que la voie de fait puisse entrer dans le champ de la notion de dommage imminent.

Les présents pourvois s'inscrivent dans la seconde hypothèse qui est envisagée par la décision *Bergoend* et dont est exclue la notion d'extinction d'un droit de propriété, par conséquent dans celle d'une décision qui porterait atteinte à la liberté individuelle et qui serait manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative.

Il convient dès lors d'analyser ces deux conditions.

#### A. Une décision portant atteinte à la liberté individuelle.

L'arrêt soumis à l'assemblée plénière a retenu une "*atteinte à l'exercice d'un droit dont la privation a des conséquences irréversibles en ce qu'elle a trait au droit à la vie [...] qui constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme, et donc dans celle des libertés individuelles*" (le motif selon lequel le droit à la vie constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme

figure dans un arrêt de la Cour EDH du 22 mars 2001, *K.-H.W. c. Allemagne*, n° 37201/97, § 96).

La cour d'appel a ainsi considéré qu'il avait été porté atteinte au droit au maintien de l'alimentation et de l'hydratation artificielles de M. B... X..., qu'un tel droit relevait du droit à la vie et que ce droit à la vie relevait lui-même de la liberté individuelle.

La notion de liberté individuelle doit être précisément délimitée.

A cet égard, si le Conseil constitutionnel a d'abord eu une conception relativement extensive de la liberté individuelle, en y incluant l'inviolabilité du domicile (29 décembre 1983, décision n° 83-164 DC, Loi de finances pour 1984 ; 22 avril 1997, décision n° 97-389 DC, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration), la liberté du mariage (13 août 1993, décision n° 93-325 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France) ou encore le respect de la vie privée (18 janvier 1995, décision n° 94-352 DC, Loi orientation et de programmation relative à la sécurité), il est revenu, au cours de ces dernières années, à une conception beaucoup plus stricte de cette notion, en lien direct avec l'article 66 de la Constitution.

C'est ainsi qu'il a opéré une distinction entre la liberté individuelle et le respect de la vie privée (23 juillet 1999, décision n° 99-416 DC, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, cons. 45), la liberté d'aller et venir (16 juin 1999, décision n° 99-411 DC, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, cons. 2 et 20 ; 13 mars 2003, décision n° 2003-467 DC, Loi pour la sécurité intérieure, cons. 8), ainsi que l'inviolabilité du domicile et du secret des correspondances (2 mars 2004, décision n° 2004-492 DC, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité).

Dans le commentaire de l'une de ses décisions (n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013, p. 6 et s.), le Conseil constitutionnel a indiqué avoir stabilisé sa jurisprudence autour d'une définition plus étroite de la liberté individuelle, en ne se référant à l'article 66 de la Constitution que dans le domaine des privations de liberté (garde à vue, détention, hospitalisation sans consentement).

Ainsi, à maintes reprises, a-t-il rappelé que toute mesure ou procédure de nature à porter atteinte à la liberté individuelle devait être placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, notamment à l'occasion de questions prioritaires de constitutionnalité relatives à la garde à vue ou à l'hospitalisation sans consentement (voir, par exemple, 30 juillet 2010, décision n° 2010-14/22 QPC ; 6 octobre 2011, décision n° 2011-174 QPC ; 20 avril 2012, décision n° 2012-235 QPC).

La liberté individuelle, au sens de l'article 66 de la Constitution, apparaît donc désormais, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme un "noyau dur" au sein des libertés fondamentales.

Par ailleurs, si, en l'espèce, la cour d'appel a fait entrer le droit à la vie dans le champ de la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel n'a jamais consacré expressément de droit constitutionnel à la vie alors qu'il en a eu l'occasion à plusieurs reprises.

A cet égard, plutôt que de dégager un droit autonome au respect de la vie, il a érigé en principe la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation, dont la valeur constitutionnelle a été reconnue sur le fondement du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994).

C'est ainsi que, en matière d'interruption volontaire de grossesse, saisi d'une disposition législative portant de dix à douze semaines de grossesse le délai pendant lequel celle-ci peut être pratiquée, alors qu'était invoquée une atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie, il a estimé que le législateur n'avait pas rompu l'équilibre entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception).

De même, saisi d'une loi prévoyant que peut demander l'interruption de sa grossesse la femme "*qui ne veut pas poursuivre une grossesse*" et non plus la femme enceinte "*que son état place dans une situation de détresse*", il a considéré qu'une telle modification ne méconnaissait aucune exigence constitutionnelle (décision n° 2014-700 DC du 31 juillet 2014, Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes).

C'est ainsi également que, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à la Constitution des articles L. 1110-5-1, L. 1110-5-2 et L. 1111-4 du code de la santé publique, dans leur rédaction résultant de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé le principe de sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation, a estimé qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur, qui avait assorti de garanties suffisantes la procédure qu'il avait mise en place, n'avait pas porté d'atteinte inconstitutionnelle au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et à la liberté personnelle (décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017).

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le droit à la vie ne semble donc pas relever des libertés individuelles au sens de l'article 66 de la Constitution.

Pour sa part, le Conseil d'Etat a estimé que, prises dans leur ensemble, eu égard à leur objet et aux conditions dans lesquelles elles doivent être mises en oeuvre, les dispositions des articles L. 1110-5, L. 1111-4 et R. 4127-37 du code de la santé publique ne peuvent être regardées comme incompatibles avec les stipulations de l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux termes desquelles "*le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement [...]*", ainsi qu'avec celles de son article 8 garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale (CE, 24 juin 2014, n° 375081, Lebon).

De son côté, la Cour EDH emploie l'expression "liberté individuelle" presque exclusivement en lien avec le droit à la liberté et à la sûreté (article 5 de la Convention) ; elle n'a jamais qualifié le droit à la vie de "liberté individuelle", étant observé que cela ne saurait pour autant avoir d'incidence sur le contenu de la notion de liberté individuelle au sens du droit français, la Cour de Strasbourg raisonnant dans un cadre juridique différent.

Au terme de sa décision *Bergoend*, rendue au visa de l'article 66 de la Constitution, le Tribunal des conflits a suivi la même voie que le Conseil constitutionnel.

Avant la décision du 17 juin 2013, toute liberté fondamentale était prise en considération pour reconnaître l'existence d'une voie de fait : pour ne citer que quelques-unes, le droit de mener une vie familiale normale (CE, sect., 30 oct. 2001, n° 238211, Lebon), la présomption d'innocence (CE, ord., 14 mars 2005, n° 278435, Lebon), le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants (CE, ord., 22 déc. 2012, n° 364584, Lebon), le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical (CE, ord., 16 août 2002, n° 249552, Lebon), le droit d'exercer un recours individuel effectif devant une juridiction (CE, ord., 30 juin 2009, n° 328879, Lebon), la liberté d'expression (CE, ord., 7 mars 2011, n° 347171, Lebon).

Avec la décision du 17 juin 2013, pour le professeur Delvolvé, "*on est ramené à l'essentiel : la sûreté, c'est-à-dire un état dans lequel chacun est assuré de la possession et de la protection de soi. C'est l'habeas corpus. Liberté individuelle et sûreté sont synonymes. Il y est porté atteinte en cas d'arrestation, détention, séquestration, emprisonnement, internement. Au-delà, même si la personne de l'individu est en cause, il ne s'agit plus de sûreté. C'est évidemment une réduction importante par rapport à la conception antérieure de la voie de fait. Elle a l'intérêt, non pas seulement d'une simplification contentieuse, mais, peut-être plus encore, d'une concentration conceptuelle sur ce qui est l'essentiel de la liberté individuelle : la disposition de soi*" (op. cité).

Une telle conception constitue d'ailleurs, d'une certaine manière, un retour aux sources, car le Constituant de 1958 avait voulu, avec l'article 66 de la Constitution,

consacrer un *habeas corpus* à la française (D. Salles, *Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 26, août 2009).

Pour le professeur Delvolvé, ce fondement constitutionnel a une double portée : “- il détermine en quoi peut constituer la voie de fait : c'est la liberté individuelle au sens strict (celui de sûreté [...]) ; ainsi se trouve justifiée la réduction de la voie de fait à cette liberté, et corrélativement l'exclusion des autres libertés de son champ ; - ce fondement détermine aussi la compétence judiciaire : en ce que la voie de fait porte atteinte à la liberté individuelle, elle doit conduire l'autorité judiciaire à exercer son rôle de gardienne” (op. cité).

C'est sans nul doute la création du référé-liberté par la loi du 30 juin 2000 qui est à l'origine de la décision *Bergoend* : depuis lors, les juridictions administratives peuvent en urgence faire cesser les atteintes à une liberté fondamentale, de sorte qu'il n'est plus nécessaire de pallier leur insuffisance en reconnaissant compétence aux juridictions judiciaires pour prendre les mesures nécessaires.

S'agissant de l'étendue de l'atteinte à la liberté individuelle, il doit être observé qu'il n'est plus fait référence, comme par le passé, à la gravité d'une telle atteinte.

Dans ces conditions, faut-il considérer que toute atteinte, même minime, portée à la liberté individuelle par une décision insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'administration relèverait de la voie de fait et donc de la compétence du juge judiciaire afin de la faire cesser et de la réparer ?

Ce n'est pas l'opinion du professeur Charles-André Dubreuil, qui, au lendemain de la décision *Bergoend*, avançait trois raisons en ce sens : “*Tout d'abord, il est possible de considérer que dans bien des cas, le juge prend en compte la gravité de l'atteinte à une liberté pour apprécier celle de l'illégalité commise par l'administration. Autrement dit, la gravité d'une atteinte à la liberté déterminerait pour partie le fait que l'administration a dénaturé son action [...]. Ensuite, cela reviendrait à méconnaître l'intention du législateur qui, lors de l'adoption de la loi du 30 juin 2000, a souhaité maintenir la théorie de la voie de fait uniquement pour les atteintes les plus graves à la liberté et réserver les autres au juge administratif [...]. Enfin, il est peu probable que le Tribunal des conflits, tout en procédant à une réduction sensible du champ de la voie de fait en supprimant la référence aux libertés fondamentales, ait parallèlement étendu à ce point la compétence judiciaire à l'ensemble des atteintes, même les moins graves, portées par l'administration en dehors de ses attributions à la liberté individuelle*” (JCP éd. A, n° 42, 14 octobre 2013, 2301).

La restriction opérée par la décision *Bergoend* a eu pour conséquence que des atteintes à des libertés fondamentales autres que la liberté individuelle n'ont pas été jugées susceptibles de caractériser une voie de fait.

C'est ainsi que, dans une décision du 12 février 2018, le Tribunal des conflits a jugé que, si, *“en retenant les documents d'identité d'une personne au-delà du temps strictement nécessaire à l'exercice du contrôle de son identité et de la régularité de sa situation, alors prévu par l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, la police des frontières est susceptible d'avoir porté atteinte à la liberté d'aller et venir de l'intéressé, cette liberté n'entre pas dans le champ de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, de sorte qu'une telle atteinte n'est pas susceptible de caractériser une voie de fait”* (n° 4110, Lebon).

Et, dans un arrêt du 19 mars 2015, la Cour de cassation a jugé, par un motif substitué de pur droit, que, *“la liberté syndicale n'entrant pas dans le champ de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, l'atteinte qui lui est prétendument portée n'est pas susceptible de caractériser une voie de fait”* (1<sup>re</sup> Civ., 19 mars 2015, pourvoi n° 14-14.571, Bull. 2015, I, n° 68).

En l'espèce, les pourvois soutiennent que la voie de fait suppose une atteinte à la liberté individuelle qui n'est ici pas en cause (pourvoi 1, moyen 1, branche 1 et pourvoi 2, moyen 1, branche 1) et qu'au surplus, une atteinte au droit à la vie ne pouvait être retenue dès lors que la Cour EDH avait jugé la décision d'arrêt des traitements conforme à l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) (pourvoi 1, moyen 1, branche 3 et pourvoi 2, moyen 1, branche 2).

B. Une décision manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative.

L'arrêt soumis à l'assemblée plénière a considéré qu'*“indépendamment du caractère obligatoire ou contraignant de la mesure de suspension demandée par le Comité, l'Etat français s'est engagé à respecter ce pacte international”* et qu'*“en se dispensant d'exécuter les mesures provisoires demandées par le [CDPH], l'Etat français a pris une décision insusceptible de se rattacher à ses prérogatives”*.

Afin d'apprécier la pertinence de ces motifs, il convient d'opérer une double démarche : d'une part, déterminer si les demandes de mesures provisoires formulées par le CDPH s'imposent à l'Etat français ; d'autre part, dans l'affirmative, déterminer si, en ne déférant pas à la demande de mesure provisoire formulée par le CDPH, l'Etat français a pris une décision manifestement insusceptible de se rattacher à l'un de ses pouvoirs.

1.- *Les demandes de mesures provisoires formulées par le CDPH s'imposent-elles à l'Etat français ?*

Cette question nécessite tout d'abord de retracer brièvement l'économie de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) et du Protocole facultatif s'y rapportant.

La Convention et son Protocole facultatif ont été adoptés à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies (résolution 61/106), à New York, le 13 décembre 2006 et ouverts à la signature des États le 30 mars 2007.

La France a signé la Convention dès le 30 mars 2007, puis le Protocole facultatif le 23 septembre 2008.

La loi n° 2009-1791 du 31 décembre 2009 a autorisé la ratification de cette Convention, laquelle est intervenue le 18 février 2010, avant que la Convention ne soit publiée par le décret n° 2010-356 du 1<sup>er</sup> avril 2010.

La Convention et le Protocole facultatif sont entrés en vigueur en France le 20 mars 2010.

Pour sa part, par une décision du 26 novembre 2009, l'Union européenne a également approuvé la Convention, devenant ainsi la première organisation interétatique à adhérer à un traité relatif aux droits de l'homme ; la Convention est entrée en vigueur dans l'Union le 22 janvier 2011.

Selon l'article 1<sup>er</sup> de la Convention :

*“La présente Convention a pour objet de promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées et de promouvoir le respect de leur dignité intrinsèque.*

*Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres.”*

Selon l'article 34 :

*“1. Il est institué un Comité des droits des personnes handicapées (ci-après dénommé « le Comité ») qui s'acquitte des fonctions définies ci-après.*

*2. Le Comité se compose, au moment de l'entrée en vigueur de la Convention, de douze experts. Après soixante ratifications et adhésions supplémentaires à la Convention, il sera ajouté six membres au Comité, qui atteindra alors sa composition maximum de dix-huit membres.*

*3. Les membres du Comité siègent à titre personnel et sont des personnalités d'une haute autorité morale et justifiant d'une compétence et d'une expérience reconnues dans le domaine auquel s'applique la présente Convention. Les États Parties sont invités, lorsqu'ils désignent leurs candidats, à tenir dûment compte de la disposition énoncée à l'article 4.3 de la Convention.*

*4. Les membres du Comité sont élus par les États Parties, compte tenu des principes de répartition géographique équitable, de représentation des différentes formes de civilisation*

*et des principaux systèmes juridiques, de représentation équilibrée des sexes et de participation d'experts handicapés. [...]*"

Selon l'article 1<sup>er</sup> du Protocole facultatif : *"Tout État Partie au présent Protocole reconnaît que le Comité des droits des personnes handicapées a compétence pour recevoir et examiner les communications présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent être victimes d'une violation par cet État Partie des dispositions de la Convention."*

Selon l'article 3 :

*"[...] le Comité porte confidentiellement à l'attention de l'État Partie intéressé toute communication qui lui est adressée. L'État Partie intéressé soumet par écrit au Comité, dans un délai de six mois, des explications ou déclarations éclaircissant la question et indiquant les mesures qu'il pourrait avoir prises pour remédier à la situation."*

Selon l'article 4 :

*"1. Après réception d'une communication et avant de prendre une décision sur le fond, le Comité peut à tout moment soumettre à l'urgence attention de l'État Partie intéressé une demande tendant à ce qu'il prenne les mesures conservatoires nécessaires pour éviter qu'un dommage irréparable ne soit causé aux victimes de la violation présumée.*

*2. Le Comité ne préjuge pas de sa décision sur la recevabilité ou le fond de la communication du simple fait qu'il exerce la faculté que lui donne le paragraphe 1 du présent article."*

Selon l'article 5 :

*"Le Comité examine à huis clos les communications qui lui sont adressées en vertu du présent Protocole. Après avoir examiné une communication, le Comité transmet ses suggestions et recommandations éventuelles à l'État Partie intéressé et au pétitionnaire."*

Et, selon l'article 64 du règlement intérieur du CDPH :

*"1. A tout moment après avoir reçu une communication et avant de s'être prononcé sur le fond, le Comité peut adresser à l'Etat partie intéressé une demande pressante afin qu'il prenne les mesures provisoires que le Comité juge nécessaires pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la victime ou aux victimes de la violation présumée.*

*2. Lorsque le Comité ou le Rapporteur spécial chargé des communications au titre du Protocole facultatif, agissant au nom du Comité, demande que des mesures provisoires soient prises en application du présent article, il indique que cette demande ne préjuge pas la décision qui sera prise sur le fond de la communication.*

*3. L'État partie peut avancer des arguments pour expliquer que la demande de mesures provisoires devrait être retirée.*

*4. Sur la base des explications ou déclarations fournies par l'État partie, le Comité ou le Rapporteur spécial chargé des communications au titre du Protocole facultatif, agissant au nom du Comité, peut retirer la demande de mesures provisoires."*

A ce stade, deux questions, soulevées par les pourvois, doivent être examinées : ces textes ont-ils un effet direct et, si tel est le cas, ces textes ont-ils un effet contraignant ?

a) *Les stipulations de la CIDPH et de son Protocole facultatif ont-elles un effet direct ?*

Nous savons que, parmi les dispositions normatives des traités, conventions et accords internationaux et parmi celles des actes de droit dérivé (règlements, directives et décisions), seules certaines ont un effet direct, *“c’est-à-dire qu’elles confèrent, par elles-mêmes, des droits aux sujets du droit interne, dont ceux-ci peuvent se prévaloir à l’égard des autorités nationales. Ainsi, dans l’ordre interne, seules les normes internationales d’effet direct s’imposent à ces autorités et, notamment, à l’administration ; il en résulte également que la méconnaissance de ces normes peut seule être utilement invoquée devant le juge administratif, notamment à l’appui d’un recours contre une décision administrative”* (A...-Laurent Frier et Jacques Petit, op. cité, n° 80, p. 71).

Dans une décision *Gisti* du 11 avril 2012 (CE, Ass., 11 avril 2012, n° 322326), le Conseil d’Etat a posé les conditions de l’effet direct des stipulations des traités internationaux devant le juge administratif : *“Considérant que les stipulations d’un traité ou d’un accord régulièrement introduit dans l’ordre juridique interne conformément à l’article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l’appui d’une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l’application d’une loi ou d’un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu’elles contiennent, dès lors qu’elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ; que, sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l’Union européenne dispose d’une compétence exclusive pour déterminer s’il est d’effet direct, une stipulation doit être reconnue d’effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l’intention exprimée des parties et à l’économie générale du traité invoqué, ainsi qu’à son contenu et à ses termes, elle n’a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l’intervention d’aucun acte complémentaire pour produire des effets à l’égard des particuliers ; que l’absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l’obligation qu’elle définit”*.

Le Conseil d’Etat a ainsi subordonné l’effet direct à plusieurs conditions :

- le traité ou l’accord, régulièrement ratifié, doit créer *“des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir”*,
- la stipulation ne doit pas, *“eu égard à l’intention exprimée des parties et à l’économie générale du traité invoqué, ainsi qu’à son contenu et à ses termes”*, d’une part, avoir *“pour objet exclusif de régir les relations entre Etats”*, d’autre part, ne doit nécessiter *“l’intervention d’aucun acte complémentaire pour produire des effets à l’égard des particuliers”*.

Il a également précisé que *“l’absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l’obligation qu’elle définit”*.

Pour l’heure, ni le Conseil d’Etat ni la Cour de cassation n’ont reconnu un effet direct à une stipulation de la CIDPH et de son Protocole facultatif.

S’agissant du Conseil d’Etat, celui-ci a dénié tout effet direct aux articles 2, 4, 7, 9 et 22 § 2 de la CIDPH, au motif que *“ces stipulations, qui requièrent l’intervention d’actes complémentaires pour produire des effets à l’égard des particuliers”*, soit *“ont pour objet exclusif de régir les relations entre États”*, soit *“ne peuvent être utilement invoquées”* (CE, 4 juillet 2012, n° 341533 ; 2 octobre 2017, n° 408364 ; 22 février 2018, n° 397360 ; 14 juin 2018, n° 411861 ; 15 octobre 2018, n° 412091).

S’agissant de la Cour de cassation, celle-ci, soit n’a pas eu à répondre directement à un moyen tiré de l’application de la CIDPH (1<sup>re</sup> Civ., 17 avril 2019, pourvoi n° 18-14.250, en cours de publication ; 2<sup>e</sup> Civ., 9 janvier 2014, pourvoi n° 12-26.917), soit a déclaré un tel moyen irrecevable comme étant nouveau et mélangé de fait et de droit (2<sup>e</sup> Civ., 13 septembre 2018, pourvoi n° 17-20.968 ; Soc., 10 décembre 2014, pourvoi n° 13-17.626), soit l’a considéré comme n’étant pas de nature à permettre l’admission du pourvoi (2<sup>e</sup> Civ., 22 novembre 2012, pourvoi n° 11-25.661).

Dans un rapport au Défenseur des droits sur *“L’effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées”*, M. Michel Blatman a analysé l’ensemble des dispositions de la CIDPH et a opéré une classification des stipulations selon les catégories suivantes : *“effet direct”*, *“effet direct par ricochet”* et *“norme d’interprétation”*.

L’Union européenne étant partie à la CIDPH, la Cour de justice a été amenée à se prononcer sur les effets de cette convention dans l’ordre juridique de l’Union européenne. En vertu de l’article 216, paragraphe 2, du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, les accords internationaux conclus par l’Union européenne lient les institutions de l’Union et ces accords priment le droit de l’Union.

Dans un arrêt du 11 avril 2013, la Cour de justice a rappelé que *“la primauté des accords internationaux conclus par l’Union sur les textes de droit dérivé commande d’interpréter ces derniers, dans la mesure du possible, en conformité avec ces accords”*, de sorte que, l’Union étant partie à la CIDPH, *“les dispositions de cette convention font partie intégrante, à partir de l’entrée en vigueur de celle-ci, de l’ordre juridique de l’Union”* et que *“la directive 2000/78 doit faire l’objet, dans la mesure du possible, d’une interprétation conforme à ladite convention”* (11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. C-335/11 et C-337/11, pt. 29, 30 et 32).

Dans un arrêt du 9 mars 2017, elle a rappelé que la CIDPH pouvait être invoquée *“aux fins d’interpréter la directive 2000/78, laquelle doit faire l’objet, dans la mesure du possible, d’une interprétation conforme à cette convention”* (9 mars 2017, ..., aff. C-406/15, pt. 48 ; v. également, 1<sup>er</sup> décembre 2016, ..., aff. C-395/15, pt. 41 ; 18 mars 2014, Z., aff. C-363/12, pt. 75).

Toutefois, dans l’arrêt Z. du 18 mars 2014 précité, la Cour de justice a refusé d’exercer un contrôle de validité d’une directive au regard de la CIDPH, en son article 4, § 1 et 3, au motif que *“les dispositions de cette convention ne constituent pas, du point de vue de leur contenu, des dispositions inconditionnelles et suffisamment précises [...] et qu’elles sont donc dépourvues d’effet direct en droit de l’Union”*.

Elle a précisé, dans le même arrêt, à propos de l’article 4, § 1 et 3, de la CIDPH, que *“les dispositions de la convention de l’ONU sont subordonnées, dans leur exécution ou dans leurs effets, à l’intervention d’actes ultérieurs relevant des parties contractantes”* et qu’*“il y a lieu de constater que les dispositions de cette convention ne constituent pas, du point de vue de leur contenu, des dispositions inconditionnelles et suffisamment précises [...] et qu’elles sont donc dépourvues d’effet direct en droit de l’Union”*, de sorte que *“la validité de la directive 2000/78 ne peut être appréciée au regard de la convention de l’ONU”*.

Dans un arrêt du 22 mai 2014, la Cour a réitéré cette position (22 mai 2014, Glatzel, aff. C-356/12).

Le professeur Jean Dhommeaux s’est exprimé au sujet du Protocole facultatif à la CDPH : *“le Protocole “conventionnalise” les mesures provisoires, comme cela est fait depuis le Protocole à la Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes. En effet, le Comité des droits de l’homme et le Comité contre la torture, qui sont les organes les plus actifs et les plus concernés, ont été confrontés en matière d’expulsions à des mesures provisoires indispensables. Or certains États ont contesté la validité juridique de telles mesures, qui ne reposaient que sur le règlement intérieur. Leur licéité est désormais imparable du fait de la ratification par l’État de l’instrument qui les prévoit”* (La Convention relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole du 13 décembre 2006, Rev. trim. dr. h. (95/2013), p. 546).

En l’espèce, le second pourvoi soutient que la demande du CDPH du 3 mai 2019 est dépourvue d’effet direct : c’est par conséquent l’article 4 du Protocole facultatif à la CIDPH, selon lequel, *“Après réception d’une communication et avant de prendre une décision sur le fond, le Comité peut à tout moment soumettre à l’urgente attention de l’État Partie intéressé une demande tendant à ce qu’il prenne les mesures conservatoires nécessaires pour éviter qu’un dommage irréparable ne soit causé aux victimes de la violation présumée”*, qui est prétendu être sans effet direct (pourvoi 2, moyen 1, branches 4 et 7, moyen 2, branche 1).

Le Protocole facultatif régissant la procédure en cas de communication présentée par un particulier ou un groupe de particuliers, il conviendra de confronter l'article 4, qui est donc un texte de procédure, à la jurisprudence qui vient d'être retracée.

b) *Les stipulations de la CIDPH et de son Protocole facultatif ont-elles un effet contraignant ?*

Afin de pouvoir répondre à cette question, il est nécessaire de distinguer entre, d'une part, les "*suggestions et recommandations*" du Comité à la suite d'une "*communication*" adressée par un particulier ou un groupe de particuliers, d'autre part, les demandes de "*mesures conservatoires nécessaires*" soumises par le Comité à "*l'urgente attention*" de l'Etat partie.

- *les décisions sur le fond*

Le Protocole évoque les "*suggestions*" et les "*recommandations*" du Comité, tandis que d'autres textes onusiens instituant des Comités parlent communément de "*constatations*" (cf. le Comité des droits de l'homme (CDH)).

La force de ces décisions sur le fond n'est pas envisagée de la même manière par la doctrine, les Comités onusiens, les Etats ou encore les juridictions.

S'agissant de la doctrine, celle-ci est partagée.

Pour les professeurs Hélène Tigroudja et Ludovic Hennebel, "*La grande majorité des organes de contrôle mis en place sont non-judiciaires et cette caractéristique a un effet évident sur les décisions adoptées qui ne seront pas revêtues de l'autorité de la chose jugée. Quel que soit le vocabulaire adopté (recommandation, constatations, décision, rapports), le produit de l'opération de contrôle n'est pas formellement contraignant. Cette situation est parfois contrée par les organes non-judiciaires qui tentent de convaincre que leurs décisions sont revêtues d'une certaine autorité. Il s'agit tout d'abord de mettre en avant leur rôle quasi-juridictionnel, faisant valoir que, si leurs pouvoirs ne sont pas juridictionnels et qu'ils ne sont pas des organes judiciaires, ils s'en rapprochent. A cet égard, le Comité des droits de l'homme n'hésite pas à se comparer à une instance judiciaire [...]*" (*Traité de droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2016, p. 581).

Pour le professeur Sébastien Touzé, "*les actes que peuvent adopter ces organes conventionnels sont dépourvus de l'autorité de la chose jugée et ne constituent que de simples recommandations (ou, pour reprendre le terme anglais utilisé dans le Protocole facultatif se rapportant au Pacte sur les droits civils et politiques : views) à l'attention des Etats qui demeurent libres de les suivre ou non*" ; "[...] se retranchant derrière le vocable utilisé dans le cadre des conventions et protocoles, les Etats estiment que, dans la mesure où les constatations et recommandations ne sont pas créatrices

*d'obligations juridiques, ceux-ci ne sont tenus à leur exécution que sur une base volontaire" (L'exécution des constatations des organes onusiens de surveillance des traités droits de l'Homme, RGDIP, 2017-3, pp. 643-644).*

En revanche, pour le professeur Yann Kerbrat, *"Les décisions des comités sont obligatoires pour leurs destinataires. Cette solution a été dégagée par les comités. Elle est d'autant plus remarquable que la prise en compte de la lettre des traités aurait pu conduire au résultat contraire et à l'affirmation que les constatations ont le caractère d'une recommandation. [...] Les comités ne se sont toutefois pas tenus à cette lecture littérale des dispositions relatives à leur statut. Une démarche finaliste lui a été préférée, qui consiste à lier l'observation des constatations par les États concernés à l'exécution même des obligations conventionnelles" (Organisation des Nations Unies - Comité des droits de l'homme et autres comités mis en place par les conventions de protection des droits de l'homme des Nations Unies, Juris-Classeur Droit international, fasc. 121-40, pt. 71).*

S'agissant des Comités, ceux-ci tentent d'affirmer le caractère obligatoire de leurs décisions sur le fond.

C'est ainsi que, dans une observation générale n° 33, le CDH a énoncé :

*"11. Même si la fonction conférée au Comité des droits de l'homme pour examiner des communications émanant de particuliers n'est pas en soi celle d'un organe judiciaire, les constatations qu'il adopte en vertu du Protocole facultatif présentent certaines caractéristiques principales d'une décision judiciaire. Elles sont le résultat d'un examen qui se déroule dans un esprit judiciaire, marqué notamment par l'impartialité et l'indépendance des membres du Comité, l'interprétation réfléchie du libellé du Pacte et le caractère déterminant de ses décisions. [...]*

*13. Les constatations du Comité au titre du Protocole facultatif constituent une décision qui fait autorité, rendue par l'organe institué en vertu du Pacte lui-même et chargé d'interpréter cet instrument. Ces constatations tiennent leur caractère, et l'importance qui s'y attache, du fait que le rôle conféré au Comité en vertu du Pacte et du Protocole forme un tout" (Les obligations des Etats parties en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Observation générale n° 33, 2009).*

Pour M. Thomas Onillon, s'exprimant au sujet du CDH, si *"l'autorité interprétative du Comité est incontestable", "le caractère obligatoire de ses constatations est l'objet d'appréciations très différentes" : "le Comité est investi d'une mission d'examen des rapports et des communications qui lui sont présentés dans l'objectif d'une bonne mise en oeuvre des droits contenus dans l'instrument. Ces dispositions ne confèrent donc guère aux constatations adoptées par le Comité une portée contraignante et, en l'absence d'un fondement textuel, celle-ci ne saurait être présumée [...] Il n'en reste pas moins que le Comité exhorte les Etats parties à mettre en oeuvre la partie dispositives de ses constatations, qui comporte le plus souvent des mesures de réparation individuelles. Le Comité fonde ces attentes quant à la réparation des violations qu'il*

constate sur le paragraphe 3 a) de l'article 2 du pacte. Cet article prévoit que "toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent pacte auront été violés disposera d'un recours utile". L'Etat ayant reconnu au Comité la compétence pour qualifier une éventuelle violation du pacte par son adhésion au protocole, il est tenu de tirer les conséquences de la violation constatée et donc de mettre en place les mesures adéquates pour donner effet aux constatations (CDH, observation générale n° 33, préc.) [...] Toutefois, cette lecture de l'article 2 n'est pas partagée par la plupart des Etats parties, ce que traduit l'absence d'un système de réparation [à la suite des] constatations de violation, favorisant un suivi au cas par cas [...] Le Comité fonde également l'autorité de ses constatations sur la nature de la procédure qui aboutit à leur adoption. Plus précisément, on décèle une tendance, partagée par la doctrine [...] à les considérer comme des actes quasi juridictionnels : "les constatations [que le Comité] adopte en vertu du protocole facultatif présentent certaines caractéristiques principales d'une décision judiciaire. Elles sont le résultat d'un examen qui se déroule dans un esprit judiciaire, marqué notamment par l'impartialité et l'indépendance des membres du Comité, l'interprétation réfléchie du libellé du pacte et le caractère déterminant de ses décisions" (CDH, observation générale n° 33, préc.). Il n'est pas nécessaire ici de trancher la question de la nature juridictionnelle du Comité et de ses actes pour les besoins de la détermination de leur valeur juridique. Il suffit de constater que cette procédure qui présente des garanties d'indépendance et d'impartialité, ainsi qu'un fort caractère contradictoire, renforce l'autorité des constatations [...] La qualité de cette procédure et son efficacité sont reconnues par la Cour européenne des droits de l'homme [...] La bonne foi exige que les autorités gouvernementales internes, comme du reste les juridictions nationales, ne restent pas sourdes aux constatations de Genève. L'effet juridique des constatations du Comité repose donc sur cette obligation de prendre en compte de bonne foi l'interprétation donnée au pacte par l'organe central qui a la charge d'en surveiller l'application" (La valeur des constatations du Comité des droits de l'homme de l'ONU, AJDA 2019, 1040).

S'agissant des Etats, ainsi que l'observe M. Onillon, "Les autorités politiques estiment généralement qu'elles ne sont pas tenues de se plier aux constatations, quand bien même elles pourraient le faire pour des raisons d'opportunité politique [...] Dans le cadre de l'affaire Baby Loup et de celles relatives au port du niqab, le Comité a estimé que l'Etat était tenu de fournir une indemnisation aux requérantes. Il appartient donc aux autorités politiques de se pencher sur cette question. Lorsque l'Etat décide de ne rien modifier et maintient la situation génératrice de violation, le Comité établit dans le suivi de ces constatations un dialogue avec l'Etat pour y mettre fin" (op. cité).

S'agissant des juridictions, dans une interview récente au journal *Le Monde*, à la question : "Est-ce à dire que les décisions des comités de l'ONU s'imposent à la Cour européenne ?", le président de la Cour EDH, M. Linos-Alexandre Sicilianos, répondait sans ambages : "Non ! Ce sont des éléments à prendre en considération, des sources d'inspiration sans caractère obligatoire. Evidemment, un écart entre l'approche onusienne et l'approche strasbourgeoise pourrait poser un problème à un Etat qui recevrait des messages divergents, voire contradictoires. Il appartient à l'Etat concerné

*de faire ses choix, sachant que la Cour émet des jugements obligatoires, tandis que les comités onusiens émettent des recommandations*" (éd. 1<sup>er</sup> juin 2019, p. 12).

Il semblerait que la Cour de Strasbourg ne se soit jamais prononcée expressément sur la valeur juridique des décisions du CDH. Toutefois, lorsqu'elle se réfère aux constatations du Comité, elle a recours à des qualifications qui ont évolué au fil de temps : si elle a toujours eu recours au terme de "décisions", elle a utilisé le qualificatif d'"opinions" et, depuis maintenant une quinzaine d'années, elle n'hésite pas à évoquer "la jurisprudence" du CDH ou du Comité contre la torture (cf. en dernier lieu, 20 février 2018, *Krombach c. France*, n° 67521/14).

La Cour de justice de l'Union européenne a jugé, quant à elle, que les constatations du Comité des droits de l'homme sont dépourvues de toute valeur juridique contraignante (17 février 1998, *Grant c. South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96, Rec., 1998, pp. I-650-651, par. 46).

Pour sa part, le Conseil d'Etat a jugé, dans une décision du 11 octobre 2001, que *"les constatations émises par le Comité des droits de l'homme [...] ne revêtent aucun caractère contraignant à l'égard de l'Etat auquel elles sont adressées et ne sauraient donc lier les juridictions françaises"* (n° 238849, Lebon) et, dans une décision du 3 novembre 2003, que *"les constatations du Comité des droits de l'homme ne revêtent pas de caractère contraignant à l'égard de l'Etat auquel elles sont adressées"* (n° 239559, inédit au Lebon).

Et, dans son ordonnance du 15 mai 2019 précitée, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a jugé qu'il résultait des dispositions du Protocole facultatif que les demandes formulées par le CDPH *"ne revêtent pas de caractère contraignant à l'égard de l'Etat auquel elles sont adressées"* et qu'*"aucun principe de droit international ou de droit interne n'oblige l'Etat français à se conformer à de telles demandes"* (n° 1910066).

La Cour de révision et de réexamen des condamnations pénales s'est prononcée dans le même sens : *"les constatations du Comité des droits de l'homme ne revêtent pas de caractère contraignant à l'égard de l'Etat auquel elles sont adressées"* (10 décembre 2015, pourvoi n° 14REV017).

Enfin, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, s'est, dans un arrêt du 18 novembre 2016, prononcée implicitement sur la portée d'une décision interprétative du CDH : contrairement au Comité, elle a estimé que l'article 110 de la loi n° 92-677 du 17 juillet 1992 ne violait le principe de rétroactivité de la peine plus légère (pourvoi n° 15-21.438, Bull. 2016, Ass. plén., n° 2).

- *les décisions de procédure*

Il a pu être soutenu que la force contraignante des demandes de mesures conservatoires formulées par les comités onusiens serait étroitement liée au texte qui les instaure : celle-ci ne serait en effet pas la même selon que les mesures provisoires sont prévues par le traité instituant le comité ou par le règlement intérieur du comité, caractère obligatoire dans le premier cas, caractère non obligatoire dans le second, étant observé que, s'agissant du CDPH, les mesures provisoires sont prévues à la fois par le Protocole facultatif à la CIDPH et par le règlement intérieur du Comité.

C'est en tout cas l'opinion du professeur Hélène Tigroudja, sans que cet avis ait pu être confirmé (*L'(in)efficacité des mesures provisoires internationales en matière de prévention des violations des droits de l'Homme*, in Touzé et Decaux (dir.), *La prévention des violations des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2015, p. 152).

Il n'est pas inintéressant d'observer que, quant à elle, la Cour EDH s'est dotée, à l'article 39 de son règlement intérieur, de la faculté de demander des mesures provisoires à l'Etat défendeur et que, dans un arrêt du 4 février 2005, elle a estimé que "*l'inobservation de mesures provisoires par un Etat contractant doit être considérée comme empêchant la Cour d'examiner efficacement le grief du requérant et entravant l'exercice efficace de son droit et, partant, comme une violation de l'article 34*" (*Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99 & autres, spéc. § 128).

Et, dans une ordonnance du 30 juin 2009, le juge des référés du Conseil d'Etat a jugé "*que les mesures provisoires prescrites sur le fondement de l'article 39 du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme ont pour objet de garantir l'effectivité du droit au recours individuel devant cette cour prévu à l'article 34 de la Convention, que leur inobservation constitue un manquement aux stipulations de ce dernier, qui stipule que les parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice du droit de recours individuel devant la cour, que par suite, en l'absence d'exigence impérieuse d'ordre public, M. R... étant assigné à résidence sans qu'il soit soutenu qu'il ne respecterait pas les obligations qui découlent de cette mesure, ou de tout autre obstacle objectif empêchant le gouvernement français de se conformer à la mesure prescrite et dont il aurait informé la cour afin de l'inviter à réexaminer la mesure conservatoire prescrite, l'exécution à destination de l'Algérie de l'arrêt d'expulsion du 19 décembre 2007 constituerait une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale*" (n° 328879).

Il semble que le CDPH ne se soit jamais prononcé sur la valeur juridique des mesures provisoires qu'il a demandées en vertu de l'article 4 du Protocole facultatif ni n'ait été amené à connaître d'une affaire dans laquelle un Etat aurait refusé d'exécuter une telle demande.

En revanche, le CDH s'est prononcé à plusieurs reprises, dans des affaires où une personne condamnée à mort avait été l'auteur d'une communication et où les autorités internes avaient rejeté la demande de sursis à l'exécution de la peine, demande formée, soit par l'intéressé lui-même, soit par le Comité.

Il a ainsi considéré que *“l’Etat partie est tenu de prendre des mesures appropriées pour donner un effet juridique aux constatations du Comité concernant l’interprétation et l’application du Pacte dans des cas particuliers soumis au titre du Protocole facultatif”* et que *“cela vaut pour les constatations du Comité, au titre de l’article 86 du règlement intérieur[devenu article 94], relatives à l’opportunité de prendre des mesures provisoires pour éviter qu’un préjudice irréparable ne soit causé à la victime de la violation alléguée”* (décision d’irrecevabilité du 19 juillet 1994,... c...., comm. n° 504/1992).

Il a également *“exprimé son indignation devant le fait que les autorités de l’État partie n’ont pas accédé à sa requête leur demandant de prendre des mesures de protection provisoires conformément à l’article 86 du Règlement intérieur du Comité”,* rappelé *“que l’État partie, lorsqu’il a ratifié le Protocole facultatif, s’est engagé à coopérer avec le Comité dans le cadre de la procédure”* et souligné en l’espèce *“que l’État partie ne s’est pas acquitté de ses obligations, ni au titre du Protocole facultatif ni au titre du Pacte”,* avant de *“demander instamment que l’article 86 de son règlement intérieur soit respecté au cas où il serait saisi d’autres affaires analogues”* (décisions du 4 novembre 1998,... c. Sierra Leone, comm. n° 839/1998, 840/1998 et 841/1998).

En 2002, il s’est insurgé dans des termes particulièrement vifs : *“l’État partie a manqué de manière choquante à l’obligation de faire preuve de la plus élémentaire bonne foi à l’égard du Pacte et du Protocole facultatif. Le Comité estime que l’État partie a agi en violation des obligations contractées en vertu du Protocole en procédant à l’exécution de M. S... avant que le Comité puisse achever l’examen de la communication et formuler ses constatations. L’État est particulièrement inexcusable d’avoir agi ainsi alors que le Comité lui avait demandé, en vertu de l’article 86 du règlement intérieur, de ne pas procéder à l’exécution. Agir au mépris du règlement intérieur, en prenant des mesures irréversibles, notamment en procédant à l’exécution de la victime présumée, porte atteinte à la protection conférée par le Protocole facultatif aux droits énoncés dans le Pacte”* (constatations du 21 mars 2002, S... c. Trinité et Tobago, comm. n° 580/1994).

Il a eu l’occasion d’explicitier sa position : *“Pour un État partie l’adoption d’une mesure, quelle qu’elle soit, qui empêche le Comité de prendre connaissance d’une communication et d’en mener l’examen à bonne fin, et l’empêche de faire part de ses constatations, est incompatible avec ces obligations. [...] Un État partie contrevient gravement aux obligations qui lui incombent en vertu du Protocole facultatif s’il prend une mesure qui empêche le Comité de mener à bonne fin l’examen d’une communication faisant état d’une violation du Pacte, ou qui rend l’action du Comité sans objet et l’expression de ses constatations sans valeur et de nul effet. [...] Le non-respect de [l’article 86 du règlement intérieur], en particulier par une action irréparable comme l’exécution d’une victime présumée ou son expulsion, sape la protection des droits consacrés dans le Pacte assurée par le Protocole facultatif”* (constatations du 19 octobre 2000,... et autres c. Philippines ; dans le même sens, constatations du 29 octobre 2012,... et ... c. Belarus, comm. n° 2120/2011).

Le Comité contre la torture a adopté une position similaire : il a ainsi estimé qu’*en expulsant le requérant vers la Tunisie dans les conditions où cela s’est produit et pour les motifs invoqués, mettant ainsi le Comité devant le fait accompli, l’État partie non seulement n’a pas agi avec la bonne foi qui s’impose à toute partie à un traité, mais a également méconnu ses obligations au sens des articles 3 et 22 de la Convention*” (constatations du 1<sup>er</sup> mai 2007,.... France, comm. n° 300/2006).

Les pourvois soutiennent que les demandes de mesures provisoires n’ont aucun effet contraignant (pourvoi 1, moyen 1, branche 5 et moyen 2, branche 1 ; pourvoi 2, moyen 1, branches 5 et 7 et moyen 2, branche 1).

2.- *Si la demande de mesure provisoire s’imposait à l’Etat français, celui-ci a-t-il pris une décision manifestement insusceptible de se rattacher à l’un de ses pouvoirs en ne déférant pas à celle formulée par le CDPH ?*

La décision de l’administration constitutive de voie de fait est, au regard de la jurisprudence, celle qui est, selon la formule adoptée par le Conseil d’État et reprise ultérieurement par le Tribunal des conflits et la Cour de cassation, manifestement insusceptible de se rattacher à l’exercice d’un pouvoir appartenant à l’autorité administrative.

Selon le professeur Delvolvé, il s’agit de l’hypothèse où, *“de manière radicale, l’administration est sortie de ses pouvoirs : elle a commis bien plus qu’une erreur manifeste d’appréciation, une violation manifeste et volontaire de la légalité, une négation de la règle de droit. Cette [...] hypothèse fait retrouver l’expression et la notion de “décision” - non plus, comme précédemment, pour désigner la mesure dont l’exécution est assurée, mais la mesure même qui est prise. C’est d’ailleurs le mot “mesure” qui est utilisé par certains arrêts. Elle est peut-être plus appropriée car il s’agit de désigner moins un “acte” au sens juridique du terme qu’un comportement. Celui-ci peut être purement matériel, comme plusieurs arrêts l’ont montré : apposition de scellés, enlèvement d’archives, destruction d’objets, arrestation d’une personne. C’est une action qui a été entreprise. C’est bien une voie de fait au sens strict, sans véritable décision. Parler de décision en atténue la gravité et fausse la réalité des faits. Du moins l’expression peut-elle être sauvée si l’on observe que tout comportement volontaire implique la volonté de le faire, donc une décision. Ainsi une voie de fait purement matérielle comporte la décision de la réaliser”* (op. cité).

La jurisprudence du Tribunal des conflits, du Conseil d’État et de la Cour de cassation postérieure à la décision *Bergoend* n’a - semble-t-il - pas encore retenu de cas de voie de fait.

La première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que *“l’implantation, même sans titre, d’un ouvrage public sur le terrain d’une personne privée ne procède pas d’un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose*

*l'administration*" (1<sup>re</sup> Civ., 15 octobre 2014, pourvoi n° 13-27.484, Bull. 2014, I, n° 168 ; 1<sup>re</sup> Civ., 8 novembre 2017, pourvoi n° 16-20.115).

La troisième chambre civile a jugé dans le même sens (3<sup>e</sup> Civ., 11 octobre 2018, pourvoi n° 17-17.806, en cours de publication).

La première chambre civile a également considéré qu'en retenant une voie de fait aux motifs que l'administration était "*sortie de manière évidente de sa compétence*" et que l'utilisation de la procédure de rétention à d'autres fins que l'éloignement du territoire national constituait "*un détournement de pouvoir ayant pour effet de priver indûment de liberté une personne étrangère*", un premier président de cour d'appel avait statué par des motifs qui ne caractérisaient pas une décision manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative (1<sup>re</sup> Civ., 7 décembre 2016, pourvoi n° 16-10.666 ; 1<sup>re</sup> Civ., 7 décembre 2016, pourvoi n° 16-10.667).

Les pourvois soutiennent :

- que, pour juger que la décision de l'Etat était manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir lui appartenant, la cour d'appel s'est fondée sur la circonstance inopérante que cette décision portait atteinte au droit à la vie (pourvoi 1, moyen 1, branche 2),

- que la décision de l'Etat n'était pas manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir lui appartenant dès lors que la décision d'arrêt des traitements avait été jugée conforme à la légalité par le Conseil d'Etat et la Cour EDH (pourvoi 1, moyen 1, branche 4) ou par des décisions administratives régulières et des décisions juridictionnelles définitives (pourvoi 2, moyen 1, branche 3),

- que, contrairement à ce qu'a jugé la cour d'appel, le seul engagement, par l'Etat français, de respecter les principes de la CIDPH et de son Protocole facultatif ne saurait faire de sa décision de refus une décision insusceptible d'être rattachée à un pouvoir lui appartenant (pourvoi 1, moyen 1, branche 6 et moyen 2, branche 2),

- qu'en tout état de cause, la décision de l'Etat ne saurait s'analyser en une décision manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative (pourvoi 2, moyen 1, branche 6),

- qu'en l'état de décisions de justice ne révélant aucune atteinte à l'article 2 de la Conv. EDH, l'arrêt des traitements, comme la décision de l'Etat, ne peut être regardé comme à l'origine d'un dommage imminent (pourvoi 2, moyen 2, branche 2).

**5 - Orientation proposée** : les pourvois ont été renvoyés devant l'assemblée plénière.