



COUR DE CASSATION

**RAPPORT DE M. SERRIER,
CONSEILLER RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 492 du 15 juin 2022 – Première chambre civile

Pourvoi n° 21-17.654

Décision attaquée : 06 avril 2021 de la cour d'appel de Paris

Mme [P] [I] veuve [C]

C/

**Etablissement Assistance publique - Hôpitaux
de Paris**

1 - Rappel des faits et de la procédure

[X] [C] est décédé le 13 janvier 2017, à l'âge de 23 ans, des suites d'un cancer. De son vivant, à l'annonce de sa maladie, il avait procédé au dépôt de ses gamètes auprès du centre d'étude et de conservation des oeufs et du sperme humain (CECOS) de l'hôpital [3], établissement relevant de l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris (l'APHP).

Par ordonnance du 2 novembre 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Paris, saisi par Mme [I], mère du défunt, a rejeté sa requête tendant à enjoindre à l'administration de prendre toutes mesures utiles afin de permettre l'exportation des gamètes vers un établissement de santé situé en Israël.

Par ordonnance du 4 décembre 2018, le juge des référés du Conseil d'Etat a rejeté le recours de Mme [I] contre cette décision, au motif qu'au regard des circonstances de l'espèce, le refus opposé au transfert de gamètes de [X] [C] ne constituait pas

une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale de sa mère, ou en tout état de cause, de celle de son fils.

Invoquant une violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, Mme [I] a saisi la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui a déclaré sa requête irrecevable par décision du 12 novembre 2019 au motif d'une part que le sort des gamètes déposés par un individu et la question du respect de sa volonté qu'elles soient mises en oeuvre après sa mort concernent le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment il souhaite devenir parent qui relève de la catégorie des droits non transférables et d'autre part que le champ d'application de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ne comprend pas le droit de fonder une famille et ne saurait englober, en l'état de sa jurisprudence, le droit à une descendance pour des grands-parents.

Le 22 janvier 2020, Mme [I], invoquant l'existence d'une voie de fait, a assigné l'APHP devant la juridiction judiciaire aux fins de lui voir enjoindre de lui restituer les gamètes de son fils. L'APHP a soulevé une exception d'incompétence au profit de la juridiction administrative.

Par ordonnance du 9 novembre 2020, le juge de la mise en état du tribunal judiciaire de Paris s'est déclaré incompétent et a renvoyé les parties à mieux se pourvoir.

Par arrêt du 6 avril 2021, la cour d'appel de Paris a confirmé l'ordonnance.

C'est la décision attaquée.

Arrêt : 6 avril 2021

Déclaration de pourvoi du 4 juin 2021

Mémoire ampliatif déposé le 20 septembre 2021 et signifié les 20 et 27 septembre 2021

Mémoire en défense (APHP) déposé le 22 novembre 2021 et signifié le même jour

Article 700 CPC :

- En demande : 4 000 euros

- En défense : 3 500 euros

La procédure paraît régulière

2 - Enoncé du moyen

Mme [I] fait grief à l'arrêt de déclarer la juridiction judiciaire incompétente, alors :

« 1°/ que toute personne physique ayant droit au respect de ses biens, nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ; que l'article R. 2141-18 du code de la santé publique, qui règle les conditions de conservation des gamètes, prévoit leur destruction « en cas de décès de la personne » par l'administration ; que ce texte étant contraire au Premier Protocole additionnel de la

Convention européenne des Droits de l'Homme, il ne saurait prévaloir sur les principes régissant la protection de la propriété prévus par cette Convention ; qu'en se fondant dès lors sur ce texte réglementaire pour décider que le refus de restitution des gamètes - équivalant à leur destruction - constituait « une décision qui se rattache aux prérogatives de l'AP-HP puisqu'elle procède de la stricte application des dispositions de l'article R. 2141-18 (...) », la cour d'appel a violé la loi des 16-24 août 1790, ensemble la loi du 24 mai 1872 et le décret du 16 fructidor an III, ensemble le premier Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que toute personne physique ayant droit au respect de ses biens, nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ; que l'article R. 2141-18 qui règle les conditions de conservation des gamètes, prévoit leur destruction « en cas de décès de la personne » ; que ce texte étant contraire au Premier Protocole additionnel de la Convention européenne des Droits de l'Homme, il ne saurait prévaloir sur les principes régissant la protection de la propriété prévus par celle-ci ; qu'en l'espèce, M. [X] [C] ayant été propriétaire de ses gamètes, en a transmis la propriété à sa mère ; qu'en décidant le contraire, motif pris de ce que « le don est expressément réservé à la décision de leur déposant et de lui seul », circonstance prévue par le seul article R. 2141-18 du code de la santé publique, la cour d'appel a derechef violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, ensemble la loi du 24 mai 1872 et le premier Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que le juge judiciaire est également compétent pour statuer sur une voie de fait lorsque celle-ci résulte d'une décision prise par l'administration qui a porté atteinte à la liberté individuelle ; qu'en l'espèce, Mme [C] avait, aux termes de conclusions particulièrement circonstanciées, nombreuses pièces à l'appui, fait valoir que, durant son vivant, son fils [X] n'avait eu de cesse de concevoir un enfant, y compris post-mortem, dès lors qu'il se savait atteint d'une maladie incurable, fatale à court terme ; que la démarche de Mme [C] ne s'inscrit que dans la continuité de cette volonté exprimée devant plusieurs témoins et tenant à la liberté individuelle de d'assurer sa descendance ; qu'après avoir rappelé que le juge judiciaire retrouvait sa compétence en cas d'atteinte à une liberté individuelle, la cour d'appel s'est exclusivement placée sur le terrain de l'extinction du droit de propriété des gamètes ; qu'en se déterminant de la sorte, sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si la destruction des gamètes par le CECOS ne portait pas atteinte à la liberté individuelle de pouvoir procréer exprimée de son vivant par [X] [C] et poursuivie, selon le souhait de celui-ci, par sa mère, la cour d'appel a, en toute hypothèse, privé sa décision de base légale au regard de l'article 66 de la Constitution, ensemble la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, ensemble la loi du 24 mai 1872 et le premier Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. »

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

Eléments constitutifs de la voie de fait, grief d'inconventionnalité de l'article R. 2141-18 du code de la santé publique au regard de l'article 1 du premier protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Aux termes de l'article [L. 2141-2](#) du code de la santé publique dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 : « *L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué.*

L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation. »

Cet article dispose aujourd'hui : « *L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation après les entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire effectués selon les modalités prévues à l'article L. 2141-10.*

Cet accès ne peut faire l'objet d'aucune différence de traitement, notamment au regard du statut matrimonial ou de l'orientation sexuelle des demandeurs.

Les deux membres du couple ou la femme non mariée doivent consentir préalablement à l'insémination artificielle ou au transfert des embryons.

Lorsqu'il s'agit d'un couple, font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons :

1° Le décès d'un des membres du couple ;

2° L'introduction d'une demande en divorce ;

3° L'introduction d'une demande en séparation de corps ;

4° La signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel selon les modalités prévues à l'article 229-1 du code civil ;

5° La cessation de la communauté de vie ;

6° La révocation par écrit du consentement prévu au troisième alinéa du présent article par l'un ou l'autre des membres du couple auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation.

Une étude de suivi est proposée au couple receveur ou à la femme receveuse, qui y consent par écrit.

Les conditions d'âge requises pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation sont fixées par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de l'Agence de la biomédecine. Elles prennent en compte les risques médicaux de la procréation liés à l'âge ainsi que l'intérêt de l'enfant à naître.

Lorsqu'un recueil d'ovocytes par ponction a lieu dans le cadre d'une procédure d'assistance médicale à la procréation, il peut être proposé de réaliser dans le même temps une autoconservation ovocytaire. »

Aux termes de l'article [L. 2141-11](#) de ce code : « Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle.

Les procédés biologiques utilisés pour la conservation des gamètes et des tissus germinaux sont inclus dans la liste prévue à l'article L. 2141-1, selon les conditions déterminées par cet article. »

Cet article prévoit aujourd'hui : « I.-Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée peut bénéficier du recueil ou du prélèvement et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, en vue de la préservation ou de la restauration de sa fertilité ou en vue du rétablissement d'une fonction hormonale.

Le recueil, le prélèvement et la conservation mentionnés au premier alinéa sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, à celui de l'un des parents investis de l'exercice de l'autorité parentale ou du tuteur lorsque l'intéressé est mineur, après information sur les conditions, les risques et les limites de la démarche et de ses suites. Dans l'année où elle atteint l'âge de la majorité, la

personne dont les gamètes ou les tissus germinaux sont conservés en application du présent I reçoit de l'équipe pluridisciplinaire du centre où sont conservés ses gamètes ou ses tissus germinaux une information sur les conditions de cette conservation et les suites de la démarche.

Le consentement de la personne mineure doit être systématiquement recherché si elle est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision.

S'agissant des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, l'article 458 du code civil s'applique.

Les procédés biologiques utilisés pour la conservation des gamètes et des tissus germinaux sont inclus dans la liste prévue à l'article L. 2141-1 du présent code, dans les conditions déterminées au même article L. 2141-1.

La modification de la mention du sexe à l'état civil ne fait pas obstacle à l'application du présent article.

II.-Les parents investis de l'exercice de l'autorité parentale d'une personne mineure dont les gamètes ou les tissus germinaux sont conservés en application du présent article sont contactés chaque année par écrit pour recueillir les informations utiles à la conservation, dont un éventuel changement de coordonnées.

Il ne peut être mis fin à la conservation des gamètes ou des tissus germinaux d'une personne mineure, même émancipée, qu'en cas de décès.

En cas de décès de la personne mineure dont les gamètes ou les tissus germinaux sont conservés, les parents investis de l'exercice de l'autorité parentale peuvent consentir par écrit :

1° A ce que ses gamètes ou ses tissus germinaux fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues aux articles L. 1243-3 et L. 1243-4 ;

2° A ce qu'il soit mis fin à la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux.

Le consentement est révocable jusqu'à l'utilisation des gamètes ou des tissus germinaux ou jusqu'à ce qu'il soit mis fin à leur conservation.

Le délai mentionné au IV du présent article ne s'applique à la personne mineure, même émancipée, qu'à compter de sa majorité.

III.-La personne majeure dont les gamètes ou les tissus germinaux sont conservés en application du présent article est consultée chaque année. Elle consent par écrit à la poursuite de cette conservation.

Si elle ne souhaite plus poursuivre cette conservation ou si elle souhaite préciser les conditions de conservation en cas de décès, elle consent par écrit :

1° A ce que ses gamètes fassent l'objet d'un don en application du chapitre IV du titre IV du livre II de la première partie ;

2° A ce que ses gamètes ou ses tissus germinaux fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues aux articles L. 1243-3 et L. 1243-4 ;

3° A ce qu'il soit mis fin à la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux.

Dans tous les cas, ce consentement fait l'objet d'une confirmation par écrit à l'issue d'un délai de réflexion de trois mois à compter de la date du premier consentement.

Le consentement est révocable jusqu'à l'utilisation des gamètes ou des tissus germinaux ou jusqu'à ce qu'il soit mis fin à leur conservation.

IV.-En l'absence de réponse de la personne majeure durant dix années consécutives, il est mis fin à la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux. Le délai de dix années consécutives court à compter de la majorité de la personne.

Lorsque la personne atteint un âge ne justifiant plus l'intérêt de la conservation et en l'absence du consentement prévu aux 1° ou 2° du III, il est mis fin à cette conservation. Cette limite d'âge est fixée par un arrêté du ministre chargé de la santé, pris après avis de l'Agence de la biomédecine.

En cas de décès de la personne et en l'absence du consentement prévu aux mêmes 1° ou 2°, il est mis fin à la conservation des gamètes ou des tissus germinaux. »

L'article [L. 2141-11-1](#) du même code dispose quant à lui : « L'importation et l'exportation de gamètes ou de tissus germinaux issus du corps humain sont soumises à une autorisation délivrée par l'Agence de la biomédecine.

Seul un établissement, un organisme ou un laboratoire titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 2142-1 pour exercer une activité biologique d'assistance médicale à la procréation peut obtenir l'autorisation prévue au présent article.

Seuls les gamètes et les tissus germinaux recueillis et destinés à être utilisés conformément aux normes de qualité et de sécurité en vigueur, ainsi qu'aux principes mentionnés aux articles L. 1244-3, L. 1244-4, L. 2141-2, L. 2141-3, L. 2141-7 et L. 2141-11 du présent code et aux articles 16 à 16-8 du code civil, peuvent faire l'objet d'une autorisation d'importation ou d'exportation.

Toute violation des prescriptions fixées par l'autorisation d'importation ou d'exportation de gamètes ou de tissus germinaux entraîne la suspension ou le retrait de cette autorisation par l'Agence de la biomédecine. »

Ce texte dispose aujourd'hui : « *L'importation et l'exportation de gamètes ou de tissus germinaux issus du corps humain sont soumises à une autorisation délivrée par l'Agence de la biomédecine. Elles sont exclusivement destinées à permettre la poursuite d'un projet parental par la voie d'une assistance médicale à la procréation ou la restauration de la fertilité ou d'une fonction hormonale du demandeur, à l'exclusion de toute finalité commerciale.*

Seul un établissement, un organisme, un groupement de coopération sanitaire ou un laboratoire titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 2142-1 pour exercer une activité biologique d'assistance médicale à la procréation peut obtenir l'autorisation prévue au présent article.

Seuls les gamètes et les tissus germinaux recueillis et destinés à être utilisés conformément aux normes de qualité et de sécurité en vigueur, ainsi qu'aux principes mentionnés aux articles L. 1244-3, L. 1244-4, L. 2141-2, L. 2141-3, L. 2141-11 et L. 2141-12 du présent code et aux articles 16 à 16-8 du code civil, peuvent faire l'objet d'une autorisation d'importation ou d'exportation.

Toute violation des prescriptions fixées par l'autorisation d'importation ou d'exportation de gamètes ou de tissus germinaux entraîne la suspension ou le retrait de cette autorisation par l'Agence de la biomédecine. »

Aux termes de l'article [R. 2141-18](#) de ce code : « *I.-Les titulaires de l'autorité parentale d'une personne mineure, dont les gamètes ou les tissus germinaux sont conservés pour la préservation de la fertilité, en application de l'article L. 2141-11, sont contactés chaque année par écrit pour recueillir les informations utiles à la conservation dont un éventuel changement de coordonnées.*

Il ne peut être mis fin à la conservation des gamètes ou des tissus germinaux d'une personne mineure qu'en cas de décès.

Dans l'année où elle atteint l'âge de la majorité, la personne dont les gamètes ou les tissus germinaux sont conservés en application de l'article L. 2141-11 est convoquée par le centre où sont conservés ses gamètes ou ses tissus germinaux pour bénéficier d'une consultation pluridisciplinaire au cours de laquelle une information actualisée lui est délivrée. Cette information porte également sur les consultations écrites mentionnées au II du présent article.

II.-La personne majeure, dont les gamètes ou les tissus germinaux sont conservés pour la préservation de la fertilité, en application de l'article L. 2141-11, est consultée chaque année par écrit sur le point de savoir si elle maintient cette modalité de conservation.

Si elle ne souhaite plus la maintenir, elle peut alors consentir en application de l'article L. 1211-2 :

1° A ce que ses gamètes fassent l'objet d'un don en application du chapitre IV du titre IV du livre II de la première partie du code après vérification des conditions

précisées à la présente section ; si elle fait partie d'un couple, le consentement de l'autre membre du couple est également recueilli en application de l'article L. 1244-2 ;

2° A ce que ses gamètes ou ses tissus germinaux fassent l'objet d'une recherche dans les conditions des articles L. 1243-3 et L. 1243-4 ;

3° A ce qu'il soit mis fin à la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux.

Dans tous les cas, le consentement est exprimé par écrit au moyen du document de consultation mentionné au premier alinéa du II et fait l'objet d'une confirmation par écrit après un délai de réflexion de trois mois à compter de la date de signature du consentement initial. Le consentement est révocable jusqu'à l'utilisation des gamètes ou des tissus germinaux ou jusqu'à ce qu'il soit mis fin à leur conservation.

III.-Il est mis fin à la conservation des gamètes ou des tissus germinaux en cas de décès de la personne. Il en est de même si, n'ayant pas répondu à la consultation selon les modalités fixées par l'arrêté prévu aux articles R. 2142-24 et R. 2142-27, elle n'est plus en âge de procréer.

Les modèles de consultation annuelle de la personne et de confirmation du consentement sont fixés par décision du directeur général de l'Agence de la biomédecine. »

Il résulte de ces dispositions qu'en principe, la conservation de gamètes ne peut être autorisée en France qu'en vue de la réalisation d'une assistance médicale à la procréation entrant dans les prévisions légales du code de la santé publique et que la conservation des gamètes ne peut être poursuivie après le décès du donneur.

Si les articles L. 2141-2 et L. 2141-11, L. 2141-11-1 ont été modifiés par la [loi n° 2021-1017 du 2 août 2021](#) relative à la bioéthique, l'interdiction de l'assistance médicale à la procréation *post-mortem* a été maintenue, après des débats parlementaires spécifiques sur ce point¹.

- Compétence de la juridiction administrative pour connaître des demandes tendant à enjoindre à l'administration d'accéder à la demande d'exportation de gamètes ou de transférer des gamètes vers un établissement de santé situé à l'étranger

¹ Voir le [dossier législatif](#) et M. Mesnil, Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP, RDSS 2021, p. 790 ; P. Curier-Roche, La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : « évolution - révolution », RDSS 2021, p. 769

Le juge administratif est compétent pour connaître des demandes tendant à enjoindre à l'administration d'accéder à la demande d'exportation de gamètes ou de transférer des gamètes vers un établissement de santé situé à l'étranger ([CE, Ass., 31 mai 2016, Mme G..., n° 396848 Lebon](#) ; [CE, ordonnance du juge des référés du 13 juin 2018, n° 421333, Mme D...](#) ; [CE, ordonnance du juge des référés du 24 janvier 2020, n° 437328, Mme A...](#) ; [CE, ordonnance du juge des référés du 28 février 2020, n° 438852, Mme B...](#) ; [CE, ordonnance du juge des référés du 28 février 2020, Mme M... veuve D..., n° 438854](#) ; [CE, 28 décembre 2021, Mme N..., n° 456966](#)).

Par ailleurs, comme rappelé ci-dessus, Mme [I] avait elle-même saisi le juge des référés du tribunal administratif de Paris d'une telle demande. Par ordonnance du 2 novembre 2018, sa demande a été rejetée. Par ordonnance du 4 décembre 2018, le juge des référés du Conseil d'Etat ([n° 425446](#)) a rejeté son recours contre cette décision en ces termes :

« *Considérant ce qui suit :*

1. Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

2. Eu égard à son office, qui consiste à assurer la sauvegarde des libertés fondamentales, il appartient au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, de prendre, en cas d'urgence, toutes les mesures qui sont de nature à remédier aux effets résultant d'une atteinte grave et manifestement illégale portée, par une autorité administrative, à une liberté fondamentale, y compris lorsque cette atteinte résulte de l'application de dispositions législatives qui sont manifestement incompatibles avec les engagements européens ou internationaux de la France, ou dont la mise en œuvre entraînerait des conséquences manifestement contraires aux exigences nées de ces engagements.

3. Aux termes de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique : « L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. / L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation ». L'article L. 2141-11 de ce même code dispose que : « Toute personne dont la prise en charge médicale est

susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle. / Les procédés biologiques utilisés pour la conservation des gamètes et des tissus germinaux sont inclus dans la liste prévue à l'article L. 2141-1, selon les conditions déterminées par cet article ». Le III de l'article R. 2141-18 du même code dispose également que : « Il est mis fin à la conservation des gamètes ou des tissus germinaux en cas de décès de la personne. Il en est de même si, n'ayant pas répondu à la consultation selon les modalités fixées par l'arrêté prévu aux articles R. 2142-24 et R. 2142-27, elle n'est plus en âge de procréer ». Il résulte de ces dispositions que, d'une part, le dépôt et la conservation des gamètes ne peuvent être autorisés, en France, qu'en vue de la réalisation d'une assistance médicale à la procréation entrant dans les prévisions légales du code de la santé publique et, d'autre part, la conservation des gamètes ne peut être poursuivie après le décès du donneur.

4. En outre, en vertu des dispositions de l'article L. 2141-11-1 de ce même code : « L'importation et l'exportation de gamètes ou de tissus germinaux issus du corps humain sont soumises à une autorisation délivrée par l'Agence de la biomédecine. / Seul un établissement, un organisme ou un laboratoire titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 2142-1 pour exercer une activité biologique d'assistance médicale à la procréation peut obtenir l'autorisation prévue au présent article. / Seuls les gamètes et les tissus germinaux recueillis et destinés à être utilisés conformément aux normes de qualité et de sécurité en vigueur, ainsi qu'aux principes mentionnés aux articles L. 1244-3, L. 1244-4, L. 2141-2, L. 2141-3, L. 2141-7 et L. 2141-11 du présent code et aux articles 16 à 16-8 du code civil, peuvent faire l'objet d'une autorisation d'importation ou d'exportation. / Toute violation des prescriptions fixées par l'autorisation d'importation ou d'exportation de gamètes ou de tissus germinaux entraîne la suspension ou le retrait de cette autorisation par l'Agence de la biomédecine ».

5. Il résulte de l'instruction que M. [X] [C], fils unique de la requérante, est décédé le 13 janvier 2017, à l'âge de 23 ans, des suites d'une tumeur cancéreuse agressive, diagnostiquée le 21 novembre 2014. Il avait procédé, dès le 25 novembre 2014, à un dépôt de gamètes au centre d'études et de conservation des œufs et du sperme humain (CECOS) de l'hôpital [3] à Paris. Au cours du printemps 2017, le président du CECOS de l'hôpital [3] a refusé verbalement de transmettre à l'Agence de la biomédecine la demande de la requérante tendant au transfert des gamètes de son fils vers un établissement de santé situé en Israël. Mme [I], épouse [C] relève appel de l'ordonnance du 2 novembre 2018 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Paris, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code justice administrative, a rejeté sa demande tendant à ce qu'il soit enjoint à l'Assistance Publique - Hôpitaux de Paris de prendre toutes mesures utiles

afin de permettre l'exportation des gamètes de son fils décédé vers un établissement de santé situé en Israël et autorisé à pratiquer les procréations médicalement assistées.

6. Les dispositions mentionnées aux points 3 et 4 ne sont pas incompatibles avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, en particulier, de son article 8.

7. D'une part, l'interdiction posée par l'article L. 2141-2 du code de la santé publique d'utiliser les gamètes d'une personne après son décès pour réaliser une insémination relève de la marge d'appréciation dont chaque Etat dispose, dans sa juridiction, pour l'application de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et elle ne porte pas, par elle-même, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est garanti par les stipulations de l'article 8 de cette convention.

8. D'autre part, l'article L. 2141-11-1 de ce même code interdit également que les gamètes déposés en France puissent faire l'objet d'une exportation, s'ils sont destinés à être utilisés, à l'étranger, à des fins qui sont prohibées sur le territoire national. Ces dernières dispositions, qui visent à faire obstacle à tout contournement des dispositions de l'article L. 2141-2, ne méconnaissent pas davantage par elles-mêmes les exigences nées de l'article 8 de cette convention.

9. Toutefois, la compatibilité de la loi avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive.

10. La requérante soutient que l'impossibilité de transférer à l'étranger les gamètes de son fils porte, en l'espèce, une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de ce dernier et de ses parents. Il résulte de l'instruction que M. [X] [C] a, le 24 novembre 2014, soit dès l'annonce de sa maladie, pris contact avec le centre FERTAS de Lausanne (Suisse) en vue d'y déposer des gamètes et qu'il a également envisagé alors d'autres dépôts de gamètes à l'étranger, notamment à Bruxelles, Valence ou Barcelone. Il a procédé, le 25 novembre 2014, à un dépôt de gamètes au centre d'études et de conservation des œufs et du sperme humain (CECOS) de l'hôpital [3] à Paris et a demandé, le 22 novembre 2016, que leur conservation soit prolongée. Il a, par ailleurs, régulièrement exprimé, notamment devant ses proches et ses médecins, son désir d'être père et d'avoir une descendance, y compris en cas de décès. La requérante fait valoir, à cet égard, que la législation israélienne autorise la procréation médicalement assistée après le décès d'un donneur, y compris à la demande des parents, et que c'est pour cette raison qu'elle demande le transfert des gamètes de son fils vers l'Etat d'Israël. Ces circonstances ne sont

cependant pas suffisantes pour permettre de retenir que le refus opposé au transfert de gamètes de M. [X] [C], conformément à l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique, porterait, en l'espèce, une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante ou, en tout état de cause, de celle de son fils, garanti par les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En particulier, il n'apparaît pas que l'intéressé ait eu un projet parental précis, pour lequel il aurait procédé, à titre préventif, à un dépôt de gamètes en vue de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation dans les conditions prévues par le code de la santé publique, ni qu'il ait explicitement consenti, à cette fin, au cas où les tentatives réalisées de son vivant se seraient révélées infructueuses, à l'utilisation de ses gamètes après son décès. Enfin, il n'est pas établi par les pièces versées au dossier qu'une insémination artificielle pourrait être réalisée en Israël à la demande de la mère de l'intéressé. Par suite, la décision contestée ne porte pas d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

11. Il résulte de ce qui précède que Mme [I], épouse [C], n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande. Sa requête ne peut, dès lors, qu'être rejetée. »

- La notion de voie de fait

On rappellera, à la suite du président Chauvin, dans son rapport de l'affaire [Ass. plén., 28 juin 2019, pourvoi n° 19-17.330, 19-17.342, publié](#) que 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 ; voir également , Eurl La Joly, 11 mars 2019, [n° 4152](#), Lebon). »

Une telle définition a ainsi restreint le champ de la voie de fait, mise « au régime sec » selon l'expression des conseillers Domino et Bretonneau²: 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.* »

Ainsi, la voie de fait, pour être caractérisée, suppose la réunion de deux conditions :

- d'une part, que l'administration ait agi dans des conditions révélant une irrégularité grossière, soit en procédant, alors qu'elle n'avait pas le pouvoir de le faire, à l'exécution forcée d'une décision, même régulière, soit en prenant une décision manifestement insusceptible de se rattacher à l'existence d'un pouvoir lui appartenant ;
- d'autre part, qu'il en résulte, soit une atteinte à la liberté individuelle, au sens de l'article 66 de la Constitution, soit l'extinction d'un droit de propriété, c'est-à-dire une privation définitive de ce droit.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rappelé récemment cette définition dans son arrêt [Ass. plén., 28 juin 2019, pourvoi n° 19-17.330, 19-17.342, publié](#) : « *Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, ensemble l'article 66 de la Constitution ;*

Attendu 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

² X. Domino et A. Bretonneau, La voie de fait mise au régime sec, AJDA, 2013, p. 1568

manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu en référé, que, le 29 septembre 2008, M. [Y] [A] a été victime d'un grave accident de la circulation ; que, le 22 septembre 2017, le docteur [C], médecin responsable du service de soins palliatifs au centre hospitalier universitaire de [...] et, à ce titre, en charge de l'unité "cérébro-lésés" au sein de laquelle M. [Y] [A] 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, à l'issue de laquelle le médecin en charge du patient peut limiter ou arrêter des traitements, y compris la nutrition et l'hydratation artificielles, qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie et dont la poursuite traduirait une obstination déraisonnable ; que, le 9 avril 2018, au terme de la procédure, ce médecin a décidé d'arrêter la nutrition et l'hydratation artificielles de M. [Y] [A] ; que, par ordonnance du 24 avril 2019, le juge des référés du Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a rejeté la requête tendant à la suspension de cette décision au motif que celle-ci ne pouvait être tenue pour illégale ; que, le 24 avril 2019, M. [D] [A], Mme [E] [A], M. [E] [Z] et Mme [F] [A] épouse [W] (les consorts [A]), respectivement parents, demi-frère et soeur de M. [Y] [A], ont saisi d'une demande de mesures provisoires la Cour européenne des droits de l'homme, qui, par décision du 30 avril 2019, a rejeté la requête après avoir rappelé que, par arrêt du 5 juin 2015, elle avait 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 oeuvre d'une décision d'arrêt des traitements ; que, le 24 avril 2019, ils ont également saisi le Comité des droits des personnes handicapées (CDPH) d'une communication au sens de l'article 1er du Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées ; que, le 3 mai 2019, le CDPH a demandé à l'Etat de prendre les mesures nécessaires pour veiller à ce que l'alimentation et l'hydratation entérales de M. [Y] [A] ne soient pas suspendues pendant l'examen de la requête ; que, le 7 mai 2019, le gouvernement a informé le CDPH que 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'était pas envisageable et que, par conséquent, il n'était pas en mesure de mettre en oeuvre la mesure conservatoire demandée ; que, le 10 mai 2019, le docteur [C] a averti la famille de M. [Y] [A] 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 ; que, par assignation à heure indiquée du 15 mai 2019, les consorts [A] ont saisi le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris aux fins de voir ordonner à l'Etat de faire respecter sans délai les mesures provisoires préconisées 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. [Y] [A] ;

Attendu que, pour accueillir les demandes, l'arrêt retient qu'en se dispensant d'exécuter les mesures provisoires demandées par le CDPH, l'Etat 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 trait au droit à la vie, consacré par l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 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 ;

Qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que, le droit à la vie n'entrant pas dans le champ de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, la décision, prise par l'Etat, de ne pas déférer à la demande de mesures provisoires formulée par le CDPH ne portait pas atteinte à la liberté individuelle, d'autre part, qu'en l'état notamment des décisions rendues en dernier lieu par le juge des référés du Conseil d'Etat le 24 avril 2019 et par la Cour européenne des droits de l'homme le 30 avril 2019, cette décision n'était pas manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir lui appartenant, de sorte que les conditions de la voie de fait n'étaient pas réunies, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et vu l'article 627 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 mai 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Déclare la juridiction judiciaire incompétente ; »

S'agissant de la condition tenant à l'existence d'une décision manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'administration, le professeur Quiot et le conseiller Béal³ rappellent que s'il est nécessaire qu'un acte ou une opération de l'Administration soit illégal pour être une voie de fait, l'illégalité de cet acte ou de cette opération ne suffit pas à le transformer en voie de fait. Un agissement administratif portant atteinte au droit de propriété ou à une liberté fondamentale ne peut être considéré comme une voie de fait, par principe et par définition, qu'à la condition qu'il soit grossièrement irrégulier.

L'irrégularité grossière censée « *dénaturer* » l'action de l'Administration en lui faisant perdre son caractère « *administratif* », et qui justifie l'attribution à un agissement de cette dernière attentatoire à la propriété ou à une liberté fondamentale de l'infamante appellation de voie de fait, ne se manifeste pas sous une forme unique : il est plusieurs types d'irrégularités génératrices de voies de fait.

Un agissement administratif peut constituer une voie de fait dans ces deux hypothèses :

- lorsqu'il consiste en l'exécution forcée irrégulière d'une décision pouvant elle-même être parfaitement régulière ;

- lorsqu'il consiste dans l'exécution d'une décision elle-même grossièrement irrégulière en tant que, selon les expressions consacrées, elle est « *manifestement insusceptible de se rattacher à l'existence d'un pouvoir appartenant à l'Administration* », ou à « *l'application d'un texte législatif ou réglementaire* » (en ce sens, par exemple TC, 10 décembre 1956, G..., Lebon, p. 590, le juge judiciaire n'est pas compétent « *hormis le*

³ G. Quiot, A. Béal, Voie de fait, JCL Administratif, Fasc. 1051, n° 58 et s.

cas où, manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire, cet ordre ne constituerait de toute évidence qu'une voie de fait et celui où l'Administration serait passée à l'exécution dudit ordre dans des conditions constituant une voie de fait »).

L'irrégularité grossière ne saurait être confondue avec l'illégalité : l'illégalité dans la forme ou dans le fond ne suffit pas à dénaturer une décision de l'Administration et donc ne justifie pas que cette décision puisse être regardée comme une voie de fait. Le Tribunal des conflits a jugé en ce sens à plusieurs reprises qu'un vice de forme affectant un acte de l'Administration n'était pas susceptible de conférer à celui-ci le caractère d'une voie de fait (TC, 26 janvier 1950, P..., Lebon p. 650 ; TC, 13 juin 1955, Société industrielle transports automobiles, Lebon, p. 621 ; TC, 20 avril 1959, Q..., Lebon p. 867). Et, en matière de réquisitions, notamment, le Tribunal des conflits a maintes fois jugé que les vices dont pourrait être entaché un ordre de réquisition ne suffisaient pas à justifier la compétence de l'autorité judiciaire, ne le transformant pas en voie de fait (par exemple, TC, 12 mai 1949, G...c/ P..., Lebon p. 597 ; TC, 27 novembre 1952, préfet Seine c/ T..., Lebon, p. 644 ; TC, 25 mars 1957, U... c/ préfet Alpes-Maritimes).

L'irrégularité grossière constitutive de voie de fait ne pouvant être confondue avec la simple illégalité, ne saurait être assimilée par conséquent avec la première une erreur d'appréciation commise par une autorité administrative dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire lui appartenant, fût-elle « *manifeste* ».

S'agissant de la condition tenant à l'existence d'une atteinte aboutissant à l'extinction du droit de propriété ou à la liberté individuelle il peut être rappelé, qu'en ce qui concerne les atteintes à la propriété mobilière, la voie de fait ne peut être caractérisée que si l'atteinte s'analyse en une dépossession du propriétaire.

Le professeur Delvolvé⁴ souligne que l'arrêt Bergoend précité, en parlant d'« *extinction du droit de propriété* », se distingue de la formule classique de « *privation du droit de propriété* », qui a souvent été utilisée par le Conseil constitutionnel, et *a fortiori* de celle d'« *atteinte au droit de propriété* ».

Il ajoute que l'extinction du droit de propriété est certainement plus forte que l'atteinte au droit de propriété. Elle est sans doute aussi plus intense que la privation du droit de propriété : la privation pourrait ne pas être définitive, l'extinction l'est.

En retenant seulement l'extinction, le Tribunal des conflits a voulu limiter l'objet de la voie de fait en matière de propriété, comme il l'a fait en matière de liberté : pour celle-là, c'est la nature de la liberté qui a été restreinte ; pour celui-ci, c'est la portée de la mesure qui l'a été.

Cette extinction paraît pouvoir se réaliser sous deux formes.

La première est celle, tout simplement, de la destruction du bien qui est l'objet du droit de propriété ([TC, 4 juillet 1991, Association Maison des jeunes et de la culture Boris Vian, n° 2662, Lebon p. 749](#) : enlèvement et destruction par une commune de meubles et objets appartenant à une association expulsée de locaux municipaux, en dehors de

⁴ P. Delvolvé, Voie de fait : limitation et fondements, RFDA 2013, p. 1041

toute urgence ; [TC, 4 novembre 1991, \[R\], n° 2666, aux Tables, p. 749](#) : enlèvement et destruction d'un véhicule laissé en stationnement pendant plus de sept jours consécutifs en un même point de la voie publique, opérations faites par une commune en méconnaissance des règles édictées par les articles L. 25 et L. 25-3 du code de la route et en dehors de toute urgence ; [TC, 15 février 2010, n° 3722, Mme \[G\], Lebon](#) : abattage d'arbres sur la propriété d'une personne privée).

Mais le simple endommagement d'un bien, ne suffisant pas à éteindre le droit de propriété, ne peut constituer une voie de fait.

La seconde forme d'extinction d'un droit de propriété serait la destruction du titre de propriété lui-même.

Deux cas peuvent être évoqués.

L'un serait celui de la Charte-partie ou du connaissement qui, identifiant les marchandises embarquées dans un navire, en incorpore la propriété : sa destruction éteint le droit de propriété sur elles.

Par ailleurs, dans la mesure où « *en fait de meubles, la possession vaut titre* » (article [2276](#) du code civil), la destruction d'un meuble entraîne par là-même la destruction du titre de propriété sur le meuble.

L'autre cas serait celui de terrains situés à proximité du domaine public maritime ou du domaine public fluvial : leur submersion par les eaux les y englobe et éteint par là même le droit de propriété qu'avaient des particuliers sur eux. La destruction volontaire d'un barrage ou d'une digue pour que les flots de la mer ou d'un fleuve envahissent des terrains riverains pourrait alors constituer une voie de fait.

Dans l'un ou l'autre cas, la destruction du titre de propriété constituerait une voie de fait si les autres conditions de celle-ci étaient remplies.

Il s'agit d'hypothèses beaucoup plus restreintes que précédemment.

En ce qui concerne les atteintes à la liberté individuelle, tous les agissements administratifs portant atteinte à « *la liberté* » en général ou « *aux libertés* » en général ne sont pas susceptibles d'être des voies de fait. Seuls le sont, en vertu de la jurisprudence, ceux de ces agissements qui mettent en cause l'exercice d'une liberté présentant la caractéristique d'être « *fondamentale* »⁵.

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 ([CC, 29 décembre 1983, décision n° 83-164 DC](#) ; [CC, 22 avril 1997, n° 97-389 DC](#)), la liberté du mariage ([CC, 13 août 1993, n° 93-325 DC](#)) ou encore le respect de la vie privée ([CC, 18 janvier 1995, n° 94-352 DC](#)), 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.

⁵ G. Quiot, A. Béal, préc. N° 45 et s.

C'est ainsi qu'il a opéré une distinction entre la liberté individuelle et le respect de la vie privée ([CC, 23 juillet 1999, décision n° 99-416 DC](#)), la liberté d'aller et venir ([CC, 16 juin 1999, n° 99-411 DC](#) ; [CC, 13 mars 2003, n° 2003-467 DC](#)), ainsi que l'inviolabilité du domicile et du secret des correspondances ([CC, 2 mars 2004, n° 2004-492 DC](#)).

Dans le [commentaire](#) de sa décision [CC, 29 novembre 2013, n° 2013-357 QPC](#), 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, [CC, 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC](#) ; [CC, 6 octobre 2011, décision n° 2011-174 QPC](#) ; [CC, 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.

Au terme de sa décision Bergoend précitée, 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 octobre 2001, n° 238211, Ministre de l'intérieur c/ Mme T..., Lebon](#)), la présomption d'innocence ([CE, ordonnance du juge des référés du 14 mars 2005, n° 278435, M. G..., Lebon](#)), le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants ([CE, ordonnance du juge des référés du 22 décembre 2012, n° 364584, section française de l'observatoire international des prisons, 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, ordonnance du juge des référés du 16 août 2002, n° 249552, Consorts F..., Lebon](#)), le droit d'exercer un recours individuel effectif devant une juridiction ([CE, ordonnance du juge des référés du 30 juin 2009, n° 328879, Ministre de l'intérieur c/ M. B..., Lebon](#)), la liberté d'expression ([CE, ordonnance du juge des référés, 7 mars 2011, n° 347171, Ecole normale supérieure, Lebon](#)).

Avec la décision du 17 juin 2013, ainsi que le souligne le professeur Delvolvé⁶, « *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.* »

⁶ P. Delvolvé, préc.

Une telle conception⁷ 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.

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 ».

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 ?

Comme le souligne le professeur Dubreuil⁸ : *« 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. »

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 ([n° 4110](#), Lebon), 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*

⁷ D. Salles, Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 26, août 2009

⁸ C-A Dubreuil, La voie de fait nouvelle est arrivée, JCP, A, n° 42, 14 octobre 2013, p. 2301

sens de l'article 66 de la Constitution, de sorte qu'une telle atteinte n'est pas susceptible de caractériser une voie de fait ».

Notre chambre a jugé 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 ([1re Civ., 19 mars 2015, pourvoi n° 14-14.571, Bull. 2015, I, n° 68](#)).

Comme rappelé ci-dessus, l'Assemblée plénière a jugé que le droit à la vie n'entre pas dans le champ de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution ([Ass. plén., 28 juin 2019, pourvoi n° 19-17.330, 19-17.342](#), publié).

- La protection du droit de propriété par l'article 1 du protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

A titre liminaire on rappellera qu'aux termes de l'article 16-1 du code civil : « *Chacun a droit au respect de son corps.*

Le corps humain est inviolable.

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. »

L'article [1](#) du premier protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, intitulé « *protection de la propriété* » dispose : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.*

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

La notion de « *biens* » figurant au premier alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1 est une notion autonome, qui peut recouvrir tant des « *biens actuels* » que des valeurs patrimoniales, y compris des créances en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une « *espérance légitime* ». Les « *biens* » incluent les droits réels et les droits personnels. Ce terme englobe les immeubles et les biens meubles ainsi que les autres intérêts patrimoniaux.

La notion de « *bien* » a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété de biens corporels et qui est indépendante des qualifications formelles du droit interne : certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des « *droits patrimoniaux* » et donc des « *biens* » aux fins de cette disposition. Dans chaque affaire, il importe d'examiner si les circonstances, considérées dans leur ensemble, ont rendu le requérant titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1 du Protocole n° 1 (Cf notamment, [CEDH, 19 octobre 2000, Iatridis c. Grèce, n° 3107/96, \[GC\], § 54](#) ; [CEDH, 27 août 2015, Parrillo c. Italie, n° 46470/11, \[GC\], § 211](#)).

Dans son arrêt [CEDH, 27 août 2015, Parrillo c. Italie, n° 46470/11, \[GC\]](#), la CEDH a jugé, à propos d'embryons humains que :

« 1. Les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour

La Cour rappelle que la notion de « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété de biens corporels et qui est indépendante des qualifications formelles du droit interne : certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des « droits patrimoniaux » et donc des « biens » aux fins de cette disposition. Dans chaque affaire, il importe d'examiner si les circonstances, considérées dans leur ensemble, ont rendu le requérant titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1 du Protocole n° 1 (*Iatridis c. Grèce* [GC], n° 31107/96, § 54, CEDH 1999-II, *Beyeler c. Italie* [GC], n° 33202/96, § 100, CEDH 2000-I, et *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 129, CEDH 2004-V).

212. L'article 1 du Protocole n° 1 ne vaut que pour les biens actuels. Un revenu futur ne peut ainsi être considéré comme un « bien » que s'il a déjà été gagné ou s'il fait l'objet d'une créance certaine. En outre, l'espoir de voir reconnaître un droit de propriété que l'on est dans l'impossibilité d'exercer effectivement ne peut non plus être considéré comme un « bien », ni une créance conditionnelle qui se trouve caduque par suite de la non-réalisation de la condition (*Gratzinger et Gratzingerova c. République tchèque* (déc.) [GC], n° 39794/98, § 69, CEDH 2002-VII).

213. Cependant, dans certaines circonstances, l'« espérance légitime » d'obtenir une valeur patrimoniale peut également bénéficier de la protection de l'article 1 du Protocole n° 1. Ainsi, lorsque l'intérêt patrimonial est de l'ordre de la créance, l'on peut considérer que l'intéressé dispose d'une espérance légitime si un tel intérêt présente une base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu'il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux (*Kopecký c. Slovaquie* [GC], no 44912/98, § 52, CEDH 2004-IX).

2. Application en l'espèce des principes susmentionnés

214. La Cour relève que la présente affaire soulève la question préalable de l'applicabilité de l'article 1 du Protocole n° 1 aux faits en cause. Elle prend acte de ce que les parties ont des positions diamétralement opposées sur cette question, tout particulièrement en ce qui concerne le statut de l'embryon humain in vitro.

215. Elle estime toutefois qu'il n'est pas nécessaire de se pencher ici sur la question, délicate et controversée, du début de la vie humaine, l'article 2 de la Convention n'étant pas en cause en l'espèce. **Quant à l'article 1 du Protocole n° 1, la Cour est d'avis qu'il ne s'applique pas dans le cas présent. En effet, eu égard à la portée économique et patrimoniale qui s'attache à cet article, les embryons humains ne sauraient être réduits à des « biens » au sens de cette disposition.**

216. **L'article 1 du Protocole n° 1 n'étant pas applicable en l'espèce, cette partie de la requête doit être rejetée comme étant incompatible ratione materiae avec les dispositions de la Convention, au sens de l'article 35 §§ 3 et 4 de celle-ci.** »

Dans ses conclusions rendues à propos de l'affaire [CE, Ass., 31 mai 2016, Mme \[G\], n° 396848 Lebon](#), Mme Bretonneau relevait : « Mme [G] se prévaut de son droit au respect de sa vie privée, et non de quelque droit patrimonial sur les gamètes dont la Cour EDH a d'ailleurs expressément jugé qu'il ne pouvait pas exister (v. *Parillo c. Italie*, *infra*). »

Dans un commentaire de cet arrêt, le professeur Margunéaud⁹ estimait que le grief invoqué par la requérante d'atteinte à l'article 1^{er} du protocole n° 1 « *pouvait apparaître comme une provocation. En effet, soutenant que les embryons conçus par fécondation in vitro ne sauraient être considérés comme des « individus » puisque, en l'absence d'implantation, ils ne sont pas destinés à se développer pour devenir des fœtus et naître, Mme Parrillo en déduisait qu'ils étaient juridiquement des biens relevant de l'article 1er du Protocole n° 1 en sorte qu'elle aurait dû pouvoir les donner à sa guise. La Cour, comme on pouvait le prévoir et l'espérer, a jugé que, eu égard à la portée économique et patrimoniale qui s'attache à ce texte, les embryons humains ne sauraient être réduits à des « biens » entrant dans son champ d'application. Cette solution complète heureusement l'interdiction, par l'article 18 alinéa 2 de la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997 sur les droits de l'homme et la biomédecine, de la constitution d'embryons humains aux fins de recherche. Elle laisse cependant dans l'ombre un aspect patrimonial, invoqué par la requérante, tenant à l'obligation originale que lui fait la loi italienne de maintenir les embryons in vitro en état de cryoconservation jusqu'à leur mort. Or, le stockage des embryons in vitro par la banque cryogénique du centre où ils ont été créés a un coût que rien n'empêcherait de mettre un jour à la charge de la requérante pour une période illimitée (V. l'opinion dissidente du juge Sajo). En l'absence de données précises tant sur le coût de conservation des embryons in vitro que sur leur espérance de vie quand leur cryogénéisation est surveillée avec une attention rigoureuse, il est permis de se demander si des implications patrimoniales incalculables ne sont pas de nature à fausser le choix des porteurs d'un projet parental que la mort prématurée de l'un d'eux a empêché de réaliser. »*

Les professeur Sudre¹⁰ indiquait quant à lui que c'est « à juste titre » que la CEDH a affirmé que l'embryon humain n'est pas un bien au sens de l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1.

Par ailleurs, comme rappelé ci-dessus, dans sa décision du 12 novembre 2019 ([n° 23038/19](#)), la CEDH a jugé irrecevable la requête de Mme [I], déposée à la suite de l'ordonnance du Conseil d'Etat du 4 décembre 2018 en relevant en particulier qu'aussi respectable que soit son aspiration personnelle à la continuité de la parenté génétique, la Cour ne saurait considérer qu'elle entre dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention. Celui-ci ne comprend pas le droit de fonder une famille et ne saurait englober, en l'état de sa jurisprudence, le droit à une descendance pour des grands-parents.

En l'espèce la cour d'appel a retenu que le refus de restitution des gamètes de son fils opposé à Mme [I] se rattache aux prérogatives de l'APHP puisqu'il procède de la stricte application des dispositions de l'article R. 2141-18 du code de la santé publique, qui prévoit expressément qu'il est mis fin à la conservation des gamètes ou des tissus germinaux en cas de décès de la personne, que cette décision ne porte aucune atteinte à son droit de propriété, dès lors que celui-ci est inexistant, que la qualification de bien meuble, à la supposer exacte, est sans incidence sur leur possibilité d'appropriation au

⁹ JP Margunéaud, Les embryons in vitro entre les balances de la justice européenne et les éprouvettes des chercheurs, RTD Civ., 2015, p. 830

¹⁰ F. Sudre, Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, chron., JCP, G, n° 3, 18 janvier 2016, doctr., p. 65

profit d'un tiers, que sur leur transmissibilité par voie successorale, contredite formellement par les textes. Elle a constaté que, bien que saisie sur un autre fondement, la CEDH, en rejetant la requête de Mme [I], le 12 novembre 2019, a jugé que le sort des gamètes déposés par un individu concerne son droit à décider de quelle manière et à quel moment il souhaite devenir parent et relève de la catégorie des droits non transférables. Elle en a déduit, qu'en l'absence d'extinction du droit de propriété de Mme [I], et la décision se rattachant à une prérogative de l'administration, aucune voie de fait n'était constituée et que le juge judiciaire était par suite incompétent pour connaître du litige.

Mme [I] soutient dans **une première branche** que l'article R. 2141-18 du code de la santé publique est contraire au premier protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En se fondant sur cette disposition pour décider que le refus de restitution des gamètes constituait une décision qui se rattache aux prérogatives de l'APHP puisque procédant de la stricte application de l'article R. 2141-18 du code de la santé publique, la cour d'appel aurait violé la loi des 16-24 août 1790, la loi du 24 mai 1872, le décret du 16 fructidor an III et le premier protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Elle fait valoir dans une **deuxième branche** que l'article R. 2141-18 du code de la santé publique est contraire au premier protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle soutient que [X] [C], ayant été propriétaire de ses gamètes, en a transmis la propriété à sa mère. En décidant le contraire motif pris de ce que le don est expressément réservé à la décision de leur déposant et de lui seul, circonstance prévue par le seul article R. 2141-18 du code de la santé publique la cour d'appel aurait violé la loi des 16-24 août 1790, la loi du 24 mai 1872, le décret du 16 fructidor an III et le premier protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Elle affirme dans une **troisième branche** qu'en se plaçant exclusivement sur le terrain de l'extinction du droit de propriété des gamètes, pour écarter l'existence d'une voie de fait, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la destruction des gamètes par le CECOS ne portait pas atteinte à la liberté individuelle de pouvoir procréer exprimée de son vivant par [X] [C] et poursuivie, selon le souhait de celui-ci par sa mère, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard de l'article 66 de la Constitution, la loi des 16-24 août 1790, la loi du 24 mai 1872, du décret du 16 fructidor an III et du premier protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans le MD, l'APHP soutient que les deux premières branches sont irrecevables comme nouvelles, Mme [I] n'ayant pas soutenu devant la cour d'appel que l'article R. 2141-18 du code de la santé publique méconnaîtrait les stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle ajoute que ces moyens ne sont pas de pur droit. Elle fait valoir, en outre, que ces deux branches seraient inopérantes comme s'attaquant à des motifs surabondants, dès lors que la cour d'appel a légitimement exclu une privation de propriété, et qu'elle n'avait pas à s'interroger sur l'existence d'une atteinte à la liberté individuelle. Elle ajoute que le juge de la mise en état s'est expressément fondé sur les dispositions de l'article 16-1 alinéa 3 du code civil, disposant que les produits du corps humain ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial, pour écarter

l'existence d'une voie de fait, et qu'il n'est pas soutenu que l'article 16-1 alinéa 3 du code civil serait contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Elle soutient, qu'en tout état de cause, les deux premières branches ne sont pas fondées, dès lors qu'il est certain que la décision litigieuse se rattache aux pouvoirs de l'administration et qu'à supposer même que l'article R. 2141-18 du code de la santé publique soit inconstitutionnel, il pourrait seulement en résulter l'illégalité de la décision prise par l'administration, cette seule circonstance ne permettant pas de caractériser une voie de fait. Elle ajoute que la CEDH a jugé à propos du présent litige que le sort des gamètes déposés par un individu, concerne son droit à décider de quelle manière et à quel moment il souhaite devenir parent et relève de la catégorie des droits non transférables et que n'est donc pas en cause un droit de propriété ce qui exclut l'application de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel.

S'agissant de la troisième branche, l'APHP fait valoir qu'il n'a jamais été soutenu que la voie de fait serait constituée au titre d'une atteinte à la liberté individuelle et que la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée. En tout état de cause elle soutient que la liberté individuelle concernée par la voie de fait est celle visée par l'article 66 de la Constitution, soit la privation de liberté par l'effet d'une mesure telle que la garde à vue, la rétention administrative des étrangers ou l'hospitalisation sans consentement, et que la liberté invoquée par le moyen ne relève pas du champ d'application de cet article.

Il appartiendra d'apprécier la pertinence du moyen à l'aune de ce qui précède.

5 - Orientation proposée : Formation de section