

**AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ**  
**ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES**  
**FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE**



## **LA SOUFFRANCE ET LE DROIT**

Thèse pour le doctorat en droit privé  
présentée et soutenue le 1<sup>er</sup> décembre 2020 par :

**Augustin BOULANGER**

**Sous la direction de Monsieur Alain SÉRIAUX**

Membres du jury :

Monsieur **Jean-René BINET**  
Professeur à l'Université de Rennes 1

Madame **Anne LEBORGNE**  
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Monsieur **Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ**  
Professeur à l'Université Savoie Mont Blanc

Monsieur **Alain SÉRIAUX**  
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Monsieur **François VIALLA**  
Professeur à l'Université de Montpellier



L'Université d'Aix-Marseille n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à son auteur.



*À mon épouse,*

*À mes enfants,*



*Je remercie vivement le Professeur Alain Sériaux pour sa disponibilité, sa confiance, ses conseils et son exigence, grâce auxquels ce travail a pu voir le jour. J'ai à son égard une dette de reconnaissance à honorer.*

*Je remercie La Maison (Gardanne) de m'avoir accueilli pendant 3 ans dans le cadre de mes recherches, ainsi que Jean-Baptiste Prévost et Catherine Wong pour les échanges que nous avons eus et le temps qu'ils y ont consacré.*

*J'adresse enfin mes remerciements à mes relecteurs, qui, par le temps qu'ils m'ont accordé et la qualité de leurs remarques, ont contribué à la finition de ce travail.*





## Liste des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJ. fam.	Actualité juridique Famille
AJ. pén.	Actualité juridique Pénal
al.	Alinéa
Ann. méd. psychol.	Annales médico-psychologiques
art.	Article
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
C. civ.	Code civil
C. pén.	Code pénal
C. trav.	Code du travail
Cass.	Cour de cassation
Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
ch. mixte	Une chambre mixte de la Cour de cassation
chron.	Chronique
circ.	Circulaire
civ.	Une chambre civile de la Cour de cassation
com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPC	Code de procédure civile
crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Recueil Dalloz
Décr.	Décret
D. H.	Dalloz Hebdomadaire
dir.	Sous la direction de
doctr.	Doctrine
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. soc.	Droit social
éd.	Édition
<i>et. al.</i>	Et autres
Fasc.	Fascicule
févr.	Février
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>in</i>	Dans

<i>infra</i>	Ci-dessous
janv.	Janvier
JCI	JurisClasseur
JCP A	La Semaine juridique, édition Administration et collectivités territoriales
JCP E	La Semaine juridique, édition Entreprises et affaires
JCP G	La Semaine juridique, édition Générale
JCP N	La Semaine juridique, édition Notariale et immobilière
JCP S	La Semaine juridique Social
JO AN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
JO	Journal officiel de la République française
juill.	Juillet
L.	Loi
Lebon	Recueil Lebon
LEH	Les Études Hospitalières
LGDJ	Librairie générale du droit et de la jurisprudence
Liv.	Livre
LPA	Les Petites Affiches
Méd. & Droit	Médecine & Droit
n°	Numéro
nov.	Novembre
obs.	Observations
oct.	Octobre
<i>op. cit.</i>	Opere citato
Ord.	Ordonnance
p.	Page
préc.	Précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses universitaires de Rennes
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
rapp.	Rapport
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
réf.	Référé
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
RJPF	Revue juridique personnes et famille
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Sirey
s.	Suivants
sept.	Septembre
soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	Spécialement
<i>supra</i>	Ci-dessus
trad.	Traduction
V°	Verbo

# Sommaire

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
<b>PARTIE 1 : L'AVOIR MAL .....</b>	<b>28</b>
<i>Titre 1 : Des souffrances à réparer .....</i>	<i>31</i>
Chapitre 1 : Les souffrances d'origine physique .....	33
Chapitre 2 : Les souffrances d'origine morale .....	55
<i>Titre 2 : Des souffrances à conjurer .....</i>	<i>115</i>
Chapitre 1 : Les moyens ordinaires de conjuration des souffrances.....	119
Chapitre 2 : Les moyens extraordinaires de conjuration des souffrances.....	139
<b>PARTIE 2 : L'ÊTRE MAL .....</b>	<b>161</b>
<i>Titre 1 : L'être mal et la vie .....</i>	<i>165</i>
Chapitre 1 : L'être mal imputable .....	167
Chapitre 2 : L'être mal non-imputable .....	245
<i>Titre 2 : L'être mal et la mort .....</i>	<i>289</i>
Chapitre 1 : L'apaisement du mal-être par la reconnaissance juridique de l'enfant mort-né .....	295
Chapitre 2 : L'apaisement du mal-être par la reconnaissance d'un état .....	311
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE.....</b>	<b>333</b>



## Introduction

« L'homme, né de la femme, a la vie courte, mais des tourments à satiété. Pareil à la fleur, il éclot puis se fane, il fuit comme l'ombre sans arrêt ».

Job, 14 ; 1-2.

**1. Expression de la souffrance.** La souffrance est une expérience commune à tous les hommes. Dans l'Ancien Testament, Job est la figure de l'homme souffrant. Il était « intègre et droit, craignait Dieu et se gardait du mal »<sup>1</sup>. Confronté à la perte de ses biens, de ses serviteurs et de sa famille, Job endure le mal et déclare : « Nu, je suis sorti du sein maternel, nu j'y retournerai »<sup>2</sup>. Éprouvé par la souffrance, Job ne le reproche pas à Dieu, restant fidèle à ses principes. Manifestement, « si le Seigneur consent à éprouver Job par la souffrance, il le fait pour montrer la justice de ce dernier. La souffrance a un caractère d'épreuve »<sup>3</sup>. Elle n'épargne personne.

L'expérience la plus commune de la souffrance est liée à la maladie. Comme l'indique son étymologie, celle-ci révèle le mauvais état du corps ou de l'âme<sup>4</sup>. Claire Marin dresse le portrait de l'homme qui s'y trouve confronté dans un ouvrage qu'elle a intitulé *Hors de moi*. À travers la maladie, c'est la souffrance qu'elle y présente. Depuis que le médecin a posé le diagnostic, l'homme qu'elle décrit emprunte un chemin de traverse. L'annonce de la maladie sonne le début « d'une vie à contre-courant »<sup>5</sup>. « On roule sur la bande d'arrêt d'urgence. On est pris dans un étau »<sup>6</sup>. Cette trajectoire inhabituelle est celle des habitudes à redéfinir, des traitements à prendre, des périodes d'hospitalisation. Ces changements bouleversent la vie du malade, qui doit revoir ses projets sous un angle nouveau, même s'il ne l'exprime pas toujours

---

<sup>1</sup> Job, 1 ; 1.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 1 ; 21.

<sup>3</sup> JEAN-PAUL II, *Le sens chrétien de la souffrance*, éd. Pierre TÉQUI, 2012, p. 22.

<sup>4</sup> Du latin *male habitus*, ce qui signifie « qui se trouve en mauvais état ».

<sup>5</sup> C. MARIN, *Hors de moi*, éd. J'ai lu, 2013, p. 13.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 9.

comme tel à ceux qui le visitent. « Parfois, je parle au futur. Je joue sans faille mon rôle social. Il le faut. Sinon personne ne me supporterait plus. Mais certains savent entendre autre chose que ce discours policé »<sup>7</sup>. C'est aussi le regard des autres qui change, car le mal qu'ils observent leur rappelle leur vulnérabilité. Le regard se veut plus lointain. La souffrance « fait peur et éloigne. Elle lasse, elle inquiète, elle creuse la distance »<sup>8</sup>. La trajectoire empruntée par le malade est comme un sentier tortueux. La maladie et les soins qu'elle impose entraînent leur cortège de douleurs. La personne souffre seule, ne pense à rien d'autre. Elle ne parvient pas à exprimer ce qu'elle sent. « Il y a une ivresse de la douleur. Dans l'intensité de la crise et celle du soulagement lorsqu'elle cesse. Il y a une jouissance inexplicable dans cette sensation violente qui suspens tout, coupe tous les liens, répudie le monde extérieur »<sup>9</sup>.

**2. Notion de souffrance.** La souffrance se vit dans l'intimité d'une âme. Elle se définit comme l' « état de celui qui souffre, qui éprouve une peine de corps ou d'esprit ». Le terme vient du latin *sufferre* qui signifie endurer, supporter une épreuve pénible, subir. Cela indique que la souffrance engage l'existence, qui porte le poids des sentiments désagréables. S'il peut n'y avoir qu'un simple froissement, il peut aussi arriver en certaines circonstances que l'existence ne soit plus que souffrance. Dans cette épreuve, l'homme fait l'expérience du manque, puisqu'il « se trouve privé d'un bien auquel il aspire »<sup>10</sup>. Selon une division établie par Aristote, il existe trois sortes de biens : les biens extérieurs, les biens du corps et les biens de l'âme<sup>11</sup>. Si ces derniers sont les plus importants dans la hiérarchie aristotélicienne, il n'en reste pas moins que la souffrance peut naître chaque fois que l'un d'eux est perdu. Les biens extérieurs, qui contribuent à la richesse matérielle des hommes, sont non seulement indispensables à la concrétisation d'un certain nombre d'entreprises, mais peuvent être aussi l'objet d'attachement<sup>12</sup>. Ces biens venant à manquer, la vie bascule. Toutefois, l'ampleur du bouleversement dépend de la mise en pensée de l'expérience vécue. Selon le philosophe Paul Ricoeur, il convient de réserver « le terme souffrance à des affects ouverts sur la réflexivité, le langage, le rapport à soi, le rapport à autrui, le rapport au sens, au questionnement »<sup>13</sup>. Ce qui

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>10</sup> JEAN-PAUL II, *Le sens chrétien de la souffrance*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>11</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Liv. I, chap. 8, éd. J. Vrin, 1987.

<sup>12</sup> *Ibid.*, Liv. I, chap. 9.

<sup>13</sup> P. RICOEUR, « La souffrance n'est pas la douleur », in *Souffrance et douleur – Autour de Paul Ricoeur*, C.

fait mal est la prise de conscience de ce qui nous heurte. Or, cette intériorisation dépend de plusieurs facteurs. L'on supporte différemment ce qui fait mal selon la société à laquelle on appartient, la culture, l'éducation reçue, les parcours de vie, et, en particulier, les expériences pénibles ou douloureuses déjà rencontrées. Dans ces conditions, la souffrance n'est autre qu'une « construction sociale »<sup>14</sup>, qui, ramenée au sujet qui l'éprouve, est unique.

L'état de souffrance est une menace pour l'homme, car il souffre dans le monde, tout en lui devenant étranger. En effet, la souffrance est une expérience incommunicable, incompréhensible pour autrui. Le philosophe Jean-Philippe Pierron affirme que « souffrir appelle à un déchiffrement de soi au cœur de son déchirement »<sup>15</sup>. L'homme fait l'expérience, plus ou moins édifiante selon les cas, de l'effondrement de son être, du fait de la paralysie de son action. Il peut se trouver éloigné ou mis à distance de la collectivité, de son entourage et, en fin de compte, de lui-même. « Les possibilités d'action, de réflexion et de délibération »<sup>16</sup>, sont entravées. Si l'état de souffrance n'est pas sans danger pour l'homme, nous pouvons observer qu'il ne l'est pas non plus pour la collectivité, dont la cohésion se trouve mise à mal. Son maintien dépendra alors de la capacité du groupe à intégrer le souffrant. L'effort à entreprendre sera « immense ou dérisoire selon les circonstances »<sup>17</sup>, de même intensité que la souffrance ressentie.

**3. Une souffrance humaine.** Néanmoins, il y a lieu de se demander si la souffrance est propre à l'homme. Depuis plusieurs années, sous l'impulsion d'organisations et de mouvements défenseurs de la cause animale, il est question de la « souffrance » que les animaux pourraient éprouver. Cette souffrance animale est-elle de même nature que la souffrance humaine ? Jusqu'à une époque récente, la conception dominante était celle de l'animal-machine, dépourvu de toute sensibilité, qui ne répondait aux stimulations que par des réflexes. Une certaine protection lui a tout de même été reconnue depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, qui s'explique moins par la prise en considération de sa capacité à ressentir des *stimuli* douloureux que par une démarche compassionnelle. La loi Grammont, adoptée en 1850, a ainsi assuré une protection aux animaux domestiques contre les mauvais traitements qu'ils recevaient, par un dispositif

---

MARIN, N. ZACCAI-REYNERS (dir.), PUF, 2013, p. 14.

<sup>14</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie de la douleur*, éd. Métailié, 2006, p. 107.

<sup>15</sup> J.-P. PIERRON, « Douleur, souffrance et mal », *Méd. palliat.* 2009, n° 8, p. 43.

<sup>16</sup> A. RODRIGUEZ, « La souffrance », *Éth. & Santé* 2004, p. 65.

<sup>17</sup> D. LE BRETON, « Douleur et sens : les modulations de la souffrance », *Douleurs* 2010, p. 178.

destiné à sanctionner pénalement leur auteur<sup>18</sup>. Il a fallu attendre la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle pour que la sensibilité de l'animal fût reconnue scientifiquement. Non seulement les animaux ont des sensations douloureuses, mais ils expriment en réaction certaines émotions. Il y a chez l'animal une âme sensitive. Madame Falaise évoque à ce sujet des « capacités émotionnelles semblables à celles des hommes qui leur permettent de ressentir et d'exprimer des états mentaux tels que la douleur, le plaisir, la satisfaction, la souffrance »<sup>19</sup>. Il y aurait même, pour certains d'entre eux, une « capacité de conscience et de projection de soi et de leurs désirs »<sup>20</sup>. Cette évolution a eu une traduction juridique. Alors que le Code Napoléon considérait l'animal comme un bien meuble, le législateur a manifesté le souci de le distinguer des choses en raison de cette sensibilité. L'animal est présenté depuis 1976 comme un « être sensible »<sup>21</sup>, et le Code civil énonce à présent qu'il est un « être vivant doué de sensibilité », même s'il demeure « soumis au régime des biens »<sup>22</sup>.

Toutefois, la reconnaissance scientifique et juridique de la sensibilité de l'animal n'est pas suffisante pour soutenir qu'il existe une identité de nature entre la souffrance animale et la souffrance humaine. En effet, cette dernière implique une mise en pensée de ce qui a été vécu. Or, le propre de l'homme est d'être en capacité de penser. Il a une âme spirituelle, qui lui permet d'avoir pleinement conscience de ce qu'il vit. Au contraire, l'âme sensitive de l'animal ne lui offre qu'« une conscience de soi minimale »<sup>23</sup>. L'homme et l'animal sont des êtres vivants et sensibles, mais l'âme spirituelle de l'homme donne à celui-ci de pouvoir vivre pleinement l'expérience de la souffrance. Cela a pour conséquence, selon Blaise Pascal, que « quand l'univers l'écraserait, l'homme serait encore plus noble que ce qui le tue puisqu'il sait qu'il meurt et l'avantage que l'univers a sur lui, l'univers n'en sait rien. Toute notre dignité consiste donc en la pensée »<sup>24</sup>. Aussi, à proprement parler, il n'y a de souffrance qu'humaine, car la souffrance ne se limite pas à une perception, à un « ressenti pénible »<sup>25</sup> qui correspond à « la

---

<sup>18</sup> L. 2 juill. 1850, Rec. Duvergier, p. 299.

<sup>19</sup> M. FALAISE, « Protection animale et bien-être animal : une prise en compte croissante par le législateur et le citoyen », *AJCT* 2020. 116.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> L. n° 76-629, 10 juill. 1976, *JO* 13 juill.

<sup>22</sup> L. n° 2015-177, 16 févr. 2015, *JO* 17 févr.

<sup>23</sup> F. MARCHADIER, « La protection du bien-être de l'animal par l'Union européenne », *RTD eur.* 2018. 251.

<sup>24</sup> B. PASCAL, *Pensées*, éd. Gallimard, coll. Folio Classique, 2004, frag. 186, p. 161.

<sup>25</sup> D. LE BRETON, « Douleur et sens : les modulations de la souffrance », préc.



souffrance encore à son niveau élémentaire »<sup>26</sup>, elle suppose au-delà la pensée de celui qui la vit, la traduit. « Dans souffrance, il faut entendre sens »<sup>27</sup>. Finalement, dans les mauvais traitements à animaux, ces derniers ressentent certainement la douleur, mais c'est l'homme qui souffre par compassion, et c'est cela qui explique le mieux le prononcé de sanctions pénales à l'encontre de ces personnes maltraitantes. Par cette approche, l'on évite aussi les anthropomorphismes, qui sont trop souvent à la base de ces législations protectrices des animaux.

**4. La souffrance comme passion.** Considérée comme un déchirement de soi, la souffrance est en principe subie par la personne. Elle s'impose sans laisser aucune faculté de consentement. « L'expérience de la souffrance, c'est en partie subir ce qui arrive »<sup>28</sup>. Cela signifie que cette expérience présente une incontournable dimension passive. David Le Breton l'explique en soulignant que « la souffrance a toujours à voir avec l'impuissance, elle est surgissement de l'intolérable, elle intervient dès lors que la douleur entame son travail d'érosion et ruine les capacités de résistance de l'individu »<sup>29</sup>. Dans certaines circonstances, des personnes se font du mal à elles-mêmes, ce qui interroge la notion de souffrance. C'est le cas par exemple du sadomasochiste. La personne se confronte à elle-même, cherche à dépasser ses propres limites à travers l'expérience de la douleur. Cela s'inscrit fréquemment dans une perspective d'épanouissement. Cette expérience est voulue et reste en principe sous le contrôle de la personne, qui peut à tout moment y mettre fin. L'on tend alors à sortir du champ de la souffrance. Choisir sa douleur, c'est en réalité renoncer à souffrir, car souffrir appelle cette dimension passive. « La douleur auto-infligée et contrôlée désamorce la souffrance qui justement échappe à toute maîtrise »<sup>30</sup>. Seule une « parcelle dérisoire de souffrance »<sup>31</sup> subsiste alors. La situation du sportif s'inscrit en partie dans cette approche, puisqu'il se confronte à la douleur dans une perspective d'épanouissement. Cependant, la douleur qu'il s'impose n'est pas recherchée en elle-même à la différence du sadomasochiste ; elle est acceptée comme un pis-aller, parce qu'il faut bien en passer par là. La figure du martyr, qui meurt pour une cause qui

---

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> C. PERROTIN, « Perspective », in *La douleur et la souffrance*, C. PERROTIN et M. DEMAISON (dir.), Les Éditions du Cerf, 2002, p. 19.

<sup>29</sup> D. LE BRETON, « Douleur et sens : les modulations de la souffrance », préc., p. 180.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 179.

lui paraît juste, ou celle du Christ, dont le *Credo* nous enseigne qu'il « souffrit sa passion », s'inscrit dans cette optique, dans la mesure où la douleur ressentie est acceptée mais non recherchée. Dans ces hypothèses, il n'y a pas qu'une douleur, il y a bien une souffrance.

**5. La souffrance comme droit subjectif.** Au cours de ces dernières années, un droit de la personne de s'imposer une douleur à elle-même a été reconnu. Après tout, les hommes n'ont-ils pas un droit de se faire mal au nom d'un principe d'autonomie personnelle ? Ce dernier a été dégagé par la CEDH dans un arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni*<sup>32</sup>. Il « reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 » de la Convention. Selon ce principe, la personne est libre de ses choix, de la manière par laquelle elle conduit sa vie. Elle s'autodétermine. Cela entre dans le champ de la vie privée. Aussi, n'est-il pas possible de s'exposer volontairement à des douleurs dans la sphère privée ? Un contentieux a concerné les pratiques sadomasochistes. Dans un cadre privé, des personnes se sont volontairement exposées à des violences d'ordre sexuel. La question s'est posée de savoir si l'immixtion de l'État par la répression de ces comportements était justifiée. Alors qu'en 1997 la CEDH avait considéré que les condamnations pénales prononcées contre les auteurs de ces violences n'étaient pas contraires à l'article 8 de la Convention<sup>33</sup>, elle a opéré un revirement de sa jurisprudence en 2005 dans une affaire similaire. Initialement, elle avait soutenu que l'immixtion de l'État était justifiée par la protection de la santé publique. En 2005, elle fait prévaloir le principe d'autonomie personnelle<sup>34</sup>. Dans une société démocratique, chacun doit pouvoir s'exposer librement à des douleurs dans un cadre privé. La volonté justifie l'atteinte à l'intégrité physique de la personne, faisant ainsi obstacle à la poursuite pénale de son auteur. Cette position a été logiquement critiquée. Cela ne revient-il pas à faire du sadisme un droit de l'homme ?<sup>35</sup> Au regard des principes qui gouvernent notre droit, cette approche est discutable. La personne n'a pas la maîtrise de son corps en raison de l'indisponibilité du corps humain. Si elle peut se faire du mal à elle-même, elle ne peut consentir à ce qu'autrui porte atteinte à son intégrité physique que dans une perspective médicale. Aux termes de l'article 16-3 du Code civil, « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou

---

<sup>32</sup> CEDH, 29 avr. 2002, aff. *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61.

<sup>33</sup> CEDH, 19 févr. 1997, aff. *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, n° 21627/93 ; *D.* 1998. 97, note LARRALDE ; *RTD civ.* 1997. 1013, obs. MARGUÉNAUD.

<sup>34</sup> CEDH, 17 févr. 2005, aff. *K.A. et A.D. c/ Belgique*, n°s 42758/98 et 45558/99 ; *D.* 2006. 1206, obs. GALLOUX ; *RTD civ.* 2005. 341, obs. MARGUÉNAUD.

<sup>35</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005. 2973.

à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement [...] ». Hormis les soins devant être délivrés aux autres ou à soi-même, la personne ne saurait autoriser aucune autre forme d'atteinte à son intégrité physique. « Du corps humain l'intégrité doit être préservée, y compris, le cas échéant, contre la tentation de l'autodestruction »<sup>36</sup>. En matière pénale, il est admis par principe que le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif. Une condamnation pour homicide ou pour coups et blessures peut ainsi être prononcée contre son auteur malgré le consentement de celle-ci. Selon le Professeur Bernard Bouloc, « la loi pénale étant d'ordre public et édictée dans un intérêt social, la victime ne peut pas, par sa volonté et pour un intérêt privé, en paralyser l'application »<sup>37</sup>. L'importance prise par la notion d'autonomie personnelle est donc problématique, qui aboutit à « un véritable retournement dans la protection assurée par les droits de l'homme : elle est invoquée en effet non plus pour *sanctionner*, mais au contraire pour *justifier* des atteintes aux droits de l'homme »<sup>38</sup>. Il y a comme une dilution du droit en présence d'une volonté humaine. Compte tenu des fragilités inhérentes à la volonté, des nombreuses influences dont elle peut être le siège<sup>39</sup>, c'est lui accorder une valeur démesurée. Cela pourrait finir par se retourner contre les hommes.

Dans cette hypothèse, le mal que s'inflige la personne est voulu et contrôlé par celle-ci, ce qui est de nature à neutraliser la souffrance. S'il en reste malgré tout une parcelle<sup>40</sup>, celle-ci est appréhendée comme un bien pour la personne, et non vécue comme le manque d'un bien auquel elle aspirerait. Faire du droit de s'infliger un mal un droit subjectif revient à faire de la

---

<sup>36</sup> B. TEYSSIÉ, *Droit des personnes*, LexisNexis, coll. Manuel, 20<sup>e</sup> éd., 2018, n° 90.

<sup>37</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 26<sup>e</sup> éd., 2019, n° 447.

<sup>38</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », préc.

<sup>39</sup> S. AMAR, A. BOULANGER, S. MOISDON-CHATAIGNER, J.-P. PIERRON, « Le choix du traitement médical : dialogue entre juristes, psychologue et philosophe », *RJPF* 2020-3/2, p. 13. Le psychologue Stéphane Amar fait un développement sur la volonté des hommes. Il évoque l'« écart possible entre une demande et un désir », les contradictions des hommes, donnant l'exemple du patient qui peut réclamer une euthanasie « tout en se plaignant de ne pas avoir reçu son traitement antidiabétique ». Selon cet auteur, « cela pose clairement la question des possibilités [...] de prendre réellement en compte la demande inscrite dans toute sa complexité psychique, et singulièrement dans sa dimension inconsciente en tant que celle-ci constitue et co-anime le sujet, parfois à son insu même. Dans cette idée, se pose la question du statut de la volonté et de sa représentativité partielle du sujet ». Un parallèle est à faire avec les pratiques sadomasochistes où le désir est susceptible de prendre le pas sur la volonté, spécialement lorsque la personne a consommé de grandes quantités d'alcool, ce qui est rapporté dans ces affaires, y compris chez les victimes jugées « consentantes ». Alors, la volonté se trouve nécessairement obscurcie.

<sup>40</sup> D. LE BRETON, « Douleur et sens : les modulations de la souffrance », préc., p. 179.

souffrance un bien, une source de bonheur ou de jouissance. Alors, aucune distance ne sépare le droit de la souffrance. Or, c'est dans cette distance que nous serons en mesure de comprendre la manière par laquelle le droit appréhende la souffrance. Aussi, il convient de s'intéresser à cette distance qui les sépare, et donc à d'autres aspects.

**6. Le droit face à la souffrance. La prophylaxie.** Le droit, qui se définit comme un « ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société »<sup>41</sup>, n'appréhende la souffrance que dans sa dimension sociale : celle que l'un inflige à l'autre, celle que l'un enlève, ou soulage, chez l'autre. Dans les deux cas, le droit s'introduit pour réguler ces types de rapports. Compte tenu du risque d'isolement dans lequel la souffrance est susceptible de placer celui qu'elle tient, l'intervention du droit présente une réelle utilité pour la collectivité qui se trouve alors menacée de fragmentation.

L'on distingue deux sortes de régulations. La première est celle par laquelle les autorités publiques imposent ou, au contraire, empêchent la souffrance. Par les peines appliquées aux délinquants, par la lutte contre la pénibilité excessive du travail, par la vaccination obligatoire ou encore par la mise en œuvre de mesures de confinements, le droit s'attache à réguler directement la souffrance. C'est lui qui la suscite ou l'interdit. L'on est typiquement dans la prophylaxie sociale, plutôt d'ordre public et de droit public. Dans tous les cas, il s'agit d'une juste souffrance qui, en tant que telle, est absorbée par le droit. Ce dernier est alors source de souffrance. C'est un beau sujet, mais qui relève davantage de la philosophie du droit.

La seconde est celle par laquelle le droit réagit à la souffrance déjà présente, qui est un fait accompli. C'est la souffrance de la victime d'un dommage, c'est celle du malade. Le droit règle la réparation aussi bien que les traitements et soins à dispenser. Quelle que soit l'hypothèse envisagée, le droit cherche à répondre à une souffrance née en dehors de lui. Il la mesure, pour la réparer ou la soulager adéquatement. La souffrance est ainsi appréhendée en tant que telle, objectivement ; le droit cherche seulement à l'appréhender à sa manière, avec ses propres concepts, au risque peut-être de la déformer. C'est cet aspect-là qui nous intéresse dans la mesure où il justifie l'intitulé : « la souffrance (d'un côté) et le droit (de l'autre) ».

**7. La souffrance réparée. Le choix de la punition du coupable.** Le droit a pris en considération la souffrance infligée par une personne à une autre. Le droit s'y intéresse pour l'empêcher, mais surtout pour réagir. Une première réaction à la souffrance a consisté à sanctionner le coupable. Une souffrance lui est imposée en retour. Conçue pour aider le

---

<sup>41</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, V<sup>o</sup> Droit, p. 333.

coupable à s'amender, elle doit être considérée comme un bien pour l'intéressé. Mais elle l'est aussi pour la victime, qui peut y trouver une satisfaction. Il y a parmi les fonctions traditionnelles de la peine la « rétribution »<sup>42</sup>, qui est une réponse au mal causé à celle-ci.

Initialement, la peine traduisait la vengeance du clan. Sous l'Antiquité romaine, au commencement de l'époque classique (V-IV<sup>e</sup> siècle av. J.-C.), on appliquait le talion, une loi primitive consistant à infliger au coupable une sanction équivalente au mal causé à autrui. Cette loi avait le mérite de juguler la vengeance qui, à l'origine, ne présentait aucune correspondance avec le trouble. Afin de laver l'affront, le clan y réagissait sans mesure, au risque de susciter des réactions en chaîne. La limitation de la vengeance était indispensable à son maintien<sup>43</sup>. Dans le cadre du talion, les hommes répondaient à la souffrance causée par une souffrance de même intensité, ce qui était un progrès. Cette réaction n'en restait pas moins rudimentaire, qui s'explique par l'état de développement de la société. Les mœurs admettaient encore la vengeance. Selon Mantelet, « la civilisation n'a pas pénétré encore dans cette société, et le rude labeur des individus ne permet pas en eux l'éclosion de sentiments qui ne pourront naître que plus tard »<sup>44</sup>. Les conquêtes ont contribué à leur éclosion en permettant le rassemblement, autour d'intérêts communs, de familles ayant longtemps mené cette vie clanique. La loi du talion a fait l'objet d'assouplissements, parmi lesquels on retient la possibilité pour la victime de pardonner l'auteur de l'offense en lui accordant le rachat de la vengeance moyennant le versement d'une somme d'argent<sup>45</sup>. Avec le renforcement de l'État, la répression des délits a été encadrée légalement. Ces conditions devaient favoriser l'émergence des systèmes modernes de punition de la personne coupable : l'amende et l'emprisonnement.

Seulement, l'affaiblissement de l'État consécutif à la chute de l'Empire romain d'Occident a aussi été celui de la justice. Au cours du Bas Moyen Âge, dans la Gaule mérovingienne, il y a eu une résurgence de la vengeance, le coupable conservant la possibilité de « se racheter à prix d'argent »<sup>46</sup>. Si le Haut Moyen Âge a vu l'implantation de centaines de comtés au sein desquels la justice était rendue aux administrés, des abus ont été commis dont

---

<sup>42</sup> J.-P. CÉRÉ, Rép. pén. Dalloz, V<sup>o</sup> Peine : nature et prononcé, n<sup>o</sup> 4.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> A. MANTELET, *La réparation du préjudice moral*, Th. Paris, 1907, p. 31.

<sup>45</sup> J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Montchrestien, coll. Domat, 1998, p. 270. – Voir également J. POLACK, *Lésion aux sentiments d'affection*, th. Grenoble, 1942, p. 32-33.

<sup>46</sup> D. BLANCHET, J. PINARD, *Cours complet d'histoire de France*, Belin Frères, 1896, p. 54.

on ne sait pas s'ils « constituaient l'exception ou la règle ». <sup>47</sup> En s'appuyant sur les textes officiels de l'époque, notamment les capitulaires, un auteur a fait observer que « la répétition constante de l'interdiction d'accepter des cadeaux de la part des accusés ne laisse aucun doute sur la vénalité de ces juges » <sup>48</sup> dont certains se sont laissés « corrompre par des malfaiteurs avérés qu'ils soustraient alors au châtement » <sup>49</sup>. L'effacement de l'État au cours de la période féodale se traduit par la diminution « brusque et définitive » de « la force d'attraction de la cour comtale » <sup>50</sup> dès le début du XI<sup>e</sup> siècle. Les juridictions privées se sont développées, qui reposaient sur les liens de fidélité unissant le maître à son serf et les « relations économiques unissant seigneur et tenanciers » <sup>51</sup>. Territorialement, celles-ci restaient toutefois soumises à la justice rendue par les châtelains et les seigneurs ecclésiastiques. Cependant, dans la mesure où la justice qui y était rendue était conduite par une procédure accusatoire « toute barbare » <sup>52</sup> – pratiques des ordalies et des duels judiciaires comme moyens de preuve –, celui qui remportait le procès n'était pas nécessairement l'innocent. Au reste, il n'était pas rare que les propriétaires qui avaient entre eux quelque différend se déclaraient la guerre dans le but de se faire justice eux-mêmes. La difficulté à faire que l'un des propriétaires acceptât de renoncer à ses prétentions ou à recourir à l'arbitrage d'un autre seigneur mettait en lumière le fait que la « justice est intermittente, et impuissante souvent, car le perdant, au lieu de se soumettre, recommence la guerre » <sup>53</sup>. Partant, l'effacement de l'État était aussi celui du droit dans sa capacité à répondre à la souffrance infligée.

C'est par la « formation de la bourgeoisie » <sup>54</sup> et « les progrès de la royauté » <sup>55</sup> au cours du XIII<sup>e</sup> siècle que les systèmes modernes de sanction du coupable ont pu de nouveau s'imposer. C'est à saint Louis que l'on doit notamment d'avoir mis fin au duel comme moyen de rendre la justice en lui préférant le recours aux preuves et témoins car, disait-il, « bataille n'est pas voie

---

<sup>47</sup> J. DHONDT, M. ROUCHE, *Le Haut Moyen Âge*, éd. Bordas, coll. Études, 1976, p. 46.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> G. DUBY, *Hommes et structures du Moyen Âge*, éd. Mouton, 1973, p. 10.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>52</sup> D. BLANCHET, J. PINARD, *Cours complet d'histoire de France, op. cit.*, p. 92.

<sup>53</sup> C. SEIGNOBOS, *Histoire de la Civilisation au Moyen Âge et dans les Temps Modernes*, éd. G. Masson, 1887, p. 21.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 80 et s.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 86 et s.

de droit »<sup>56</sup>. À partir de ce moment, la peine n'exprimait plus la vengeance, qui ne pouvait plus avoir cours grâce au renforcement de l'État et au déploiement des services publics. Sa raison première est la punition du coupable, son châtement, qui aide à son amendement. Elle est aussi tournée vers sa réinsertion sociale.

Néanmoins, cette première réaction du droit à la souffrance n'était pas pleinement satisfaisante. Chaque fois que la souffrance est liée à la peine, elle est considérée comme un bien. « L'amendement du délinquant revient à le transformer en honnête homme et à le reclasser dans la société »<sup>57</sup>. Dans ce cas, il n'y a pas de distance entre le droit et la souffrance, celle-ci étant assimilée par le droit. En infligeant à la personne coupable d'avoir fait souffrir autrui une souffrance en retour, le droit se confond avec elle et s'y épuise. Partant, c'est dans d'autres aspects que nous serons en mesure de comprendre la manière par laquelle le droit saisit la souffrance.

**8. La souffrance réparée. Le choix de l'indemnisation de la victime.** Une autre réaction devait voir le jour, qui ferait la place à l'intérêt moral de la victime. Le droit a réagi à la souffrance infligée à autrui en accordant à la victime une indemnité compensatrice. Dans sa plus large acception, la souffrance est appréhendée comme préjudice moral, qui inclut toutes les atteintes au patrimoine moral de la personne. Ce patrimoine peut être défini comme « l'ensemble de notre vie intellectuelle, de notre vie affective »<sup>58</sup>. Le *pretium doloris* n'en est qu'une déclinaison dans la mesure où il correspond aux douleurs physiques et morales ressenties par la victime. Dans sa thèse consacrée à *La réparation du préjudice moral*, Givord l'avait relevé en indiquant que le préjudice moral comprend « le *pretium doloris* et le préjudice esthétique »<sup>59</sup>. La victime souffre en prenant conscience de ses douleurs, mais aussi de l'atteinte à la « qualité de [sa] vie »<sup>60</sup>. Aussi est-il réducteur de présenter le préjudice moral comme étant « le prix des larmes ou de la douleur »<sup>61</sup>, puisqu'il a vocation à intégrer « toute souffrance humaine »<sup>62</sup>.

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>57</sup> J.-P. CÉRÉ, Rép. pén. Dalloz, V<sup>o</sup> Peine : nature et prononcé, n<sup>o</sup> 8.

<sup>58</sup> J. GANOT, *La réparation du préjudice moral*, th. Paris, 1924, p. 5.

<sup>59</sup> F. GIVORD, *La réparation du préjudice moral*, th. Grenoble, 1938, n<sup>o</sup> 45.

<sup>60</sup> A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, coll. Manuels, 3<sup>e</sup> éd., 2018, n<sup>o</sup> 105.

<sup>61</sup> D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Le préjudice moral devant le conseil de prud'hommes », *Dr. soc.* 2017. 910.

<sup>62</sup> R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1951, n<sup>o</sup> 525.

Selon certains auteurs, c'est sous l'Antiquité romaine, grâce au renforcement de l'État, que des actions judiciaires ont été reconnues à ceux dont les intérêts étaient lésés, qui aboutissaient au versement d'une indemnité. Des civilistes, parmi lesquels on peut citer Ganot<sup>63</sup> et Polack<sup>64</sup>, ajoutaient foi aux affirmations de Jhering, qui convenait qu'« à Rome, le juge ou le magistrat avait pour mission de protéger à la fois, et les intérêts pécuniaires et les intérêts d'un ordre intellectuel tels que, l'*affectus*, la *verecundia*, la *pietas*, l'*amoenitas* »<sup>65</sup>. Cependant, il ne semble pas que les intérêts extrapatrimoniaux entraient en ligne de compte dans la détermination de la condamnation civile. Selon les romanistes, cela est même invraisemblable. Macqueron, qui a étudié de nombreux fragments du Digeste, affirme que « le droit romain classique n'admettait en aucun cas la réparation du préjudice moral causé par un acte illicite »<sup>66</sup>. Évoquant le délit d'injure, qui permettait d'indemniser la victime lorsque son intégrité physique, son honneur, sa réputation ou sa pudeur étaient atteints, l'auteur constate que cette action « respire la vengeance », et que la condamnation civile n'incluait pas tant le préjudice moral ou l'affection, que le « ressentiment que la victime était en droit d'éprouver »<sup>67</sup>. Évoquant ensuite l'action utile pour blessures à un homme libre<sup>68</sup>, Macqueron observe que « l'indemnité est calculée sans s'occuper du *pretium doloris* ni du préjudice esthétique, ni d'un préjudice d'affection quelconque »<sup>69</sup>. Allant plus loin dans sa démonstration, il envisage l'action exercée par la victime d'un dommage causé par un animal. Cette action dite *de pauperie* était dirigée contre son propriétaire. Macqueron constate, « ici encore, [que] le préjudice de caractère patrimonial est seul pris en considération »<sup>70</sup>, le Digeste affirmant que « le corps d'une personne

---

<sup>63</sup> J. GANOT, *La réparation du préjudice moral*, op. cit., p. 4.

<sup>64</sup> J. POLACK, *Lésion aux sentiments d'affection*, op. cit., p. 34.

<sup>65</sup> JHERING, *Œuvres choisies*, trad. Meulenaere, vol. II, Marescq, 1893, p. 155.

<sup>66</sup> J. MACQUERON, « L'intérêt moral ou d'affection dans les obligations délictuelles en droit romain », *Mél. Audinet*, PUF, 1968, p. 187. – Voir également en ce sens P. KAYSER, « Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain », *Mél. Macqueron*, 1970, p. 412. – Et, plus récemment, L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, Th. Poitiers, 1983, p. 9.

<sup>67</sup> J. MACQUERON, « L'intérêt moral ou d'affection dans les obligations délictuelles en droit romain », préc., p. 175-176.

<sup>68</sup> Dig. 9, 2, loi 7 : « Julien dit que le père fera condamner par cette action le maître à lui payer ce qu'il doit perdre sur le travail de son fils, à raison du préjudice que causera la perte de l'œil et les dépenses qu'il aura faites pour sa guérison ».

<sup>69</sup> J. MACQUERON, « L'intérêt moral ou d'affection dans les obligations délictuelles en droit romain », préc., p. 181.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 184-185.



libre n'admet pas d'estimation »<sup>71</sup>. Ce n'est donc pas sous l'Antiquité romaine qu'une nouvelle réaction du droit à la souffrance infligée à autrui s'est manifestée.

Le Moyen Âge n'a pas été une époque plus propice à cette manifestation, au moins à ses débuts. Le Haut Moyen Âge et le Moyen Âge central ont été marqués par un retour de la vengeance puis par l'installation d'une justice intermittente et défaillante, qui n'a pas permis la reconnaissance des intérêts moraux de la victime. Sans doute la « rudesse belliqueuse des mœurs du temps »<sup>72</sup> n'était pas de nature à favoriser l'éclosion de ces sentiments. Selon l'historienne Roselyne Rey, « dans une société essentiellement masculine, dominée par les hommes d'Église et les féodaux toujours en train de guerroyer, il n'y aurait pas eu de place pour la douleur, dont l'expression serait une affaire de femmes »<sup>73</sup>. Il a fallu attendre le XIII<sup>e</sup> siècle et son renouveau d'ordre intellectuel et moral pour qu'une distinction fût faite entre la répression et l'indemnisation. Selon le Professeur Jean-Marie Carbasse, « le droit à réparation pécuniaire des dommages personnels injustement subis – injures, au sens strict – ne fait aucun doute »<sup>74</sup>. Pour autant, ce droit présentait alors un caractère mixte comme l'a relevé Guyot au *Répertoire universel* en définissant la réparation civile comme « une somme de deniers qui s'adjuge à la partie civile, pour la dédommager du tort que le crime ou le délit lui a causé. Elle participe de la dette et de la peine ; de la dette, en ce que c'est une somme de deniers exigible ; et de la peine, en ce que c'est une punition qui naît de crime, lequel ne peut être apprécié »<sup>75</sup>. À cette époque, la réparation était fréquemment morale et civile, car, dans cette société, l'autorité du chef de famille s'inclinait devant « une autorité plus haute encore [...], que nul ne peut enfreindre, si ce n'est le roi ; c'est celle du seigneur »<sup>76</sup>.

Jusqu'à la Révolution française, ce mouvement, favorable à l'indemnisation de la victime, s'est poursuivi, sans rupture. De nombreuses décisions de justice citées au *Répertoire*

---

<sup>71</sup> Dig. 9, 1, loi 3.

<sup>72</sup> D. BLANCHET, J. PINARD, *Cours complet d'histoire de France, op. cit.*, p. 92.

<sup>73</sup> R. REY, *Histoire de la douleur*, éd. La Découverte, 2011, p. 59.

<sup>74</sup> J.-M. CARBASSE, B. AUZARY-SCHMALTZ, « La douleur et sa réparation dans les registres du Parlement médiéval (XIII-XIV<sup>e</sup> siècles) », in *La douleur et le droit*, J.-P. ROYER, J. POIRIER, B. DURAND (dir.), PUF, coll. Hors collection, 1997, p. 437.

<sup>75</sup> J.-N. GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. XV, V<sup>o</sup> Réparation civile, 1785, p. 193.

<sup>76</sup> A. MANTELET, *La réparation du préjudice moral, op. cit.*, p. 36-37.

*universel* en témoignent. Les femmes convaincues d'adultère<sup>77</sup>, et les hommes qui avaient entraîné une femme mariée avec un autre<sup>78</sup>, devaient réparer leurs torts. Les violations de sépultures, dans lesquelles se trouvaient parfois nombre de métaux précieux, généraient aussi un contentieux, certaines décisions mettant en lumière le caractère moral et civil de la réparation<sup>79</sup>. Dès cette époque, les juridictions admettaient la réparation du préjudice d'affection des victimes par ricochet en cas de décès de la victime principale, mais sous de strictes conditions<sup>80</sup>. Ce mouvement tendant à la réparation des souffrances de la victime ne fut

---

<sup>77</sup> J.-N. GUYOT, *op. cit.*, t. I, V<sup>o</sup> Adultère, p. 193. Par un arrêt rendu par le Parlement de Rennes le 17 novembre 1568, « une femme convaincue d'adultère fut condamnée à être fustigée et à faire amende honorable, quoique son mari voulût la reprendre, ce qu'on ne lui permit de faire qu'après qu'elle aurait subi la peine prononcée contre elle ».

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 195. Le *Répertoire* mentionne un arrêt du 17 octobre 1605 dans lequel « un particulier qui avait débauché une femme mariée, et l'avait retenue chez lui six ou sept mois, a été déclaré indigne de posséder à l'avenir aucun office, et condamné à un bannissement de cinq ans hors du Royaume, à une amende et à 4000 livres d'intérêts civils ».

<sup>79</sup> *Ibid.*, t. XVI, V<sup>o</sup> Sépulture, p. 242. Un arrêt du 10 février 1711 concerne une affaire dans laquelle les abbés et religieux de saint Waast de Moreuil avaient exhumé les corps des seigneurs de Créqui, afin de voler les plombs de leurs cercueils. Les ayants droits de la Maison de Créqui se sont constitués parties civiles. Aux termes de cet arrêt, « la Cour a condamné ledit Noël Crochet (c'était un des religieux) à être mené et conduit par l'exécuteur de la Haute justice, la corde au cou, tenant entre ses mains une torche de cire ardente du poids de deux livres, devant la porte principale et entrée de l'église de saint Waast de Moreuil, et là, étant à genoux, dire et déclarer à haute et intelligible voix, que méchamment et comme mal avisé, il a volé et profané dans ladite église les sépultures et anciens tombeaux des anciens seigneurs de la maison de Créqui, mal pris et volé les plombs de six cercueils, dans lesquels étaient les corps, cendres et ossements desdits défunts de Créqui et autres sieurs de Moreuil, a vendu lesdits plombs, dont il se repent en demandant pardon à Dieu, au Roi, à la justice et auxdits de Créqui, parties civiles ; ce fait, sera chanté dans le chœur de l'église de ladite abbaye, par le curé de la paroisse de Moreuil, à l'assistance de six ecclésiastiques des paroisses circonvoisines, un service complet et solennel pour le repos des âmes desdits défunts de Créqui et autres sieurs de Moreuil, auquel service assistera ledit Crochet en habit ordinaire, étant à genoux, ayant en ses mains un cierge du poids d'un livre, après quoi sera ledit Crochet mené et conduit aux galères pour y servir de forçat l'espace de trois ans ». L'abbaye a également été condamnée à réparer civilement les ayants droits de la Maison Créqui, moyennant le versement d'une somme de 1000 livres.

<sup>80</sup> F. JAMET DE LA GUESSIERE, *Journal des principales audiences du Parlement*, t. III, 1757, p. 984 à 990. Par arrêt rendu le 3 avril 1685, l'un des assassins du Sieur Denis fut condamné à devoir 3000 livres à la veuve et à ses enfants. Cela a été critiqué par l'auteur du commentaire de cette décision, car une veuve ne pouvait pas en principe obtenir réparation lorsqu'elle se remariait peu après le décès : « Or le second mariage que l'intervenante a contracté avec le Sieur de Riants après le décès de son mari, a produit cet effet. Le Sieur de Riants s'est chargé de la consoler dans son chagrin, s'il lui en restait encore, et d'empêcher ses larmes ; il a pris soin de changer les douleurs en joie et en plaisirs, et elle a mauvaise grâce, pendant qu'elle goûte les délices des amoureux embrassements de son second époux, de demander des intérêts civils pour se consoler de la douleur qu'elle ne sent point de la perte de son premier mari : on peut dire même que par cette alliance de son second mari elle a profité notablement : car elle a procuré un établissement avantageux à sa famille, par la protection qu'elle a trouvée dans le crédit et la dignité de ce second mari et de la maison ».

pas remis en question par la Révolution française. Un décret en forme d'Instruction pour la Procédure criminelle du 21 octobre 1790 semble avoir fait la distinction entre les intérêts économiques et moraux de la victime d'un délit. Envisageant la plainte faisant suite à un délit commis contre la personne, il admet le principe de la représentation, mais indique la nécessité d'un fondé de procuration spéciale, « car l'action qui naît d'un délit commis envers nous, ou envers les personnes dont la sûreté nous est aussi précieuse que celle de notre propre individu, ne peut pas être confondue avec ces intérêts purement pécuniaires sur lesquels un fondé de procuration générale peut être autorisé à stipuler pour nous »<sup>81</sup>.

Les rédacteurs du Code civil ont probablement manifesté une préoccupation pour l'intérêt moral. Il ressort d'un rapport fait au Tribunat par Bertrand de Greuille que « partout où [la loi] aperçoit qu'un citoyen a éprouvé une perte, elle examine s'il a été possible à l'auteur de cette perte de ne pas la causer ; et si elle trouve en lui de la légèreté ou de l'imprudence, elle doit le condamner à la réparation du mal qu'il a fait »<sup>82</sup>. La référence au « mal » ne révèle-t-elle pas la probable intention de prendre en considération les souffrances des victimes ? Pourtant, parce que l'on peut souffrir une perte matérielle, un doute persiste sur cette intention, que n'a pas su dissiper l'adoption de l'article 1382 du Code civil en raison d'une approche trop générale du préjudice. Mantelet l'a déploré : « Dispositions générales, elles laissent toute latitude à la jurisprudence, trop de latitude, même, car celle-ci ne manifeste qu'un médiocre empressement à se prévaloir de cette insuffisance de la loi pour suppléer au défaut de termes explicites »<sup>83</sup>. Cela explique que la première décision de justice ayant admis le principe de la réparation d'un préjudice purement moral, a été rendue bien après l'œuvre de codification, en 1833, dans une affaire d'exercice illégal de la pharmacie<sup>84</sup>.

Le principe ayant été posé, les différentes composantes des souffrances endurées ont pu être effectivement indemnisées : la souffrance d'origine physique<sup>85</sup>, comme la douleur morale,

---

<sup>81</sup> C.-M. GALISSET, *Corps du droit français ou recueil complet des lois, décrets, ordonnances*, t. I, 1843, p. 613.

<sup>82</sup> Tribunat, Rapport sur le livre III, titre III du Code civil : Des engagements qui se forment sans convention, Séance du 16 pluviôse an XII, fait par le citoyen B. DE GREUILLE au nom de la Section de législation, in *Recueil des lois composant le Code civil*, vol. 6, liv. III, *Des différentes manières d'acquérir la propriété*, 1804, p. 16-17.

<sup>83</sup> A. MANTELET, *La réparation du préjudice moral*, op. cit., p. 51.

<sup>84</sup> Cass. Ch. Réunies, 15 juin 1833 ; S. 1833. 1. 458.

<sup>85</sup> Nancy, 8 févr. 1896 ; D. 1897. 2. 110. Réparation de la douleur physique, qualifiée de « cruelle », résultant, pour un ouvrier, de la projection au genou d'un éclat métallique provenant d'un marteau-pilon qui fonctionnait à environ 8 mètres de lui.

sous ses différentes manifestations<sup>86</sup>. Mais il faut observer que le caractère mixte de l'indemnité allouée à la victime paraît s'être maintenu jusqu'à la fin de la Première Guerre Mondiale, qui a constitué un tournant. Ganot a fait le constat que les décisions de justice rendues dans la période d'après-guerre ont davantage tenu compte « de l'état de la victime aussi bien au point de vue matériel qu'au point de vue psychologique »<sup>87</sup>, ce qui, logiquement, s'est traduit par une sensible augmentation des indemnités<sup>88</sup>. Si l'auteur, à la lumière de cette évolution, en a conclu que « le préjudice moral n'[était] pas réparé en France ; l'idée en [était] admise et c'est tout »<sup>89</sup>, cela est tout de même excessif. Nous avons effectivement eu l'occasion de souligner que l'indemnité réparait autant le préjudice subi qu'elle sanctionnait le coupable. À partir de ce moment, elle devenait entièrement satisfaisante.

Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, la réparation de la souffrance s'est progressivement étendue aux répercussions identitaires et existentielles des atteintes à l'intégrité physique ou morale. Il s'est agi de prendre en considération les répercussions psychologiques du fait de ne plus pouvoir mener une vie normale. Cette évolution a été rendue possible par le changement du mode de vie des personnes, qui a été davantage tourné vers la recherche du bien-être de celles-ci. Le développement de la technique médicale est à l'origine de la reconnaissance du préjudice esthétique au début du XX<sup>e</sup> siècle, les premiers contentieux étant liés à l'insuccès d'opérations de chirurgie esthétique. Avec la démocratisation des loisirs, le préjudice d'agrément a été reconnu quelques décennies plus tard, qui correspond à la perte des activités sportives et de loisir. La voie était ainsi ouverte à la reconnaissance de toute frustration dont l'existence serait frappée, ce dont certains auteurs se sont émus en fustigeant la « désintégration du préjudice moral »<sup>90</sup> par la réparation « des petits maux de l'existence à la difficulté d'exister »<sup>91</sup>. L'indemnisation récente de la souffrance liée aux troubles de la sexualité et la reconnaissance d'un préjudice de déception sont caractéristiques de ce phénomène.

À partir du moment où l'on a exclu de la réparation sa dimension de peine privée, la

---

<sup>86</sup> T. civ. Lisieux, 31 janv. 1900, *Gaz. Pal.* 1900. 1. 481 (préjudice d'affection). – Nancy, 9 déc. 1876 ; *D.* 1879. 2. 47 (préjudice d'angoisse).

<sup>87</sup> J. GANOT, *La réparation du préjudice moral*, *op. cit.*, p. 199.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>90</sup> J. KNETSCH, « La désintégration du préjudice moral », *D.* 2015. 443.

<sup>91</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le dommage existentiel », *D.* 2010. 2376.

question de la mesure de la souffrance s'est posée avec une particulière acuité. Dans la mesure où la réparation civile n'avait plus du tout pour visée de sanctionner la personne coupable d'avoir infligé une souffrance à autrui, le juge était davantage confronté à la difficulté de l'évaluer. Une évolution de la jurisprudence a eu lieu au sortir de la Première Guerre Mondiale, qui a consisté à prendre en considération l'état physiologique et psychologique de la victime afin d'évaluer la souffrance. Ce constat a été effectué par plusieurs auteurs. Ganot a évoqué « cette tendance nouvelle de la jurisprudence [qui] la porte à examiner avec un peu plus d'attention les cas où il y a un préjudice moral »<sup>92</sup>. Quelques années plus tard, Givord soutenait que la réparation du préjudice moral impliquait non seulement une appréciation « de la gravité objective du dommage »<sup>93</sup>, mais aussi de sa « réceptivité »<sup>94</sup> par la victime. À cette époque, l'on refusait de réparer le préjudice moral des enfants et des déments parce que, jugeait-on, « toute réceptivité fait défaut »<sup>95</sup>. Pour autant, selon cet auteur, si les juges tenaient rarement compte de cette « infinité de degrés dans la souffrance »<sup>96</sup>, c'est qu'ils se trouvaient dans une « quasi-impossibilité d'apprécier la réceptivité personnelle de chaque victime, de graduer les douleurs qu'ils doivent réparer »<sup>97</sup>, raison pour laquelle leur évaluation s'appuyait sur une « réceptivité commune »<sup>98</sup>. La difficulté rencontrée est propre à la souffrance que l'on sait incommunicable. Si la réparation intégrale impose de saisir la réceptivité de la victime, celle-ci échappe nécessairement au juge. Malgré cela, il ne fait pas de doute qu'un mouvement consistant à réparer intégralement le préjudice moral subi par les victimes s'était dessiné, qui nécessitait une appréhension de la souffrance éprouvée. Une cour d'appel avait indiqué en ce sens que « la réparation du dommage moral étant admise, elle doit être nécessairement proportionnée à l'étendue de ce dommage »<sup>99</sup>.

À la souffrance infligée par une personne à une autre, le droit a donc réagi, d'abord en punissant le coupable, puis en réparant le tort causé à la victime. En permettant son

---

<sup>92</sup> J. GANOT, *La réparation du préjudice moral*, *op. cit.*, p. 199

<sup>93</sup> F. GIVORD, *La réparation du préjudice moral*, *op. cit.*, n° 159.

<sup>94</sup> *Ibid.*, n° 162.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> Amiens, 6 juill. 1932, *S.* 1932. II. 233.

indemnisation, le droit a regardé la souffrance de l'extérieur et l'a mesurée.

**9. Un préjudice de souffrance.** Pour autant, la réparation ne peut être accordée à la victime que dans le cas où elle a effectivement subi un préjudice. Considéré comme la conséquence de la lésion d'un intérêt personnel et licite<sup>100</sup>, le préjudice doit être distingué du dommage qui renvoie quant à lui à l'atteinte objectivement constatée. Cette distinction, redécouverte au cours du XX<sup>e</sup> siècle, est issue du droit romain<sup>101</sup>. Si une partie de la doctrine critique cette distinction<sup>102</sup> et continue de tenir dommage et préjudice pour synonymes<sup>103</sup>, celle-ci n'en reste pas moins utile dans la mesure où elle vient « préciser le droit positif »<sup>104</sup>, d'abord sur un plan procédural en fixant plus précisément le moment où la créance de réparation naît dans le patrimoine de la victime, ou en déterminant la juridiction compétente, qui peut être celle « du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi »<sup>105</sup> ; puis, sur le fond, en permettant l'élaboration d'une nouvelle typologie opposant les dommages corporels, incorporels et matériels aux préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux<sup>106</sup>. Tandis que le dommage correspond au « fait brut à l'origine de la lésion »<sup>107</sup>, à cette donnée objective, le préjudice renvoie « aux conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales de cette lésion »<sup>108</sup>. Cela est repris dans la récente proposition de loi relative à la réforme de la responsabilité civile qui, dans un article 1235, énonce qu'« est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial »<sup>109</sup>. Prendre en considération le préjudice revient donc à se poser la question du retentissement que le dommage a eu sur la victime. Confrontée à un « dommage

---

<sup>100</sup> L.-F. PIGNARRE, P. BRUN, *Lamy Responsabilité*, n° 214-20.

<sup>101</sup> H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité de la responsabilité*, t. I, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd., 1965, n° 208.

<sup>102</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. II, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2013, p. 176.

<sup>103</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, coll. Thémis, 1996, p. 351.

<sup>104</sup> F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », *Resp. civ. et assur.* 2010, n° 3, dossier 3, n° 19 à 22.

<sup>105</sup> CPC, art. 46.

<sup>106</sup> F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », préc., n° 23.

<sup>107</sup> L.-F. PIGNARRE, P. BRUN, *Lamy Responsabilité*, n° 214-5.

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> Sénat, proposition de loi n° 678 portant réforme de la responsabilité civile, présentée par P. BAS *et al.*, enregistrée le 29 juill. 2020.

accidentellement subi »<sup>110</sup>, celle-ci a été injustement privée d'un bien auquel elle aspire et qui vient à lui manquer. C'est cette perte qui est indemnisée. L'exigence de la lésion d'un intérêt licite commande toutefois « que ce bien lui soit dû »<sup>111</sup>, à défaut de quoi l'on serait conduit à réparer le préjudice malgré l'« indignité »<sup>112</sup> de celui qui s'en prévaut. Il faut encore que la personne n'ait pas voulu la perte de ce bien. Si elle l'a recherchée, elle n'est pas fondée à en demander réparation. De la même manière, le fait d'y avoir consenti fait en principe obstacle à toute prétention d'ordre indemnitaire<sup>113</sup>, à l'exception toutefois des droits dont la personne n'est pas en mesure de disposer, en particulier ceux portant sur le corps<sup>114</sup>.

Le préjudice de souffrance est lié à la perte injuste d'un bien du corps, de l'âme ou d'un bien extérieur. Ses déclinaisons sont nombreuses, puisqu'il peut s'agir, par exemple, d'une douleur physique, d'une peine de cœur ou encore d'une souffrance intellectuelle. Un dommage corporel est susceptible de les démultiplier en raison des répercussions qu'il peut avoir sur la sensibilité et sur l'existence de la personne. Il peut également retentir sur plusieurs personnes : la victime principale, et les victimes par ricochet qui sont liées à la première par les sentiments. En dépit des conséquences fâcheuses qu'un dommage peut avoir sur les sentiments des hommes, la réparation du préjudice de souffrance a subi de nombreux obstacles. Comme nous l'avons relevé, l'indemnité allouée aux victimes au titre du préjudice moral a longtemps conservé son caractère de peine privée. Le refus d'envisager le registre de la réparation pure et simple s'expliquait, pour ses partisans, par le fait que l'évaluation de la souffrance est difficile<sup>115</sup>

---

<sup>110</sup> R. SAVATIER, *Métamorphoses du droit civil contemporain*, 1954, n° 274.

<sup>111</sup> A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 109.

<sup>112</sup> P. LE TOURNEAU, « La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité », *D.* 1994. 298.

<sup>113</sup> A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 111.

<sup>114</sup> C. civ., art. 16-3. La personne ne peut consentir à une atteinte à l'intégrité de son corps « qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ». – À propos de pratiques sadomasochistes, voir CEDH, 19 févr. 1997, aff. *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, n° 21627/93 ; *D.* 1998. 97, note LARRALDE – Comp. CEDH, 17 févr. 2005, aff. *K. A. c/ Belgique*, nos 42758/98 et 45558/99 ; *D.* 2006. 1206, obs. GALLOUX. – Voir aussi en réaction à cet arrêt, M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005. 2973.

<sup>115</sup> L. JOSSERAND, « La personne humaine dans le commerce juridique », *DH* 1932, n° 1, p. 1. – Voir pour la position également critique d'un publiciste, G. MORANGE, « À propos d'un revirement de jurisprudence : la réparation de la douleur morale par le Conseil d'État », *D.* 1962. 15. L'auteur soutient que la réparation du préjudice moral est théoriquement impossible au regard de l'exigence d'une réparation intégrale. Il affirme que « le caractère compensatoire implique, toutefois, qu'il n'existe pas une différence de nature entre le préjudice dont il est fait état et les satisfactions que la somme d'argent, allouée par le juge, peut procurer à la victime. Or, tel est le cas, selon nous, lorsque l'atteinte aux sentiments est en cause. Autant il est normal de s'attacher à réparer toutes les

et que, de toute façon, il est indécent de monnayer les larmes<sup>116</sup>. Mais même quand on est passé à une véritable réparation, la jurisprudence a cherché à en limiter le domaine, spécialement pour les victimes par ricochet. Elle l'a d'abord fait à partir de la notion de préjudice. Celui-ci, soulignait-elle, requiert la lésion d'un intérêt juridiquement protégé. L'exigence d'une créance d'aliments ou d'un lien de parenté ou d'alliance a ainsi compromis, pour ceux qui n'y répondaient pas, toute possibilité d'obtenir réparation. S'agissant du préjudice d'affection des victimes par ricochet, l'on s'inquiétait également du nombre de personnes susceptibles d'en demander réparation<sup>117</sup>.

En raison de la généralité des termes de l'article 1382 du Code civil, ces obstacles ont progressivement été levés au cours du XX<sup>e</sup> siècle. Pour la victime, c'est l'assurance que l'ensemble des répercussions d'un dommage sur ses sentiments seront prises en considération. Mais cela suppose aussi que la souffrance dont elle demande réparation ait été subie injustement et contre son gré<sup>118</sup>. Toute souffrance n'est pas réparable. Cela revient à dire que l'exigence d'un préjudice constitue en soi une limite à la prise en considération de la souffrance par le droit.

**10. Souffrance soulagée.** Malgré tout, une approche de la souffrance centrée sur la réparation était résolument passive, puisqu'elle n'était que réaction à un mal déjà infligé. Par le

---

incidences, sur le plan matériel, de l'ébranlement provoqué par la douleur subie, autant il nous paraît impossible de compenser cette douleur, en elle-même, par des distractions ou des plaisirs, quels qu'ils soient ».

<sup>116</sup> P. ESMEIN, « La commercialisation de la douleur morale », *D.* 1954. 113. – G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, n° 181. Selon Ripert, l'indemnisation du préjudice de souffrance vise uniquement à sanctionner l'auteur de la faute, car « il serait profondément immoral de dire que celui qui a été atteint dans ses sentiments se consolera de cette atteinte grâce à l'indemnité qu'il recevra. [...] Il suffirait de dire dans ces différentes hypothèses que la victime a été satisfaite quand elle a touché l'indemnité obtenue, pour la rendre aussi odieuse que l'auteur ».

<sup>117</sup> LACOSTE, *S.* 1897. 2. 25, note sous Rouen, 24 févr. 1894. En commentaire de la décision de justice, Lacoste mettait en garde contre une pleine ouverture de l'action en réparation du préjudice de souffrance des victimes par ricochet. « Pour que l'action en dommages-intérêts puisse être acceptée, il faut qu'au lien d'affection se joigne un lien de famille. L'affection qui existe, ou qui est censée exister, entre les membres d'une même famille est dans la législation la source de devoirs et de droits importants. [...] Une action en dommages-intérêts s'appuyant sur cette affection est aussi naturelle qu'elle paraîtrait anormale quand il s'agit de l'affection d'un étranger ». – En ce sens, voir P. ESMEIN, *S.* 1924. 1. 153, note sous Cass. req., 10 avr. 1922. À la question de savoir si un particulier pourrait demander réparation de son préjudice de souffrance en cas de décès d'une personne envers laquelle il avait de l'affection, Esmein affirme qu'« il serait sage, croyons-nous, en l'absence de tout lien de famille, de ne pas accorder des dommages-intérêts, non lorsqu'il y a préjudice matériel, mais quand le préjudice est seulement moral ».

<sup>118</sup> A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations, op. cit.*, n° 101.



progrès des techniques médicales, une approche plus dynamique s'est imposée. Depuis l'Antiquité, les hommes se préoccupent de l'apaisement de la souffrance, car celle-ci accable la personne et entraîne son isolement en la focalisant sur son mal. Jadis, cela requerrait une bonne connaissance des plantes narcotiques comme la mandragore et le pavot dont les propriétés permettent de soulager la douleur et d'apaiser la conscience en altérant la vigilance. Assurément, « la douleur n'était ni occultée ni mise à l'écart de la conscience collective »<sup>119</sup>. Cependant, cette connaissance des plantes n'était pas suffisante pour apaiser convenablement la souffrance, et il faut savoir que les mauvais dosages n'étaient pas rares et pouvaient avoir des effets délétères. Cela explique qu'au cours du Moyen Âge chrétien l'on confiait au prêtre le soin de bénir ces plantes avant usage. Les progrès de la chimie du XVII<sup>e</sup> siècle à nos jours contribuèrent à la découverte de nouvelles molécules et, par leur maîtrise, à soulager les douleurs et induire le sommeil en tant que de besoin<sup>120</sup>. Cela ouvrait la voie à un nouveau modèle dans la manière de prendre en charge les personnes exposées à la souffrance. La Reine Victoria, qui a accouché sous chloroforme le 7 avril 1853, en est le symbole<sup>121</sup>. À partir de là, la souffrance ne relevait plus de la mauvaise fortune et les hommes se voyaient reconnaître la faculté d'opter « entre souffrir et ne pas souffrir »<sup>122</sup>. Dans le même temps, la « révolution pastorienne » a favorisé le développement de l'hygiénisme, et la découverte des premiers vaccins a permis à la médecine, devenue préventive, de conjurer la maladie et son cortège de douleurs. Dans ce contexte, le droit a été en mesure d'adopter une démarche plus active à l'égard de la souffrance. Ce changement devant profiter au plus grand nombre, y compris aux nécessiteux, le législateur adopta une première loi sur l'assistance médicale gratuite<sup>123</sup>, puis une autre sur la protection de la santé publique<sup>124</sup>. Le droit s'enrichissait ainsi de dispositifs destinés à combattre la souffrance en se plaçant aux côtés de la médecine.

À la faveur d'interventions législatives successives<sup>125</sup>, le droit de la santé publique

---

<sup>119</sup> R. REY, *Histoire de la douleur*, op. cit., p. 27.

<sup>120</sup> F. ATALLAH, Y. GUILLERMOU, « L'homme et sa douleur : dimension anthropologique et sociale », *AFAR* 2004, n° 23, p. 723-724.

<sup>121</sup> R. REY, *Histoire de la douleur*, op. cit., p. 197.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>123</sup> L. 15 juill. 1893, *JO* 18 juill.

<sup>124</sup> L. 15 févr. 1902, *JO* 19 févr.

<sup>125</sup> L. n° 99-477, 9 juin 1999, *JO* 10 juin. – L. n° 2002-303, 4 mars 2002, *JO* 5 mars. – L. n° 2005-370, 22 avr. 2005, *JO* 23 avr. – L. n° 2016-87, 2 févr. 2016, *JO* 3 févr.

contient à présent d'importantes dispositions visant à prévenir et à traiter la souffrance. Certaines d'entre elles sont orientées vers la prévention. Ainsi est-il disposé que « [la souffrance] doit être, en toutes circonstances, prévenue [...] »<sup>126</sup>. Le législateur interdit aussi la pratique de l'obstination déraisonnable<sup>127</sup> en tant qu'elle génère de la souffrance. Celle-ci a été mise en lumière dans le cadre de l'affaire *Vincent Lambert*. D'autres sont tournées vers le traitement de la souffrance. En toutes circonstances, celle-ci doit être « [...] prise en compte, évaluée et traitée »<sup>128</sup>. En présence de souffrances réfractaires aux traitements, le législateur autorise le recours à des pratiques pouvant avoir pour effet d'entraîner le décès du patient.

Ce nouveau paradigme a eu une incidence sur la relation entre le médecin et son patient. En raison du développement de la technique médicale, le médecin s'est trouvé tenu de rendre compte des moyens utilisés dans la prise en charge de son patient. Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, la déontologie médicale a évolué en ce sens. Dans le Code de déontologie médicale de 1955, le médecin était tenu envers ses malades de leur assurer de façon générale « tous les soins médicaux en son pouvoir » et d'agir à leur égard avec « correction et aménité »<sup>129</sup>. À l'occasion de la réforme de cet instrument en 1979, ces devoirs ont été précisés, un article 20 disposant que « le médecin doit s'efforcer d'apaiser les souffrances de son malade »<sup>130</sup>. Ces devoirs ont eu pour corollaire la reconnaissance d'un droit de la personne malade au soulagement de sa souffrance par la loi du 9 juin 1999<sup>131</sup>. Cette évolution s'inscrit dans une tendance générale consistant à faire du patient un acteur de sa prise en charge médicale. Jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, la prise de décision médicale ne concernait que le médecin, puisque nous étions dans un système dit paternaliste. La déclaration faite par le Professeur Louis Portes, premier président du Conseil National de l'Ordre des médecins, le met en évidence : « tout patient est et doit être pour [le médecin] un enfant à apprivoiser. Que l'acte médical normal n'étant essentiellement qu'une confiance qui rejoint librement une conscience, le consentement éclairé du malade n'est en fait qu'une notion mythique que nous avons vainement cherché à dégager des faits »<sup>132</sup>. Au

---

<sup>126</sup> CSP, art. L. 1110-5-3.

<sup>127</sup> CSP, art. L. 1110-5-1.

<sup>128</sup> CSP, art. L. 1110-5-3.

<sup>129</sup> Décr. n° 55-1591, 23 nov. 1955, art. 28 ; *JO* 6 déc.

<sup>130</sup> Décr. n° 79-506, 28 juin 1979, *JO* 30 juin.

<sup>131</sup> L. n° 99-477, 9 juin 1999, *JO* 10 juin.

<sup>132</sup> L. PORTES, *À la recherche d'une éthique médicale*, PUF, 1954, p. 170.

cours de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, un système plus favorable à l'autonomie de la personne malade s'est développé. Cela venait en réaction aux expérimentations médicales réalisées pendant la Seconde Guerre Mondiale, qui avaient suscitées une réaction internationale avec l'adoption du Code de Nuremberg en 1947 et la Déclaration d'Helsinki de 1964. Ces textes ont affirmé que le consentement du patient devait être recherché avant la réalisation d'un acte médical. L'émergence de ce système que l'on peut qualifier d'autonomique trouve également sa cause dans cette médecine plus technique menaçant davantage l'intimité, mais aussi dans une meilleure diffusion des connaissances médicales. Tous ces éléments combinés ont affaibli le modèle paternaliste, qui est apparu inadapté. Sous l'impulsion d'une jurisprudence ayant sanctionné le défaut de consentement<sup>133</sup>, la réglementation à travers le Code de déontologie médicale<sup>134</sup>, puis la législation, ont consacré l'avènement du modèle autonome. La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé<sup>135</sup>, a inséré dans le Code de la santé publique un article disposant qu'« aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment »<sup>136</sup>. Partant, le patient éprouvé par la souffrance trouve dans le médecin un allié plutôt qu'un maître. Associé à la prise de décision médicale, il est en droit de recevoir l'ensemble des soins et traitements que le médecin lui propose en vue d'un soulagement de sa souffrance<sup>137</sup>. Il peut aussi les refuser. Mais il faut bien voir que le soulagement de la souffrance vise à restaurer cette liberté qu'elle est de nature à lui ravir en le focalisant sur son mal, et par suite sa dignité d'être humain dont on sait qu'elle réside dans la pensée. Effectivement, la souffrance fait naître chez l'homme une tentation nouvelle, celle de « renoncer à tout ce qui l'animait jusqu'alors. Les ambitions, les projets d'avenir »<sup>138</sup>, et la vie elle-même quand le fardeau devient trop lourd à porter. La psychologue Marie de Hennezel soutenait en ce sens que « c'est menottes aux poings que nous réclamons d'être libérés par la

---

<sup>133</sup> Cass. Req., 8 janv. 1942, *Gaz. Pal.* 1942. 1. 177. – Cass. civ., 29 mai 1951, *D.* 1952. 53.

<sup>134</sup> Décr. n° 79-506, 28 juin 1979, *JO* 30 juin. Aux termes de l'article 7, « La volonté du malade doit toujours être respectée dans toute la mesure du possible ».

<sup>135</sup> L. n° 2002-303, 4 mars 2002, *JO* 5 mars.

<sup>136</sup> CSP, art. L. 1111-4.

<sup>137</sup> S. AMAR, A. BOULANGER, S. MOISDON-CHATAIGNER, J.-P. PIERRON, « Le choix du traitement médical : dialogue entre juristes, psychologue et philosophe », *RJPF* 2020-3/2.

<sup>138</sup> C. MARIN, *Hors de moi, op. cit.*, p. 14.

mort »<sup>139</sup>.

La lutte contre la souffrance a eu des retombées sociales significatives. Jusqu'à une époque récente marquée par la chrétienté, la souffrance avait un sens, car elle portait en elle les germes d'une récompense future. Elle était vécue avec d'autant moins de craintes que la mort qu'elle rappelait n'était que le commencement d'une autre vie. Intégrée au quotidien des hommes, la souffrance était incontournable. Par la découverte des moyens de sa conjuration, elle s'est éloignée des préoccupations habituelles des hommes, devenant ainsi moins familière. La perspective de la mort s'en est aussi trouvée éloignée. Cela explique que l'on ne vive plus de la même manière. Dans ses *Réflexions sur le droit à la santé*, Christophe Sauvat affirme que « la santé est devenue une des préoccupations principales des individus dans nos sociétés modernes. La recherche d'un confort de vie toujours meilleur se doit de passer par une maîtrise de la santé toujours plus poussée »<sup>140</sup>. Ces aspirations ont été bien exprimées par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, dans lequel la Nation « garantit à tous [...] la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Ce n'est pas seulement avoir la santé, c'est encore profiter d'une vie agréable où l'on peut « se livrer sans difficulté à ses activités physiques et mentales », d'une existence sans « lassitude, ni contrariétés, ni inquiétude pour l'avenir »<sup>141</sup>. Une littérature exprime d'ailleurs ces transformations de la société. On peut lire à cette époque *Machinisme et bien-être*<sup>142</sup> et *Vers une civilisation du loisir ?*<sup>143</sup> sous les plumes respectives de Jean Fourastié et Joffre Dumazedier ; mais aussi *La technique ou l'enjeu du siècle*<sup>144</sup> de Jacques Ellul, qui a vu poindre les dangers d'une technique toute-puissante assujettissant l'homme.

C'est dans ce contexte qu'a vu le jour une médecine du désir. Le déploiement de la technique médicale a non seulement éloigné la souffrance du quotidien des hommes en

---

<sup>139</sup> M. DE HENNEZEL, *Nous ne nous sommes pas dit au revoir*, éd. Robert Laffont, coll. Pocket, 2000, p. 164-165. Selon elle, le fait de réclamer la mort n'est pas un acte libre. À ses yeux, c'est « la peur de l'agonie, de l'angoisse qui risque de nous tenir dans les derniers moments, la peur de nous sentir seuls et abandonnés de tous » qui pousse le malade à demander la mort. C'est un patient « conditionné », « prisonnier de ses peurs » qu'elle décrit.

<sup>140</sup> C. SAUVAT, *Réflexions sur le droit à la santé*, préf. A. LEBORGNE, PUAM, 2004, n° 8.

<sup>141</sup> J.-S. CAYLA, « La santé et le droit », *RDSS* 1996. 278.

<sup>142</sup> J. FOURASTIÉ, *Machinisme et bien-être*, Les Éditions de Minuit, 1951.

<sup>143</sup> J. DUMAZEDIER, *Vers une civilisation du loisir ?* éd. du Seuil, 1962.

<sup>144</sup> J. ELLUL, *La Technique ou l'enjeu du siècle*, éd. Armand Colin, coll. Sciences politiques, 1954.

favorisant sa conjuration, mais aussi permis la satisfaction des désirs qui les animent désormais. Alors que le corps était autrefois cette « part maudite de la condition humaine »<sup>145</sup> et faisait figure d'un « encombrant enracinement de chair »<sup>146</sup>, la technique médicale a bouleversé le rapport de l'homme à son corps. Celui-ci est devenu modelable, adaptable aux besoins de la personne. Au « corps obstacle, défaillant »<sup>147</sup>, la technique est devenue la réponse, qui donne à l'homme la possibilité de mener la vie qu'il entend en mettant fin à ses frustrations, en remédiant à son désarroi. Il est désormais possible de changer de sexe, de procréer sans rapport sexuel, de diagnostiquer des anomalies fœtales et même de modifier le génotype humain. Le droit a été saisi de la validité de ces pratiques. Celles-ci ont fait l'objet de discussions parlementaires, en particulier dans le cadre des lois de bioéthique depuis 1994, et certaines d'entre elles ont été légalement consacrées. L'assistance médicale à la procréation est ainsi accessible aux couples stériles depuis une loi du 29 juillet 1994<sup>148</sup>, qui a également autorisé le diagnostic prénatal. Par une loi du 18 novembre 2016<sup>149</sup>, le législateur a inséré dans le Code civil une section consacrée à la modification de la mention du sexe à l'état civil, ce que le juge judiciaire admettait depuis plusieurs années sous de strictes conditions. Cette évolution questionne une possible vocation thérapeutique du droit.

**11. Élargissement du concept de souffrance.** Sous l'influence du droit civil de la réparation et du droit médical, nous assistons à un élargissement du concept de souffrance. Dans chacun de ces domaines, c'est un même mouvement que l'on observe. D'abord, le fait d'avoir mal a été pris en considération, puis il a été tenu compte du mal-être des hommes.

La personne *a* mal quand elle se douloir. L'utilisation du verbe douloir, qui est tombé en désuétude, est pourtant utile, car elle met en évidence une dimension de la souffrance. Issu du latin *dolere*, le verbe douloir signifie éprouver de la douleur, être douloureux. Après avoir indiqué que « le mot de souffrance renvoie à un sujet, tandis que la douleur est comme l'objectivation de cette souffrance »<sup>150</sup>, l'historienne Roselyne Rey évoque le verbe douloir et son origine latine en regrettant « que l'usage courant de la langue s'accomplisse dans

---

<sup>145</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité*, PUF, 7<sup>e</sup> éd., 2013, p. 271.

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 297.

<sup>148</sup> L. n° 94-654, 29 juill. 1994, *JO* 30 juill.

<sup>149</sup> L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, *JO* 19 nov.

<sup>150</sup> R. REY, *Histoire de la douleur*, *op. cit.*, p. 7.

l'ignorance ou dans l'inconscient à l'égard de cet héritage latin, [car] c'est lui qui peut nous aider à comprendre en quel sens nous parlons de douleur plutôt que de souffrance »<sup>151</sup>. Cette première dimension de la souffrance, qui renvoie à l'atteinte portée à la sensibilité de la personne, présente un aspect passager. L'on s'intéresse à la souffrance dans ce qu'elle a d'immédiat. Celle-ci trouve son origine dans une lésion tissulaire ou apparentée, dans une perturbation des sentiments, « liée à une appréciation négative d'une atteinte à l'intégrité du moi »<sup>152</sup>, ou dans un trouble d'ordre psychologique lié à une situation menaçante. En toute hypothèse, la souffrance appelle une mobilisation de l'homme dans son corps et dans son âme, car la souffrance est en soi une menace pour celui qui l'endure. Ainsi, une douleur physique induit fréquemment une douleur morale, et inversement, ce qui s'explique, d'un point de vue cérébral, par le fait que « les circuits de la douleur morale [sont] similaires à ceux de la douleur physique »<sup>153</sup>. Dans le droit civil de la réparation comme dans le droit médical, l'avoir mal est le premier à avoir été saisi. Les douleurs physiques et morales – blessure affective, angoisse – ont été indemnisées, et les progrès de la chimie ont rendu possible leur élimination sur le plan médical.

Au contraire, le mal-être est l'état de celui dont la vie ne suit plus un cours normal. La personne qui se douloir est confrontée à cet état en raison de l'empreinte négative que la douleur laisse dans son existence. La douleur est une « mutilation »<sup>154</sup> du corps ou de l'âme qui laisse un être morcelé. Impuissant face à la douleur qui le tenaille et finit par envahir sa pensée, l'homme subit un mal qui « déborde sur l'existence. L'homme souffre dans toute l'épaisseur de son être »<sup>155</sup>. Indépendamment de la douleur, il faut compter sur les nombreuses frustrations et contrariétés résultant des « atteintes au déroulement "normal" d'une existence d'homme ou de femme »<sup>156</sup>. De quelque intensité qu'elles soient, elles jettent « un trouble momentané dans son existence, dans la régularité de sa vie, dans ses habitudes, son repos et même ses plaisirs »<sup>157</sup>. Parce que le bouleversement met en cause l'existence, il ne faut pas exclure le risque, dans les

---

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> M. MASSON, B. MUIRHEID-DELACROIX, « La douleur morale : historique et devenir d'un concept clinique », *Ann. Méd. Psychol.* 2014, p. 142.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>154</sup> D. LE BRETON, « Douleur et sens », préc., p. 178.

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, op. cit., n° 105.

<sup>157</sup> T. com. Saint-Etienne, 20 févr. 1899, *La Loi*, 2-3-4 avr. 1899.

cas les plus graves, que la personne entende mettre fin à sa vie lorsqu'elle n'a plus de sens à ses yeux. Cela survient généralement lorsque le bouleversement est tel que la personne perd cette individualité qui la distingue des autres, par exemple dans des situations de harcèlement au travail. L'autodestruction est alors une issue radicale. L'appréhension du mal-être par le droit civil de la réparation et le droit médical a été plus tardive, qui est liée au déploiement de la technique médicale et à la démocratisation d'un confort de vie.

**12. Les axes d'appréhension de la souffrance par le droit.** Ces aspects de la souffrance sont appréhendés distinctement par le droit.

L'avoir mal est l'axe classique d'appréhension de la souffrance. Dans le droit civil de la réparation, les douleurs peuvent être saisies de manière objective en se demandant quelle est la réceptivité commune pour des personnes que l'on placerait dans une même situation. Dans la mesure où elles sont « comme l'objectivation de la souffrance »<sup>158</sup>, leur réparation est possible. Dans le droit médical, des dispositifs permettent le soulagement du patient confronté à des douleurs, et contribuent ainsi à lui rendre sa liberté. Le droit se faisant auxiliaire médical, sa dimension thérapeutique est manifeste.

L'être mal est l'axe moderne d'appréhension de la souffrance. Dans le droit civil de la réparation, les perturbations de l'existence ne peuvent pas être appréhendées de la même manière que les douleurs. En l'occurrence, une approche objective est compromise, puisque ces bouleversements dépendent des choix de vie effectués par chacun. Une approche subjective s'impose. De plus, les bouleversements existentiels ne font concrètement l'objet d'aucune réparation. Le juge n'indemnise pas, par exemple, une modification de l'apparence ou une perte d'agrément, mais leur prise de conscience par la victime, qui est d'ordre psychologique. Pour le dire autrement, la réparation suppose toujours une souffrance au sens classique, un « avoir mal », car la souffrance correspond au sens que la personne donne à son mal. C'est l'âme que l'on sonde. Dans le droit médical, lorsqu'il s'agit de répondre à des désirs nourris par des personnes en proie au mal-être, l'objectif est d'accéder à des demandes individuelles. Bien que la technique médicale soit sollicitée, il n'y a pas nécessairement de perspective thérapeutique. Tel est l'enjeu de cette médecine du désir que de favoriser l'épanouissement de ceux qui la sollicitent. Aussi est-il important de discerner dans quels cas l'intervention du droit poursuit un objectif thérapeutique.

**13. Annonce du plan.** Ainsi, nous constatons que la manière par laquelle le droit saisit

---

<sup>158</sup> R. REY, *Histoire de la douleur*, op. cit., p. 7.

la souffrance dépend du contexte dans lequel la société évolue. Le développement de la civilisation, par l'apaisement des relations humaines, et le goût plus prononcé pour les œuvres de l'esprit, a permis une réaction plus élaborée consistant à prendre en considération l'intérêt moral de la victime. Avec le déploiement de la technique médicale, une lutte contre la souffrance s'est organisée, à laquelle le droit a pris part en prévoyant des dispositifs adaptés au soulagement des personnes. Mais il faut aussi voir que cette technique a permis de répondre aux désirs des hommes, et rendu ainsi possible la recherche du bien-être, qui dépendait autrefois de la bonne fortune. Désormais, le droit ne se borne pas à réagir à la souffrance, il agit directement contre elle. Mais il s'y prend différemment selon que la personne est confrontée à un « avoir mal » (**Partie 1**) ou à un « être mal » (**Partie 2**).



# PARTIE 1 : L'AVOIR MAL

**14. Avoir mal.** L'« avoir mal » est le premier aspect de la souffrance. Touché dans sa sensibilité, l'homme a mal. On dit aussi qu'il se douloir, le verbe se douloir traduisant la situation dans laquelle une personne est affligée par la douleur. L'atteinte à la sensibilité peut avoir une origine physique – une agression, une maladie – ou morale – la perte d'un proche, d'un bien –. Grâce aux progrès de l'imagerie médicale, nous savons à présent que ce sont les mêmes réseaux qui s'activent pour transmettre au cerveau le message douloureux. Assurément, « la dimension subjective de l'expérience douloureuse trouve une objectivation par l'image et fait sortir le discours du champ métaphorique »<sup>1</sup>.

Dans un premier temps, l'« avoir mal » a été appréhendé passivement par le droit. Ce dernier réagit à la douleur injustement infligée à autrui en lui accordant une réparation. Celle-ci a pu être provoquée par la perte d'un bien extérieur, d'un bien du corps ou d'un bien de l'âme selon une division proposée par Aristote<sup>2</sup>. L'homme en souffre car il possède ces biens et en fait usage, il s'y attache même parfois, et leur perte suscite un manque. Le fait d'en prendre conscience est ce qui fait souffrir. La victime peut alors espérer obtenir une compensation à son mal. Si celle-ci ne se fait plus, de nos jours, sous forme de messes ou d'amende honorable<sup>3</sup>, mais par le versement d'une somme d'argent, elle vise toujours à apporter à la victime une consolation (**Titre 1**).

Dans un second temps, le droit a saisi activement l'« avoir mal » en prévoyant des dispositifs destinés à l'éradiquer. Le perfectionnement des techniques médicales a permis cette évolution. Les progrès de la chimie depuis le XVII<sup>e</sup> siècle ont donné aux hommes les moyens de calmer les douleurs et d'apaiser la conscience en induisant le sommeil, ces moyens venant s'ajouter à l'accompagnement humain. Les professionnels de santé sont désormais dans l'obligation de faire usage de ces moyens afin d'apporter au patient le soulagement auquel il a

---

<sup>1</sup> M. MASSON, B. MUIRHEID-DELACROIX, « La douleur morale : historique et devenir d'un concept clinique », *Ann. Méd. Psychol.* 2014, n° 172, p. 144.

<sup>2</sup> ARISTOTE, *La Grande Morale*, in *Œuvres d'Aristote*, trad. J. Barthélémy Saint-Hilaire, t. III, Durand, 1856, p. 19.

<sup>3</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 2000, n° 159.

droit. Une lutte contre la souffrance s'est organisée (**Titre 2**).

# **TITRE 1 : DES SOUFFRANCES À RÉPARER**

15. Notre époque admet la réparation de l' « avoir mal ». Cela est le fruit d'une lente évolution, qui correspond à celle de la société. Dubois soulignait sur ce point que l'« on est passé insensiblement de la phase de la vengeance à celle de la composition, puis à celle de la réparation »<sup>1</sup>. C'est au cours des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles que le juge a commencé à distinguer la peine de la réparation. L'intérêt civil fixé par le juge visait à la fois à sanctionner le coupable et à indemniser la victime. En accordant à celle-ci une compensation à son mal, le droit commençait à regarder la souffrance de l'extérieur en la mesurant, en en fixant le prix. Toutefois, ce n'est qu'au début du XX<sup>e</sup> siècle que la réparation a été complètement distinguée de la peine, l'indemnité versée n'ayant plus pour objet que de compenser la douleur injustement infligée à la personne.

Cependant, la souffrance se laisse difficilement appréhender. En réalité, seul celui qui se douloit connaît son mal. Pour le juge chargé de l'évaluer, la difficulté consiste précisément à la mesurer. Dans cet exercice, une approche objective serait envisageable, qui consisterait à déterminer ce que n'importe quelle personne placée dans une même situation ressentirait. Les hommes ont effectivement en commun la sensibilité. Pourtant, c'est une approche subjective qui tend actuellement à s'imposer, le juge cherchant à déterminer ce que la victime a concrètement vécu. Alors que les souffrances d'origine physique s'observent généralement à travers les lésions qui en sont la cause (**Chapitre 1**), les souffrances ayant une origine morale restent cachées, ce qui rend leur évaluation plus ardue (**Chapitre 2**).

---

<sup>1</sup> M. DUBOIS, *Pretium doloris*, th. Lyon, 1935, p. 39.



## **Chapitre 1 : Les souffrances d'origine physique**

**16. Nature.** Les souffrances d'origine physique sont une « expérience sensorielle désagréable ou épouvantable »<sup>1</sup> consécutive à une atteinte portée au corps de la personne. Les douleurs peuvent être déclenchées par l'atteinte portée aux nocicepteurs – les récepteurs sensoriels de la douleur –, ou par l'atteinte du système nerveux<sup>2</sup>. Les premières sont qualifiées de nociceptives, les secondes de neuropathiques. Des douleurs mixtes – à la fois nociceptives et neuropathiques – peuvent être rencontrées dans certaines situations, notamment chez les grands brûlés. Les douleurs neuropathiques sont pour leur part difficiles à diagnostiquer. Elles se manifestent par des sensations de brûlures, des fourmillements ou des décharges électriques, qui ne sont pas nécessairement liées à des lésions apparentes<sup>3</sup>.

**17. Retentissement.** Indépendamment de leur cause somatique, les souffrances d'origine physique font violence à la personne, elles sont « passion »<sup>4</sup>. Elles suscitent l'angoisse de ceux qui les éprouvent et bouleversent leur existence<sup>5</sup>. Les douleurs physiques peuvent certes être présentées comme un ensemble de flux sensoriels, mais il ne faudrait pas ignorer leur pouvoir irradiant<sup>6</sup>. Lorsque l'on se situe dans la période post-traumatique, leur intensité est élevée et soumise à des variations importantes puisque les lésions ne sont pas encore fixées (**Section 1**). Lorsque la date de consolidation est retenue, qui correspond au moment où les lésions sont fixées et marque l'entrée dans la période définitive<sup>7</sup>, la victime est confrontée à des douleurs physiques dont les manifestations sont moins susceptibles de variations (**Sections 2**).

---

<sup>1</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, coll. Précis, 8<sup>e</sup> éd., 2015, n° 203.

<sup>2</sup> D. BOUHASSIRA, *Les douleurs neuropathiques*, Institut UPSA de la douleur, 2000, p. 7 à 10.

<sup>3</sup> J.-B. PRÉVOST, C. BERNFELD, F. BIBAL, « Les souffrances chroniques », *Gaz. Pal.* 3 déc. 2011, n° 337, p. 13.

<sup>4</sup> J. RUSSIER, *La souffrance*, PUF, 1963, p. 11.

<sup>5</sup> Les souffrances d'origine physique bouleversent les conditions d'existence de la personne. Voir J.-B. PRÉVOST, « Le vif du sujet : considérations philosophiques sur la souffrance », *Gaz. Pal.* 15 févr. 2014, n° 046. – Voir également J.-P. PIERRON, « Douleur, souffrance et mal », *Méd. palliat.*, 2009, n° 8, p. 40. Selon ce philosophe, « le retentissement du fait biologique dans l'évènement biographique bouleverse l'économie psychique et l'identité personnelle de façon décisive ».

<sup>6</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie de la douleur*, éd. Métailié, 2006, p. 14.

<sup>7</sup> B. NICOURT, « La consolidation – L'aggravation », *Méd. & Droit*, 1995, n° 12, p. 7.

Si la date de consolidation est artificielle au regard de la « relativité de cette frontière »<sup>8</sup>, elle a le mérite de tenir compte des spécificités des souffrances d'origine physique selon l'époque de leur apparition.

## **Section 1 : Les souffrances physiques post-traumatiques**

**18. Circonstances génératrices.** Les souffrances physiques post-traumatiques sont causées par l'accident et les lésions qu'il engendre, par les périodes d'hospitalisation et les soins rendus nécessaires jusqu'à la date de fixation des lésions<sup>9</sup>. La créance de réparation naît au moment où la douleur est ressentie. Il suffit qu'elle ait été ressentie un court instant pour que le droit à réparation soit ouvert. C'est le cas, par exemple, de la victime ayant, pendant « un temps limité, enduré les pires souffrances »<sup>10</sup>. Un seul « instant de raison »<sup>11</sup> est pris en compte pour ouvrir ce droit à réparation. Le fait qu'il n'y ait pas de lésion identifiable, même par le truchement de l'imagerie médicale<sup>12</sup>, est indifférent. La douleur étant ressentie, la victime dispose d'une créance de réparation. Au contraire, le droit à réparation est exclu dans le cas où la victime n'est pas en mesure de percevoir la douleur et d'en prendre conscience, par exemple lorsque le décès est instantané<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 8. En pratique, la date proposée est fixée de manière arbitraire sans qu'il soit tenu compte des critères habituels : le caractère chronique des troubles et l'absence d'évolutivité, la fin de la thérapeutique active, la reprise du travail.

<sup>9</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 140. – M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, préf. J.-P. DINTILHAC, LexisNexis, coll. Pratique Professionnelle, 20<sup>e</sup> éd., 2015, n° 151.

<sup>10</sup> Cass. crim., 28 oct. 1992, n° 91-85.925 ; *Bull. crim.* 1992, n° 349 ; *D.* 1993, p. 203, obs. PRADEL.

<sup>11</sup> TA Pau, 26 mai 2015, n° 1400381 ; *AJDA* 2015, p. 1939, concl. BOURDA. En l'espèce, le juge du tribunal administratif de Pau estime « que la réparation de la douleur morale intense que lui a causé la perspective d'une mort horrible ou de souffrances considérables, comme de la douleur physique extrême subie pendant l'instant de raison ayant précédé sa mort, justifie l'octroi, à ses parents, ses héritiers directs, de la somme globale de 25 000 € ».

<sup>12</sup> M. PERIER, *JCl. Resp. civ. et assur.*, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-2, n° 120. – Voir également, en droit social, Doc. soc. Lefebvre, D-IV-1730. – Pourtant, certaines décisions de justice ont autrefois jugé nécessaire la présence de blessures pour réparer le *pretium doloris*. En ce sens, voir TI Lille, 24 juin 1969, *Gaz. Pal.* 1969. 2, p. 48.

<sup>13</sup> Dijon, 19 mai 2015, *JurisData* n° 2015-012275. « Qu'en revanche, le décès de la victime ayant été instantané, aucun préjudice en rapport avec des souffrances physiques n'a donc pu naître dans son patrimoine avant son décès ».

**19. Principe de leur réparation.** Jusqu'à la consolidation des lésions, les souffrances physiques sont temporaires et relèvent, à ce titre, du poste de préjudice des « souffrances endurées », qui correspond à ce que l'on appelait communément le *pretium doloris*. Le rapport Dintilhac indique que ce poste accueille « toutes les souffrances physiques et psychiques, ainsi que des troubles associés, que doit endurer la victime durant la maladie traumatique, c'est-à-dire du jour de l'accident à celui de sa consolidation »<sup>14</sup>.

Le juge judiciaire admet depuis longtemps la réparation des souffrances physiques<sup>15</sup>. Au contraire, le juge administratif a fait preuve de circonspection et, dans un premier temps, refusé de les réparer<sup>16</sup>. Cette réticence s'explique certainement par l'aridité de l'évaluation. Selon Planiol et Ripert, « la grande difficulté que l'on rencontre ici consiste à fixer cette indemnité, le préjudice ne pouvant être évalué pécuniairement »<sup>17</sup>. C'est dans un second temps que leur réparation a été admise. Toutefois, elle demeurait conditionnée à la gravité exceptionnelle de la durée et de l'intensité du phénomène douloureux<sup>18</sup>. Cette exigence a été abandonnée dans un arrêt *Commune de Grigny*<sup>19</sup>, qui a posé le principe de la réparation des souffrances physiques. Celles-ci devaient néanmoins être « de nature à ouvrir droit à réparation », ce qui revenait à exiger un certain degré de gravité. Cette condition a été appréciée avec mansuétude par le juge administratif<sup>20</sup>.

**20. Conscience de la victime.** Sauf à adopter une approche abstraite du préjudice, la

---

<sup>14</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, juill. 2005, p. 38.

<sup>15</sup> Voir notamment Nancy, 8 févr. 1896, *D.* 1897. 2. 110. – T. civ. Bordeaux, 13 nov. 1934, *Gaz. Pal.* 1934. 2. 801. – T. civ. Lyon, 3 janv. 1936, *D. H.* 1936. 127.

<sup>16</sup> CE, 16 juin 1937, *min. Justice c/ de Maitera* ; Rec. CE 1937, p. 149. – Voir, cependant, une décision isolée qui admet la réparation du *pretium doloris*, CE, 11 mai 1854, *Rougier c/ ville de Marseille*, *D.* 1854. 3. 59 : « Considérant [...] que ledit sieur Charles Rougier a droit à une indemnité à raison des souffrances par lui éprouvées [...] ». La victime avait en effet été blessée par l'explosion d'une mine. – Sur l'évolution de la position du juge administratif sur cette question, voir B. LAVERGNE, *JCI Resp. civ. et assur.*, fasc. 370-40, n° 126. – C. GUILLARD, *JCI Administratif*, fasc. 842, n° 101.

<sup>17</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 1935, n° 868.

<sup>18</sup> CE, 24 avr. 1942, *Morel* ; Rec. CE 1942, p. 136. – CE, 21 janv. 1955, *Billiet* ; Rec. CE 1955, p. 43. – CE, 12 oct. 1956, *Épx Fabre* ; Rec. CE 1956, p. 368. – Pour des décisions illustrant la condition de gravité exceptionnelle, voir CE, 9 nov. 1945, *Hospices civils Rennes* ; Rec. CE 1945, p. 229 (brûlures). – CE, 7 avr. 1944, *Michellet* ; Rec. CE 1944, p. 113 (traumatismes). – CE, 22 févr. 1946, *Nantzer* ; Rec. CE 1946, p. 59 (multiples opérations).

<sup>19</sup> CE, sect., 6 juin 1958, *Cne de Grigny* ; Rec. CE 1958, p. 323 ; *S.* 1958, p. 319, concl. CHARDEAU.

<sup>20</sup> F. SÉNERS, *Rép. resp. puiss. pub.*, *V° Préjudice réparable*, n° 58.

victime doit avoir eu conscience de la situation traumatique pour obtenir réparation des souffrances physiques endurées. En l'absence de toute capacité de perception, aucune indemnité ne saurait en principe lui être reconnue. La question s'est posée en l'occurrence de l'indemnisation des victimes se trouvant dans le coma. D'un point de vue scientifique, il est admis que ces personnes conservent généralement une activité cérébrale et qu'il peut y avoir un vécu malgré cet état<sup>21</sup>. Sur cette question, le juge administratif est favorable à la réparation des souffrances physiques lorsque l'expert a reconnu la capacité de la victime à les ressentir<sup>22</sup>. Au contraire, le juge judiciaire a soutenu par principe que « l'état végétatif d'une personne humaine [n'exclut] aucun chef d'indemnisation »<sup>23</sup>, alors pourtant que dans cette affaire le rapport d'expertise concluait à l'impossibilité pour la victime de ressentir des douleurs. Cette position pourrait paraître « satisfaisante sur le plan de la morale et de l'équité »<sup>24</sup>, mais elle reste contestable en tant qu'elle ignore la réalité des souffrances concrètement infligées à la victime. Cette abstraction « conduit à indemniser des victimes incapables de souffrir »<sup>25</sup>. Récemment, le juge judiciaire semble être revenu à une approche plus subjective du préjudice de souffrance. La Cour de cassation a approuvé l'appréciation souveraine des juges du fond qui avaient accueilli une demande tendant à la réparation des souffrances physiques ressenties par une victime décédée presque instantanément, tout en rejetant dans le même temps celle relative à la réparation de la perte de son espérance de vie<sup>26</sup>. La Haute juridiction n'y a pas vu de

---

<sup>21</sup> M.-H. SALAMAGNE, S. POURCHET, « Euthanasie, sédation, aux limites du soin : les situations extrêmes en fin de vie », in *Face aux fins de vie et à la mort*, E. HIRSCH (dir.), préf. J. LEONETTI, éd. Vuibert, coll. Espace Ethique, 2009, p. 264.

<sup>22</sup> CE, 24 nov. 2004, *Épx Maridet*, n° 247080 ; Rec. CE 2004, p. 445 ; *JCP A* 2005, 1313, note CORMIER. – *Contra* CE, 23 avr. 1997, n° 157664, n° 157697, *Cts Alix c/ CH Rennes* ; Rec. CE 1997, p. 167 ; *D.* 1997, p. 136. – Sur la position adoptée par le juge administratif à ce sujet, voir C. GUILLARD, *JCI Administratif*, fasc. 842, n°s 29 et 134.

<sup>23</sup> Cass. crim., 3 avr. 1978, *JCP* 1979. II. 19168, note BROUSSEAU, *D.* 1979. 64, obs. LARROUMET. – Dans le même sens, voir Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 févr. 1995, *Bull. civ.* II, n° 61 ; *D.* 1995. 233, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 1996. 69, note CHARTIER ; *RTD. civ.* 1995. 629, obs. JOURDAIN. Dans cette espèce, alors qu'une expertise avait été réalisée et concluait à l'absence de ressenti douloureux par la victime « réduite à l'état végétatif », la Cour de cassation casse et annule l'arrêt rendu en appel au motif que « l'état végétatif d'une personne humaine n'excluant aucun chef d'indemnisation son préjudice doit être réparé dans tous ses éléments ».

<sup>24</sup> S. RÉTIF, *JCI. Civil Code*, art. 1382 à 1386, fasc. 101, n° 24.

<sup>25</sup> A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 3<sup>e</sup> éd., 2018, n° 107.

<sup>26</sup> Cass. crim., 5 oct. 2010, n° 09-87.385 ; *RTD civ.* 2011. 353, obs. JOURDAIN ; *JCP* 2011, n° 435, obs. BLOCH. – Comp., Cass. crim., 26 mars 2013, n° 12-82.600 ; *D.* 2013. 1993, note PRADEL ; *RTD civ.* 2013. 614, obs. JOURDAIN.



contradiction. La victime a présenté un état de conscience suffisant pour recevoir et interpréter les douleurs physiques, mais n'a pas été en capacité de se représenter la perte de son espérance de vie. En effet, « le choc traumatique a été si violent que M. X... est resté inconscient, qu'il n'a pu être réanimé et que son décès a été quasi-instantané ». À travers cette décision, nous comprenons que l'ouverture du droit à réparation des souffrances dépend de la capacité de la personne à donner sens à l'épisode douloureux. Un état de conscience minimal paraît suffisant, même lors d'un instant, s'agissant de souffrances physiques, dans la mesure où la personne prend conscience des flux sensoriels dans leur instantanéité. Aussi, il ne semble donc pas qu'il faille faire une « distinction entre préjudices moraux objectifs – séparables de la perception que peut s'en faire la victime – et préjudices moraux subjectifs – liés, dans leur genèse même, à la capacité de la victime à se représenter son état »<sup>27</sup>. Au contraire, il est nécessaire de se demander quels sont le degré et le temps de conscience suffisants pour que la victime puisse rendre sens de ce qu'elle vit. Désormais, il ne fait guère de doute que la conscience de la victime est devenue « une condition de la réparation de ce type de préjudice moral »<sup>28</sup>.

**21. Sensibilité de l'enfant en bas âge.** Dans la mesure où les souffrances physiques ne sont susceptibles de réparation que dans le cas où la victime est capable de les percevoir, la question s'est posée de savoir si l'enfant en bas âge était en droit d'en obtenir réparation. En effet, la communauté scientifique a longtemps considéré qu'il était insensible à la douleur. Ce n'est qu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle que la démonstration scientifique de sa sensibilité a été apportée<sup>29</sup>. À partir de là, « la sensibilité du nouveau-né à la douleur ne fait plus aucun doute »<sup>30</sup>. Depuis lors, les jeunes enfants victimes de souffrances physiques sont indemnisés devant les juridictions françaises<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> C. BLOCH, *JCP* 2011, n° 435, obs. sous Cass. crim., 5 oct. 2010, n° 09-87.385.

<sup>28</sup> P. JOURDAIN, *RTD. civ.* 2013. 614, obs. sous Cass. crim., 26 mars 2013, n° 12-82.600.

<sup>29</sup> KJ ANAND, WG SIPPELL, A. AYNSLEY-GREEN, « *Randomised trial of fentanyl anaesthesia in preterm babies undergoing surgery : effects on the stress response* », *Lancet* 1987; 1 : 62-6.

<sup>30</sup> P. KUHN, C. STRUB, D. ASTRUC, « Problèmes liés à l'évaluation de la douleur chez le nouveau-né en situation de soins palliatifs », *Arch. pédiat.* 2010 ; 17 : S59.

<sup>31</sup> CE, 29 mai 1987, n° 39130 (souffrances physiques d'un nouveau-né liées à une mauvaise exécution des perfusions). – Voir également, plus récemment, CAA Douai, 18 juin 2013, n° 12DA00503, réformant TA Amiens, 2 févr. 2012, n° 0901880 ; *Gaz. Pal.* 10 mars 2012, p. 5. Dans cette affaire, alors qu'il ressortait de l'instruction que le nouveau-né avait été confronté, pendant vingt-quatre heures, à un « état douloureux prolongé », les premiers juges avaient rejeté les conclusions des parents tendant à la réparation des souffrances endurées par leur enfant, au motif qu'elles n'étaient pas de nature à ouvrir droit à indemnisation. La cour administrative d'appel a censuré cette sentence.

**22. « Reconstituer » les souffrances physiques endurées.** L'évaluation des souffrances physiques subies au cours de la période ante-consolidation impose la prise en considération de tous les phénomènes douloureux consécutifs au fait dommageable. Les périodes d'hospitalisation, les soins, la rééducation, sont autant d'occasions de souffrances. Le mal étant lié à la prise de conscience par la victime des douleurs qu'elle ressent, l'évaluation consiste à saisir le vécu douloureux. L'intérêt des « investigations » entreprises par l'expert consiste précisément à « reconstituer »<sup>32</sup> les souffrances endurées. La lecture du dossier médical, la connaissance des premières analyses et radiographies, la compréhension du contexte familial et social de la victime, les doléances exprimées lors de l'interrogatoire, et les données obtenues à l'occasion de l'examen médical, sont des éléments sur lesquels il peut s'appuyer pour déterminer l'importance des souffrances physiques. Leur durée et leur intensité sont des éléments objectifs que l'expert prend en compte<sup>33</sup>, auxquels s'ajoutent des éléments subjectifs qui confèrent aux douleurs physiques leur caractère unique<sup>34</sup>. Au-delà, il importe de rechercher le sens que la victime leur attribue, et c'est par l'intuition, et non par un « code que l'on applique de l'extérieur, techniquement », que l'on parvient à « traduire le langage d'un autre »<sup>35</sup>.

**23. Le langage dans la reconstitution des souffrances physiques.** Au cours de l'expertise, le langage occupe une place prépondérante, en particulier lors de l'interrogatoire. C'est un outil grâce auquel la victime exprime le sentiment douloureux qu'elle a vécu. L'expert reçoit ainsi des informations concernant le déroulement des faits et les manifestations douloureuses, qui lui permettent d'inscrire les souffrances physiques dans une histoire de vie. Selon sa capacité à être sensible, l'expert peut ainsi s'approcher de la souffrance d'autrui<sup>36</sup>.

Cependant, la victime et l'expert n'ont pas le même langage. D'un côté, la victime traduit dans sa subjectivité le ressenti douloureux. Son récit est influencé par son vécu, sa culture, son environnement familial et social, mais aussi par le retentissement de la douleur sur

---

<sup>32</sup> M. THIERRY et B. NICOURT, « Réflexions sur les "souffrances endurées" », *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 480.

<sup>33</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, *op. cit.*, n° 160. – Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 142.

<sup>34</sup> M. MOREL FATIO, « Évaluation de la douleur chez la personne présentant un handicap », *Douleurs* 2005, 6, O10, p. 20. – Voir également M. THIERRY et B. NICOURT, « Réflexions sur les "souffrances endurées" », préc.

<sup>35</sup> B. VERGELY, *La souffrance*, éd. Gallimard, coll. Folio / Essais, 2011, p. 273-274.

<sup>36</sup> A. SACAZE, M. GIRARD, C. ROSTAND, G. MOR, C. JONAS, « 2<sup>ème</sup> atelier : souffrance et stress post-traumatique », *Gaz. Pal.*, 10 avr. 2010, n° 100, p. 39. L'un des intervenants, Marc Girard, s'exprime en ces termes : « il faut que l'expert donne toutes les preuves de sa sensibilité à la souffrance et à sa compassion, que ce soit dans le déroulement de l'expertise ou dans la rédaction du rapport ».

ses capacités physiologiques et psychiques<sup>37</sup>. Mais elle rencontre nécessairement des difficultés pour présenter correctement les peines qu'elle a endurées. L'expérience personnelle de la douleur physique, vécue dans l'intimité de son âme, résiste en effet à toute tentative de traduction. La pauvreté du langage empêche parfois la description fidèle de ses manifestations<sup>38</sup> et peut conduire la victime, malgré elle, à sous-estimer ce qu'elle a vécu<sup>39</sup>. À l'inverse, une hypersensibilité conduirait la victime à le surestimer<sup>40</sup>. En somme, le ressenti douloureux « ne franchit pas les limites du corps pour apparaître aux yeux de l'autre »<sup>41</sup>.

De l'autre, le langage médical s'appuie davantage sur des éléments objectifs et techniques, parmi lesquels on retrouve, en particulier, l'importance des lésions initiales et les soins qui ont été prodigués. Seulement, cette objectivation de la perception douloureuse, qui pourrait avoir le mérite d'éliminer ce qu'il y a de passionnel dans le récit de la victime, présente deux écueils. Le premier est, pour le médecin, de regarder la souffrance de l'extérieur. Il entend certes le récit de la victime, mais il n'est pas en capacité de le restituer fidèlement faute de l'avoir vécu. C'est la raison pour laquelle un auteur a dénoncé le fait que le discours médical conduit à la confiscation de la douleur ressentie par la victime<sup>42</sup>. Le second écueil est ce que le philosophe Jean-Baptiste Prévost a appelé la « routinisation de l'expertise »<sup>43</sup>, qui correspond à cette accoutumance de l'expert à la souffrance et dont la conséquence est sa normalisation. L'expert finirait par s'habituer aux souffrances auxquelles il est confronté et à les banaliser.

---

<sup>37</sup> B. LAURENT, « Prise en charge de la douleur. Progrès et résistances », in *La douleur et la souffrance*, C. PERROTIN et M. DEMAISON (dir.), éd. Le Cerf, 2002, p. 31.

<sup>38</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie de la douleur, op.cit.*, p. 43. L'auteur décrit précisément l'impuissance du langage face à la souffrance : « [...] la douleur est une, enfermée dans l'intimité d'un homme qui cherche en vain à la traduire aux autres qui ne peuvent l'entendre que par défaut, par une traduction qui, plus que jamais, est trahison ».

<sup>39</sup> J.-B. PRÉVOST, « L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles », *Gaz. Pal.* 17 févr. 2015, n° 048, p. 22.

<sup>40</sup> F. RADAT, « Stress et douleur », *Ann. Med. Psychol.* 2014, n° 172, p. 109. L'hypersensibilité au stress « entraîne des modifications de l'évaluation de la douleur avec une peur de la douleur, un catastrophisme [...] ».

<sup>41</sup> D. LE BRETON, *Expériences de la douleur. Entre destruction et renaissance*, éd. Métailié, coll. Traversées, 2010, p. 46.

<sup>42</sup> B. LAURENT, « Prise en charge de la douleur. Progrès et résistances », préc., p. 38.

<sup>43</sup> J.-B. PRÉVOST, « L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles », préc., p. 22. D'après ce philosophe, « les experts, habitués à traiter des victimes quotidiennement, assimilent et lissent, sans qu'ils puissent en avoir tout à fait conscience, les tragédies que subissent les victimes ; ils les normalisent du fait de cette habitude lente aux souffrances qui se comparent les unes aux autres et font oublier l'anormalité constitutive et intrinsèque de chaque cas auquel ils sont confrontés ».

En fin de compte, qu'il s'agisse du langage de la victime ou de l'expert, nous constatons qu'il « est mis en déroute »<sup>44</sup>. Incapable de refléter la réalité de la douleur physique, il est « trahison »<sup>45</sup>. Pour autant, si le langage ne saurait permettre, du fait de son imprécision, une juste traduction de la perception douloureuse, il n'en demeure pas moins aidant pour l'expert qui doit quantifier le ressenti douloureux, dans la mesure où la victime reste le meilleur juge de sa douleur. Pour cette raison, il est important que l'expert retranscrive dans son rapport les propos tenus par la victime<sup>46</sup>.

**24. Être à l'écoute de celui qui ne parle pas.** L'évaluation des souffrances physiques post-traumatiques est rendue plus difficile lorsque la victime n'est pas en capacité de s'exprimer. Il convient alors d'être à l'écoute de celui qui ne parle pas. Comme son étymologie latine l'indique, c'est le cas de l'enfant<sup>47</sup>. S'il est en bas âge, l'on pourrait être tenté de voir dans ses pleurs l'indication d'une douleur physique. Or, les pleurs du nourrisson indiquent plutôt la faim, la soif ou le besoin de sommeil<sup>48</sup>. Et s'il commence à s'exprimer, son vocabulaire est encore trop pauvre pour restituer précisément ce qu'il a vécu<sup>49</sup>. Au bout du compte, à défaut d'être en mesure de connaître le vécu de l'enfant, l'expert se trouve contraint de s'appuyer sur les documents qu'il a en sa possession et sur l'examen médical pour déterminer les circonstances génératrices et l'intensité de la douleur. Grâce au dossier médical, il prend connaissance des traitements et des soins qui ont été administrés, des actes chirurgicaux éventuellement réalisés, et des moyens utilisés pour apaiser l'enfant. Il peut s'agir de traitements médicamenteux ou plus simplement de jeux, de temps de relaxation. Une vigilance est de mise concernant le contexte dans lequel ces phénomènes douloureux ont été vécus, l'enfant en bas âge y étant particulièrement sensible. La présence des parents, l'explication donnée à l'enfant concernant les soins pratiqués, le fait d'avoir dû le réveiller pour les dispenser, sont des informations importantes. Ce sont des éléments sur lesquels l'expert s'appuie pour

---

<sup>44</sup> D. LE BRETON, *Expériences de la douleur. Entre destruction et renaissance*, op. cit., p. 47.

<sup>45</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie de la douleur*, op.cit., p. 43.

<sup>46</sup> C. MANAOUIL, M. GRASER, A. VERRIER, O. JARDÉ, « Évaluation des souffrances endurées en expertise », *Douleurs*, 2005, vol. 6, n° 6, p. 359.

<sup>47</sup> *Infans, antis* : qui ne parle pas.

<sup>48</sup> M.-C. LAGRANGE, JCI Civil Code, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-3, n° 259.

<sup>49</sup> C. BERNFELD et F. BIBAL, « Réparer le dommage corporel des enfants », *Gaz. Pal.* 10 mars 2012, n° 70, p. 5.

évaluer les douleurs physiques<sup>50</sup>. Lorsqu'il constate des manquements dans leur prise en charge, en particulier au cours des périodes d'hospitalisation, l'expert est invité à majorer leur quantification.

De la même façon, la victime présentant une pathologie psychiatrique est susceptible de présenter une altération du langage, qui se combine avec une représentation métaphorique du corps. Alors, le recours à une échelle d'évaluation adaptée s'impose. Actuellement, il existe « deux échelles d'autoévaluation par le patient et une échelle d'évaluation par le soignant »<sup>51</sup> lorsque ce dernier connaît suffisamment les habitudes du patient. S'il ne fait désormais plus de doute que le malade psychiatrique présente une sensibilité à la douleur, le traitement de sa douleur physique n'est pas toujours satisfaisant en raison de la difficulté à l'évaluer. Aussi, l'expert doit tenir compte des éléments indiqués dans le dossier médical au sujet de la prise en charge du patient, afin de procéder, le cas échéant, à une majoration de la quantification des souffrances physiques.

Enfin, l'on rencontre parfois des victimes cérébrolésées<sup>52</sup> ou des blessés médullaires<sup>53</sup> éprouvant des difficultés à s'exprimer sur les souffrances physiques endurées pendant la maladie traumatique en raison de leur préoccupation pour le devenir<sup>54</sup>. Cela complique la mission de l'expert, qui est alors amené à inviter ces victimes à faire le récit des épisodes douloureux auxquels elles ont été confrontées.

**25. La vue dans la reconstitution des souffrances endurées.** La vue a également un rôle à jouer dans la reconstitution des souffrances physiques endurées, l'examen clinique pouvant apporter des indications concernant leur importance. Les docteurs Thierry et Nicourt ont élaboré une classification associant une blessure à une cotation de souffrances endurées. Cela signifie qu'il existe des lésions dont on sait médicalement qu'elles sont la cause de souffrances plus ou moins significatives<sup>55</sup>. Pourtant, cette classification présente des limites. Les auteurs de ce travail soulignent notamment qu'il n'existe pas nécessairement de

---

<sup>50</sup> C. PETIT, F. BIBAL, « Sur les souffrances endurées par l'enfant », *Gaz. Pal.* 10 mars 2012, n° 70, p. 26.

<sup>51</sup> Concernant l'évaluation des souffrances physiques endurées par le malade psychiatrique, voir A. RENELIER et C. WONG, « Souffrances psychique : un déni médico-légal ? », *Gaz. Pal.* 30 juin 2015, p. 12.

<sup>52</sup> Personnes ayant subi des lésions cérébrales.

<sup>53</sup> Personnes victimes d'une lésion à la moelle épinière.

<sup>54</sup> M.-C. LAGRANGE, *JCI Civil Code*, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-3, n° 174.

<sup>55</sup> M. THIERRY et B. NICOURT, « Réflexions sur les "souffrances endurées" », préc.

« parallélisme entre l'étendue du dommage tissulaire et la sévérité de la douleur »<sup>56</sup>. Il y a également des situations dans lesquelles la douleur physique n'a pas de cause organique identifiable, par exemple la fibromyalgie ou les douleurs neuropathiques. Il arrive encore que la multiplicité des lésions potentiellement douloureuses ne permette pas – ou difficilement – de cerner la nature et l'intensité des souffrances physiques correspondant à chacune d'elles<sup>57</sup>.

Malgré cela, l'existence d'une dimension visible des souffrances physiques est de nature à influencer l'expert, qui est amené à les évaluer dans un poste de préjudice accueillant également les souffrances d'origine morale. En pratique, les souffrances physiques sont plus facilement appréhendées par l'expert, et donc mieux prises en compte<sup>58</sup>. Un auteur a souligné sur ce point que le « corps souffrant » bénéficie d'un « privilège exorbitant » par rapport à la « psyché souffrante »<sup>59</sup>. Pour l'expert, le mal résultant des blessures du corps est plus accessible.

**26. Le rapport d'expertise.** Lorsque ses investigations sont terminées, l'expert rédige un rapport, qui est « la vitrine et le reflet de l'expertise et de l'expert »<sup>60</sup>. Il contient une description précise des souffrances endurées par la victime au cours de la maladie traumatique. Pour le juge, celle-ci est essentielle, car elle lui donne à voir la souffrance. Il est important que l'expert mette en exergue les éléments aggravant le mal, en particulier la douleur associée à certaines lésions ou soins, ainsi que l'anxiété liée à d'éventuelles complications<sup>61</sup>.

Les souffrances post-traumatiques de la victime sont cotées sur une échelle allant de 0 à 7, qui a remplacé la pratique consistant à les qualifier selon leur importance<sup>62</sup> : très légères,

---

<sup>56</sup> S. NOWAK, J.-P. MARTIN, C.-H. RAPIN, « Entre souffrance et douleur », *Douleurs*, 2005, vol. 6, n° 6, p. 341.

<sup>57</sup> C. MANAOUIL, M. GRASER, A. VERRIER, O. JARDÉ., « Évaluation des souffrances endurées en expertise », préc., p. 356.

<sup>58</sup> A. RENELIER et C. WONG, « Souffrances psychiques : un déni médico-légal ? », préc., p. 12. Lorsque les souffrances endurées sont uniquement psychiques, la cotation n'excède jamais 3 sur 7. Les auteurs relèvent à ce titre que la grille d'évaluation indicative recommandée par l'AREDOC fixe la plus haute cotation de souffrances psychiatriques à 3,5/7. – Dans le même sens, voir également C. BERNFELD, F. BIBAL, « Pour une égalité de traitement des dommages psychiques et physiques », *Gaz. Pal.* 17 févr. 2015, p. 5. – Voir aussi J.-B. PRÉVOST, « L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles », préc.

<sup>59</sup> J.-B. PRÉVOST, « L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles », préc.

<sup>60</sup> J.-F. MERCIER, « Le rapport en évaluation du dommage corporel », in M. LE ROY J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., Annexe 4, p. 381.

<sup>61</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n°s 153 à 159.

<sup>62</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, op. cit., n° 139. – M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n° 160. – C.

légères, modérées, moyennes, assez importantes, importantes et très importantes. Cette évolution s'imposait, car les victimes pouvaient avoir le sentiment que leurs souffrances n'étaient pas appréciées à leur juste mesure, notamment lorsqu'elles étaient qualifiées de « modérées » ou de « moyennes »<sup>63</sup>. Les souffrances sont désormais cotées, l'expert pouvant au besoin utiliser des demi-points afin d'indiquer plus précisément leur importance<sup>64</sup>. Cette méthode est cependant critiquée en raison de sa « sécheresse »<sup>65</sup> et d'un manque de transparence<sup>66</sup>. Elle ne mettrait pas suffisamment en avant les facteurs de sensibilité à la douleur<sup>67</sup>. Aussi, l'expert a la possibilité de majorer la cotation des souffrances endurées lorsqu'il constate que la victime présente une sensibilité particulière à la souffrance<sup>68</sup>.

Toutefois, d'un expert à l'autre, les souffrances physiques post-traumatiques de même nature peuvent être cotées différemment selon le barème médical auquel l'expert s'est référé. En effet, les barèmes médicaux n'ont pas tous la même approche du dommage corporel. Ainsi, le barème du concours médical a une approche basée sur le lésionnel, tandis que celui conçu par la Société de Médecine légale a au contraire une approche orientée vers le fonctionnel<sup>69</sup>. Gisèle Mor a souligné qu'une souffrance physique importante, mais peu invalidante, est plus faiblement cotée lorsque l'expert se réfère au barème d'évaluation proposé par la Société de Médecine légale<sup>70</sup>. Aussi, il serait souhaitable qu'un barème médical unique voie le jour afin d'éviter l'arbitraire dans l'évaluation des souffrances endurées. Une proposition de loi Lefrand avait émis l'idée d'une refonte « des différents barèmes médico-légaux actuels en un barème

---

GUILLARD, JCI Administratif, fasc. 842, n° 101.

<sup>63</sup> C. MANAOUIL, M. GRASER, A. VERRIER, O. JARDÉ., « Évaluation des souffrances endurées en expertise », préc., p. 360. – Voir également M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n° 160.

<sup>64</sup> M. PERIER, JCI Civil Code., art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-2, n° 122. – Voir aussi B. LAVERGNE, JCI Resp. civ. et assur., fasc. 370-40, n° 127.

<sup>65</sup> Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, 1983, n° 554.

<sup>66</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, op. cit., n° 142.

<sup>67</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n° 160.

<sup>68</sup> F. BIBAL, « Fiche pratique XIII : Souffrances endurées », *Gaz. Pal.* 31 janv. 2009, p. 41. – Voir également M.-C. LAGRANGE, JCI Civil Code, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-3, préc., n° 191.

<sup>69</sup> G. MOR, « Réparer la souffrance », *Gaz. Pal.* 15 févr. 2014, n° 046.

<sup>70</sup> *Ibid.*

médical unique »<sup>71</sup>. Seulement, cette proposition de loi n'a jamais été adoptée. Par la suite, une loi n° 2011-940 du 10 août 2011 comportait un article prévoyant la création de ce barème médical unique, mais cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel<sup>72</sup>. La création de ce barème est désormais suspendue à la concrétisation de la réforme de la responsabilité civile<sup>73</sup>.

**27. Le prix des souffrances physiques.** C'est au juge qu'il revient de fixer le prix des souffrances physiques post-traumatiques. Pour ce faire, il s'appuie sur la cotation retenue par l'expert, qui n'est toutefois qu'indicative. L'exercice est redoutable, qui consiste à procéder à la « compensation de préjudices sans prix »<sup>74</sup>. Cette recherche du juste prix s'impose en vertu du principe de réparation intégrale<sup>75</sup>. Selon ce dernier, il convient « de rétablir aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de placer la victime aux dépens du responsable dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »<sup>76</sup>. Ce rétablissement n'est autre qu'une œuvre de justice corrective<sup>77</sup>, l'indemnité devant, autant que faire se peut, correspondre à l'ampleur du dommage causé. Concrètement, même si la recherche d'une réparation intégrale des souffrances physiques est incontournable<sup>78</sup>, l'indemnité accordée n'y correspondra jamais<sup>79</sup>. L'application de ce principe au préjudice moral

---

<sup>71</sup> AN, proposition de loi n° 2055 visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation, présentée par G. LEFRAND *et al.*, 5 nov. 2009.

<sup>72</sup> Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-640 DC.

<sup>73</sup> Sénat, proposition de loi n° 678 portant réforme de la responsabilité civile, présentée par P. BAS *et al.*, enregistrée le 29 juill. 2020., art. 1273 : « Le déficit fonctionnel après consolidation est mesuré selon un barème médical unique, indicatif, dont les modalités d'élaboration, de révision et de publication sont déterminées par décret ».

<sup>74</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, « Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels », *D.* 1992. 165.

<sup>75</sup> M.-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice*, th. Montpellier, 2019.

<sup>76</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 28 oct. 1954 ; *JCP* 1957. II. 8765, note MAZARS.

<sup>77</sup> A. SÉRIAUX, *Le droit : une introduction*, éd. Ellipses, 1997, n° 46.

<sup>78</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations*, t. 5, *La responsabilité civile excontractuelle*, in *Traité de droit civil*, C. LARROUMET (dir.), éd. Economica, coll. Corpus Droit Privé, 3<sup>e</sup> éd., 2016, n° 600. L'auteur affirme qu'« à partir du moment où l'on admet le principe même de la réparation du préjudice extrapatrimonial, aucune raison juridique ne permet de le soustraire au principe de la réparation intégrale, les problèmes pratiques d'évaluation pouvant être réglés par un aménagement des éléments ou des méthodes d'évaluation applicables au juge ».

<sup>79</sup> M.-È ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p. 285. Madame Roujou de Boubée considère que « les valeurs morales n'ont pas d'équivalent, ni pécuniaire, ni même moral ». – En ce sens, voir F. GIVORD, *La réparation du préjudice moral*, th. Grenoble, 1938, n° 153. – Voir encore C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, préf. F. POLLAUD-DULIAN, PUAM, 2002, p.



est une « fiction », une « illusion »<sup>80</sup>, qui toutefois perdure parce que le juge en exige l'application et sanctionne ceux qui s'y soustraient<sup>81</sup>. Dans ce domaine, la réparation est intégrale « par acte de langage »<sup>82</sup>.

L'évaluation *in concreto* des souffrances physiques post-traumatiques est la conséquence du principe de réparation intégrale, et une nécessité au regard de la nature du préjudice subi. En effet, ce sont les sentiments les plus respectables de la personne<sup>83</sup> qui ont été atteints et il serait malvenu de les considérer moins favorablement que des atteintes matérielles, par l'application d'un forfait ou d'un plafonnement des indemnités. De plus, la réparation de la souffrance s'inscrit fréquemment dans un processus de guérison<sup>84</sup>. La reconnaissance du statut de victime donne à la personne les moyens de se reconstruire en se procurant les satisfactions qui lui siéent<sup>85</sup>, et contribue à « sédat[er] la violence [...] de la victime qui est dépossédée de la possibilité de se venger elle-même »<sup>86</sup>. Le rejet de ses prétentions ou l'absence de personnalisation de la réparation peuvent avoir l'effet inverse et aggraver les souffrances ressenties. L'évaluation implique de tenir compte de l'ensemble des éléments de faits propres à chaque situation, sans jamais pouvoir se référer explicitement à un barème<sup>87</sup>. L'indemnité étant censée compenser le ressenti douloureux de la victime, le rôle du juge consiste à sonder les cœurs et les reins. Et s'il lui est permis de s'appuyer sur des référentiels, ce ne doit être qu'à titre d'indice<sup>88</sup> et dans le but d'enfermer l'indemnisation dans des proportions qui ne heurtent pas l'entendement<sup>89</sup>. À ce jour, il existe plusieurs référentiels, parmi lesquels on compte ceux

---

95. L'auteur évoque « l'idéal » que représente, dans la plupart des hypothèses, le principe de la réparation intégrale, tout en affirmant qu'il s'agit d'un « point vers lequel doivent tendre toutes décisions jurisprudentielles [...] ».

<sup>80</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations*, t. 5, *La responsabilité civile excontractuelle*, in *Traité de droit civil*, C. LARROUMET (dir.), *op. cit.*, n° 649.

<sup>81</sup> Cass. crim., 8 juill. 1975 ; *JCP G* 1976. II. 18369, note CALEB.

<sup>82</sup> F. LEDUC, *JCI Civil Code*, art. 1382 à 1386, fasc. 201, n° 66.

<sup>83</sup> H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, éd. Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 1959, n° 315. – M. DUBOIS, *Pretium doloris*, *op. cit.*, p. 48-49.

<sup>84</sup> F. ANCEL, « Souffrance : de l'ombre à la lumière », *Gaz. Pal.* 15 févr. 2014, n° 046. – Y. LAMBERT-FAIVRE, « La détermination temporelle des préjudices personnels », *Méd. & Droit* 1996, n° 22, p. 4.

<sup>85</sup> G. MOR, « Réparer la souffrance », préc.

<sup>86</sup> C. DAMIANI, « La réparation psychique », *Méd. & Droit* 2010, n° 100-101, p. 57.

<sup>87</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 nov. 2012, n° 11-25.988 ; *D.* 2013. 2658, note PORCHY-SIMON.

<sup>88</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 juill. 1963 ; *Bull. civ.* II, n° 388.

<sup>89</sup> Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 512. Expliquant l'intérêt

proposés par les cours d'appels d'Aix-en-Provence et de Lyon, et le référentiel indicatif régional de l'indemnisation du dommage corporel qui a vocation à servir de référence dans le ressort de plusieurs autres cours d'appel françaises<sup>90</sup>. Bien que des différences existent entre eux, nous observons une convergence dans les fourchettes proposées. Ainsi, pour une souffrance « moyenne » endurée temporairement, qui serait cotée 4/7, le référentiel de la cour d'appel d'Aix-en-Provence propose une indemnité comprise entre 5.300 € et 10.600 €, tandis que les deux autres référentiels suggèrent qu'elle soit située entre 6.000 et 10.000 €. L'élaboration d'un référentiel indicatif unique d'indemnisation serait de nature à mettre fin à ces divergences.

Afin que l'indemnité soit ajustée à la réalité des souffrances physiques perçues par la victime au cours de la maladie traumatique, le juge retient, comme éléments d'appréciation, tout ce qui permet d'approcher le ressenti douloureux, « la réceptivité personnelle » étant « l'élément essentiel pour la fixation du dommage moral »<sup>91</sup>. Aussi, ce n'est pas tant la prise en considération de la nature et de l'importance des blessures, des périodes d'hospitalisation, de la fréquence et de la pénibilité des soins prodigués à la victime, qui importe, que le sens que la victime leur attribue. Le juge est invité à moduler l'indemnité en fonction du vécu douloureux. La victime ayant davantage souffert doit ainsi obtenir une indemnité plus élevée que celle qui est plus résistante à la douleur<sup>92</sup>. À ce stade, le contexte social, familial et professionnel n'est pas à négliger, car il peut avoir une incidence sur la souffrance éprouvée. Pour autant, certains éléments comme la fortune de la victime ne sauraient entrer en ligne de compte dans la détermination de l'indemnité, car ils n'ont pas d'incidence sur la perception douloureuse<sup>93</sup>. Certes, la fortune a un temps été prise en considération, mais dans un but étranger à la compensation du préjudice de souffrance. En effet, l'objectif était alors de ne pas donner le sentiment à la victime de s'être enrichie par son malheur<sup>94</sup>. Dans une conception punitive des

---

des référentiels, l'auteur souligne que « le *pretium doloris* ou le préjudice d'agrément varient à l'intérieur de certaines limites correspondant à ce qui [...] peut se concevoir pour un esprit normal ».

<sup>90</sup> Référentiel indicatif régional de l'indemnisation du préjudice corporel, 4<sup>e</sup> éd., 2011. Ce référentiel concerne les cours d'appel suivantes : Agen, Angers, Bordeaux, Grenoble, Limoges, Nîmes, Orléans, Pau, Poitiers, Toulouse, Versailles, Basse-Terre.

<sup>91</sup> F. GIVORD, *La réparation du préjudice moral*, *op. cit.*, n° 162.

<sup>92</sup> M.-È ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 363.

<sup>93</sup> F. GIVORD, *La réparation du préjudice moral*, *op. cit.*, n° 160.

<sup>94</sup> T. civ. de la Seine, 12 févr. 1924, cité par J. GANOT, *La réparation du préjudice moral*, *op. cit.*, p. 207-209. « L'indemnité à allouer doit être modérée, eu égard à la situation de fortune du demandeur, de manière à ce qu'elle garde son caractère de réparation, et ne modifie pas cette situation de telle sorte qu'il risque d'être atteint par le

dommages-intérêts, il importait autant que l'indemnité fût un châtement pour le coupable et ne fût point une source apparente d'enrichissement pour la victime.

Le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation<sup>95</sup>, de sorte qu'il n'est lié ni par les conclusions de l'expert, ni par les référentiels indicatifs. Il n'a pas à s'expliquer sur la méthode utilisée pour déterminer l'indemnité<sup>96</sup>. Les souffrances physiques post-traumatiques sont évaluées au moment où il statue « en tenant compte de tous les éléments connus à cette date »<sup>97</sup>. Si la créance de réparation naît au moment où le dommage se réalise, sa liquidation n'intervient qu'au jour du jugement, car il s'agit d'une obligation de valeur<sup>98</sup>. S'il est illusoire de penser que l'indemnité s'ajuste à l'importance du mal enduré, la recherche d'une réparation intégrale est une manière de considérer la personne comme une victime et de l'aider à se reconstruire<sup>99</sup>. Assurément, il n'y a pas d'autre voie que de composer avec l'arbitraire du juge, sauf à considérer que l'arbitraire de la loi lui soit préférable<sup>100</sup>.

Les souffrances physiques subies pendant la période temporaire sont indemnisées au sein du poste de préjudice consacré aux souffrances endurées. Le juge peut allouer une indemnité globale ou des indemnités propres aux souffrances physiques et aux souffrances morales<sup>101</sup>. Alors que le constat a été fait d'une supériorité du physiologique sur le psychologique en raison de sa visibilité, cette distinction aurait le mérite de mettre en évidence les maux subis par la victime. Elle permettrait notamment de bien saisir les sommes qui correspondent aux souffrances physiques. En pratique, c'est une indemnité globale qui est généralement allouée. Sur un plan comptable, l'indemnité relative aux souffrances endurées

---

reproche d'avoir trouvé dans la mort de son père une cause de mieux-être »

<sup>95</sup> Cass. civ., 23 mai 1911 ; *DP*. 1912. 1. 421.

<sup>96</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 déc. 2006, n° 04-13.567 ; *Bull. civ. II*, n° 357.

<sup>97</sup> Cass. crim., 3 nov. 2004, n° 04-80.665.

<sup>98</sup> P. RAYNAUD, « Les dettes de valeur en Droit Français », *Mél. Brèthe de la Grassaye*, t. 1, éd. Bière, 1967, p. 611, n° 16-17.

<sup>99</sup> F. LEDUC, *JCI Civil Code*, art. 1382 à 1386, fasc. 201, n° 66.

<sup>100</sup> F. GIVORD, *La réparation du préjudice moral*, *op. cit.*, n° 175. L'auteur affirme que « l'arbitraire nuancé du juge, tempéré par la connaissance des faits, est préférable à l'arbitraire uniforme de la loi, qui ne connaît que l'abstrait ». – Voir, en sens contraire, M.-È. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 362. Selon cet auteur, « du point de vue de la prévisibilité de la dette de réparation, il peut apparaître souhaitable de substituer à l'arbitraire fluctuant du juge, l'arbitraire uniforme de la loi ».

<sup>101</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 11 oct. 2005, n° 04-30.360 ; *RTD civ.* 2006. 119, obs. JOURDAIN. – Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 mai 2006, n° 05-11.139 ; *D.* 2006. 1486 ; *RTD civ.* 2006. 562, obs. JOURDAIN.

représente quelques centaines d'euros pour une cotation à 1/7 et s'élève à plusieurs dizaines de milliers d'euros lorsqu'elle est de 7/7. La part correspondant aux souffrances physiques est difficile à déterminer, qui dépend de toute façon de la situation d'espèce<sup>102</sup>. L'indemnisation des souffrances physiques qui perdurent malgré la consolidation des lésions présente des difficultés beaucoup plus importantes.

## **Section 2 : Les souffrances physiques définitives**

**28. Nature et circonstances génératrices.** Les souffrances physiques permanentes sont celles qui perdurent malgré la fixation des lésions. Il s'agit d'abord de celles qui ont un caractère récurrent<sup>103</sup>. Si elles sont parfois nociceptives et ont pour origine des lésions pourtant fixées, elles sont plus généralement neuropathiques<sup>104</sup> et se traduisent par des sensations de brûlures, des décharges électriques ou des fourmillements. Ces souffrances physiques sont fréquentes chez les victimes qui ont été amputées ou cérébrólésées. Elles sont handicapantes, la chronicisation révélant l'existence d'un syndrome douloureux. Ensuite, il y a les souffrances

---

<sup>102</sup> Voir, par exemple, Paris, 13 nov. 2008, *JurisData* n° 2008-375359. À la suite de l'explosion d'une bouteille de gaz ayant grièvement blessé un maître d'hôtel qui installait son bar, les souffrances endurées ont été cotées de la manière suivante dans le cadre d'une expertise : 3/7 pour le « *pretium doloris moral* », 7/7 pour le « *pretium doloris physique* ». Le juge a retenu « que ces évaluations sont à cumuler et non à additionner pour prendre en compte l'importance du traumatisme initial, à savoir l'amputation elle-même, le choc émotionnel, les douleurs contusionnelles, les troubles du sommeil, la réaction anxieuse et dépressive, le suivi psychologique et psychiatrique, les médications spécialisées, le fait qu'il n'y avait aucun antécédent notable avant l'accident du travail ; qu'ainsi la cour estime disposer d'éléments d'appréciation suffisant pour fixer ce chef de préjudice à 110.000 euros ». – Comp., Lyon, 27 févr. 2007, *JurisData* n° 2007-336023. Un mécanicien a été victime d'un très grave accident du travail, sa colonne vertébrale ayant été brisée au niveau des cervicales. Les souffrances physiques et morales endurées ont été cotées 7/7 par l'expert. Selon le juge, « compte tenu de la multiplicité et de la nature des interventions chirurgicales subies, des investigations paramédicales et des soins qui ont été nécessaires, des complications infectieuses qui sont survenues et de la douleur morale résultant de la perte d'autonomie et de la conscience de Monsieur X. de son état, il convient d'évaluer à 60.000 euros ainsi que l'a fait le juge de première instance ce poste de préjudice ».

<sup>103</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n° 173. – C. BERNFELD, F. BIBAL, « Douleurs permanentes : pistes de travail pour les reconnaître et les évaluer », *Gaz. Pal.* 3 déc. 2011, n° 337, p. 16.

<sup>104</sup> M.-C. LAGRANGE, JCI Civil Code, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-3, n° 191. L'auteur donne l'exemple de la personne cérébrólésée confrontée aux douleurs neuropathiques permanentes. – J.-B. PRÉVOST, C. BERNFELD, F. BIBAL, « Les souffrances chroniques », préc., p. 13. – M. MOREL FATIO, « Évaluation de la douleur chez la personne présentant un handicap », préc., p. 25. – S. NOWAK, J.-P. MARTIN, C.-H. RAPIN, « Entre souffrance et douleur », préc., p. 342.

qui sont la conséquence des soins réguliers, de la rééducation et des périodes d'hospitalisation. Dans tous les cas, il y a une permanence de la souffrance, qui fait de la victime sa demeure. Cela a des répercussions physiologiques et psychologiques majeures. Certaines douleurs peuvent être invalidantes et porter atteinte « aux fonctions physiologiques de la victime »<sup>105</sup>.

**29. Gravité.** Les souffrances permanentes sont néfastes. Sur le plan physiologique, il est scientifiquement établi qu'elles ont pour effet de modifier le volume et l'activité du cerveau humain<sup>106</sup>. En outre, elles perturbent les mécanismes neurophysiologiques de perception et de modulation de la douleur, ce qui a pour conséquence d'augmenter l'intensité de la perception douloureuse. Sur le terrain psychologique, elles influent sur l'humeur et le comportement de la personne et, à terme, augmentent les risques de dépression et de troubles psychiatriques<sup>107</sup>. L'installation de la douleur dans le quotidien de la victime a pour conséquence son isolement, ce qui aboutit à sa désocialisation et finalement à sa mise « hors du monde »<sup>108</sup>. Une étude a conclu que 30 à 50% des douloureux chroniques souffrent de dépression<sup>109</sup>. La vulnérabilité de la victime est d'autant plus importante que lorsque la douleur n'a pas de cause physiologique déterminée, elle peut être qualifiée de pathologique : elle n'est plus un symptôme annonciateur d'un mal, mais un syndrome<sup>110</sup>. Elle relève du non-sens pour celui qui l'endure. Bref, la douleur chronique « engage une histoire de vie »<sup>111</sup>.

**30. Reconnaissance.** Jusqu'à l'élaboration de la nomenclature Dintilhac, les souffrances permanentes étaient prises en considération de manière marginale. Seules celles que l'on pouvait qualifier de « séquellaires » - qui altèrent la capacité fonctionnelle de la victime – étaient indemnisées au titre de l'incapacité permanente. Au contraire, les souffrances

---

<sup>105</sup> L'atteinte aux fonctions physiologiques de la victime est l'une des trois composantes du poste de préjudice du déficit fonctionnel permanent.

<sup>106</sup> J.-B. PRÉVOST, C. BERNFELD, F. BIBAL, « Les souffrances chroniques », préc., p. 13.

<sup>107</sup> A. GAILLARD, « Douleur morale, douleur physique : mécanismes neurobiologiques et traitement », *Ann. Med. Psychol.*, 2014, n° 172, p. 106. Madame Gaillard souligne dans ce travail que « les patients atteints de douleurs chroniques souffrent davantage de troubles psychiatriques. [...] Par ailleurs, les douleurs chroniques aggravent la dépression. Ainsi, l'intensité de la douleur serait corrélée à l'intensité de la dépression. On retrouve également une association significative avec certains symptômes dépressifs, notamment l'insomnie, le ralentissement psychomoteur, le sentiment de désespoir et de culpabilité et les difficultés de concentration ».

<sup>108</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie de la douleur*, *op.cit.*, p. 30.

<sup>109</sup> S. NOWAK, J.-P. MARTIN, C.-H. RAPIN, « Entre souffrance et douleur », préc., p. 343.

<sup>110</sup> M. MOREL FATIO, « Évaluation de la douleur chez la personne présentant un handicap », préc., p. 20.

<sup>111</sup> J.-P. PIERRON, « Douleur, souffrance et mal », préc., p. 40.

récurrentes ou liées aux soins étaient ignorées. Pourtant, il aurait été possible de les intégrer au *pretium doloris*. Selon le Professeur Yvonne Lambert-Faivre, « [les experts] soulignent qu'ils ne sont pas devins pour prévoir des douleurs erratiques<sup>112</sup> et récurrentes futures »<sup>113</sup>. Au sein de la nomenclature Dintilhac, les souffrances physiques permanentes intègrent le déficit fonctionnel permanent (DFP).

**31. Autonomisation ?** Le poste de préjudice du DFP comprend l'incapacité physiologique, les souffrances permanentes et la perte de qualité de vie. *A priori*, les souffrances permanentes ne sont pas indemnisées de manière autonome, ce qui les distingue des souffrances post-traumatiques. Une autonomisation n'est toutefois pas à exclure, même s'il existe une cassation sur ce point<sup>114</sup>. Dans une affaire, la Cour de cassation semble avoir fait un pas dans cette direction en suggérant qu'une indemnisation des souffrances permanentes en dehors du DFP était possible. Aux juges du fond qui avaient reconnu des dommages-intérêts au titre des souffrances endurées à un ouvrier victime d'une maladie professionnelle, les Hauts magistrats avaient reproché de n'avoir pas préalablement recherché « si les souffrances invoquées par [la victime] n'étaient pas déjà réparées au titre du déficit fonctionnel permanent »<sup>115</sup> dans le cadre de la rente qui lui était versée. L'évocation d'une recherche ne signifie-t-elle pas que les souffrances permanentes pourraient être indemnisées séparément ? Sans doute une autonomisation des souffrances permanentes faciliterait-elle grandement leur évaluation.

**32. Évaluation.** L'évaluation des souffrances physiques permanentes endurées lors des soins réguliers et des périodes d'hospitalisation ne pose pas de difficulté. Celles-ci sont aisément appréhendables grâce aux éléments contenus dans le dossier médical, qui présentent leur nature et leur intensité. Au contraire, l'évaluation des souffrances récurrentes est

---

<sup>112</sup> Il s'agit des douleurs que l'on n'est pas en mesure de localiser.

<sup>113</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, « La détermination temporelle des préjudices personnels », préc., p. 4.

<sup>114</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 févr. 2015, n° 14-10.097 ; *Gaz. Pal.* 16 avr. 2015, p. 20, obs. GERRY-VERNIÈRES ; *Gaz. Pal.* 9 avr. 2015, p. 5, obs. GUÉGAN-LÉCUYER. Selon les Hauts magistrats, « le préjudice moral lié aux souffrances psychiques et aux troubles qui y sont associés étant inclus dans le poste de préjudice temporaire des souffrances endurées ou dans le poste de préjudice du déficit fonctionnel permanent, il ne peut être indemnisé séparément ».

<sup>115</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 févr. 2013, n° 11-21.015 ; *RTD. civ.* 2013, p. 383, obs. JOURDAIN. – Voir également Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 31 mars 2016, n° 14-30.015 ; *D.* 2016, p. 1886, chron. ADIDA-CANAC, VASSEUR, DE LEIRIS, HÉNON, PALLE, BECUWE et TOUATI ; *Dr. soc.* 2016, p. 665, chron. SALOMON. La Cour de cassation casse et annule l'arrêt rendu en appel en ce qu'il a alloué certaines sommes au titre des souffrances physiques et des souffrances morales endurées, « sans rechercher si les souffrances invoquées n'étaient pas déjà réparées au titre du déficit fonctionnel permanent ».

compliquée par le fait que la douleur syndrome est fréquemment neuropathique, ce qui signifie que, détachée des lésions apparentes, ses causes sont obscures<sup>116</sup>. Certes, des questionnaires scientifiquement reconnus ont été établis afin de faciliter leur appréhension, y compris lorsque la victime a des difficultés pour s'exprimer, mais ils sont impuissants à rapporter les doléances d'une victime gravement handicapée ou d'un enfant en très bas âge qui serait incapable de s'exprimer<sup>117</sup>. Alors, l'expert ne peut plus se fonder que sur les données médicales pour procéder à l'évaluation.

**33. Complications.** L'expert chargé d'évaluer le dommage corporel est tenu de prendre en compte, au titre du DFP, la « trinité »<sup>118</sup> qui le constitue. Chacune de ses composantes doit être soigneusement évaluée afin de garantir à la victime la réparation intégrale de ses préjudices. Or, c'est là une source importante de difficultés. Les préjudices qui constituent cette trinité sont de nature différente<sup>119</sup>. Or, les méthodes d'évaluation qui avaient cours au temps de l'incapacité permanente ont perduré. Les barèmes médico-légaux n'ont pas tenu compte des spécificités du déficit fonctionnel permanent. Qu'il s'agisse du barème du concours médical ou de celui conçu par la Société de Médecine légale, les mentions relatives aux souffrances permanentes sont rares<sup>120</sup>. Ainsi, le pourcentage retenu de déficit fonctionnel permanent n'est autre que celui de l'ancienne incapacité permanente, auquel on ajoute parfois « une "pincée" de souffrances endurées »<sup>121</sup>. Un tel constat n'est évidemment pas satisfaisant au regard des canons de la réparation du dommage corporel, qui imposent une indemnisation de chaque préjudice. Les souffrances permanentes doivent faire l'objet d'une évaluation distincte des autres composantes du déficit fonctionnel permanent. C'est en substance ce qu'a indiqué la Haute juridiction de l'ordre judiciaire dans une affaire dans laquelle la victime d'un accident de la circulation dont les lésions étaient fixées, invoquait une aggravation de son préjudice en raison de « l'apparition de douleurs lombaires, de l'aîne et de la hanche gauche et une spasticité importante avec

---

<sup>116</sup> M.-C. LAGRANGE, JCI Civil Code, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-3, n° 191.

<sup>117</sup> Concernant les questionnaires et leurs limites, voir J.-B. PREVOST, C. BERNFELD, F. BIBAL, « Les souffrances chroniques », préc. – M.-C. LAGRANGE, JCI Civil Code, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-3, n° 190.

<sup>118</sup> C. BERNFELD, F. BIBAL, « Présentation : le déficit fonctionnel permanent, une trinité », *Gaz. Pal.* 3 déc. 2011, p. 6.

<sup>119</sup> M.-C. LAGRANGE, JCI Civil Code, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-3, n° 192. – Dans le même sens, voir G. MOR, « Réparer la souffrance », préc.

<sup>120</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n°s 169 et 172. – Voir aussi G. MOR, « Réparer la souffrance », préc.

<sup>121</sup> M.-C. LAGRANGE, JCI Civil Code, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-3, n° 192.

contractures douloureuses ». Selon les Hauts magistrats, « malgré l'absence d'aggravation du taux de déficit fonctionnel, M. X... a perdu, après la consolidation de son état, une partie de sa liberté de mouvements antérieure et a subi des douleurs plus importantes ainsi que des troubles accrus dans ses conditions d'existence, personnelles, familiales et sociales », ce qui caractérisait, à juste titre, une « aggravation du déficit fonctionnel permanent de la victime »<sup>122</sup>. Autrement dit, l'aggravation de l'une des composantes du DFP est suffisante pour constater l'aggravation de l'ensemble.

Malgré cela, les souffrances permanentes restent dépendantes du taux d'incapacité fonctionnelle. Aussi, il est nécessaire que leur autonomie soit consacrée dans un poste de préjudice qui serait créé à cet effet<sup>123</sup>. Comme pour les souffrances post-traumatiques, leur évaluation se ferait sur une échelle allant de 0 à 7<sup>124</sup>.

**34. Prix des souffrances physiques permanentes.** La fixation du prix des douleurs permanentes est rendue difficile par le caractère tripartite du DFP. En pratique, c'est un obstacle à leur indemnisation. Selon un auteur, « c'est comme si, passé le stade de la consolidation, la souffrance n'existait plus par elle-même »<sup>125</sup>. La conservation du calcul « au point » de l'ancienne incapacité permanente partielle ne permet pas la prise en considération des souffrances définitives<sup>126</sup>. Alors que le DFP comprend les souffrances et la perte de qualité de vie en sus de l'incapacité physiologique, les taux n'ont pas été changés et une baisse des indemnisations a même été constatée<sup>127</sup>. Sauf lorsqu'elles contribuent à réduire la capacité physiologique de la victime, les souffrances permanentes – d'origine physique ou morale – ne sont pas indemnisées. Aussi, leur autonomisation est indispensable<sup>128</sup>. Dans le cas où celle-ci serait obtenue, leur indemnisation pourrait se faire selon un ordre de grandeur semblable aux

---

<sup>122</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16 janv. 2014, n° 13-11.353.

<sup>123</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, op. cit.*, n° 209. – C. BERNFELD et F. BIBAL, « Présentation : le déficit fonctionnel permanent, une trinité », préc.

<sup>124</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel, op. cit.*, n° 173. D'après ces auteurs, il est possible de procéder de la sorte dès à présent.

<sup>125</sup> G. MOR, « Réparer la souffrance », préc.

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> C. BERNFELD, F. BIBAL, « Présentation : le déficit fonctionnel permanent, une trinité », préc.

<sup>128</sup> La législation sociale, qui prévoit à l'article L. 452-3 du CSS la réparation intégrale des souffrances physiques et morales de la victime – sans distinction de leur caractère temporaire ou permanent – en cas de faute inexcusable de l'employeur, ouvre la voie à une possible autonomisation des souffrances permanentes.



souffrances post-traumatiques en reprenant les référentiels indicatifs applicables aux souffrances post-traumatiques. Actuellement, le caractère tripartite du DFP et la survivance de l'ancienne définition de l'incapacité permanente ne permettent pas de connaître le prix des souffrances physiques permanentes.

**35. Conclusion de chapitre.** Les souffrances d'origine physique se laissent difficilement appréhender. L'expert ne peut complètement se fier ni à ce que la victime dit de son mal, ni à ce qu'il voit dans le cadre de l'examen clinique. Le manifeste et le visible lui permettent certes de se représenter objectivement ce que la victime a pu endurer, mais cela n'est pas sans faille, et il lui est de toute façon impossible d'accéder au sens qu'elle a pu donner à l'épreuve douloureuse. En outre, malgré l'apport incontestable de la nomenclature Dintilhac dans le cadre de la réparation des dommages corporels, les douleurs physiques permanentes ne peuvent être indemnisées que de manière forfaitaire en raison de l'évaluation au point du DFP. L'indemnisation des souffrances ne peut se faire sans l'autonomie des postes de préjudice concernés et n'est jamais qu'une satisfaction. Les atteintes dont l'âme est la cible occasionnent des blessures invisibles dont l'appréhension est encore plus délicate.



## Chapitre 2 : Les souffrances d'origine morale

**36. Nature.** Le concept clinique de souffrance morale est récent, puisqu'il a été défini au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>1</sup>. Joseph Guislain, qui en est à l'origine, soutient que la souffrance morale inclut l'ensemble des perturbations du sentiment. Il a ainsi affirmé que « le moral a ses stimulants, il a aussi sa douleur ; mais la manifestation en est autre qu'au physique : c'est une peine, un chagrin, une frayeur ; c'est en un mot une souffrance morale »<sup>2</sup>. Cette souffrance ne présente aucune dimension visible, ce qui complique son appréhension. Elle correspond à « toutes les atteintes non localisées et non liées à une lésion physique, tout ce qui a pour cause une représentation, la conscience d'un malheur »<sup>3</sup>.

**37. Manifestations.** Les manifestations de la souffrance morale ne sont pas uniformes. Il y a les peines du cœur lorsque les liens d'affection de la personne sont bousculés. Guislain évoque « la mélancolie sans délire »<sup>4</sup> qu'il décrit comme un « état de tristesse, d'abattement, avec ou sans écoulement de larmes, sans aberration notable de l'imagination, du jugement ni de l'intelligence : c'est le cœur qui souffre exclusivement »<sup>5</sup>. À cette « affection purement sentimentale »<sup>6</sup> s'oppose dans sa complexité la souffrance liée aux troubles intellectuels. Lorsque la sensibilité intellectuelle est stimulée, une réaction morale s'organise qui est une douleur pour celui qui la subit. Ainsi, « les stimulants qui agacent notre sensibilité intellectuelle, provoquent aussi nos déterminations. Qu'une fâcheuse nouvelle nous soit communiquée, à l'instant même nous cessons d'être tranquilles : nous nous levons ; faisant le tour de la chambre, ne pouvant rester en place, nous marchons à pas redoublés ; nous sommes ce qu'on appelle impatients, agités »<sup>7</sup>. Partant, au niveau moral, il y a deux dimensions, l'une étant intellectuelle, l'autre étant affective<sup>8</sup>. Leur bousculement occasionne une souffrance morale, qui est elle-

---

<sup>1</sup> M. MASSON, B. MUIRHEID-DELACROIX, « La douleur morale : historique et devenir d'un concept clinique », *Ann. Méd. Psychol.* 2014, n° 172, p. 139.

<sup>2</sup> J. GUISLAIN, *Traité sur les phrénopathies*, Bruxelles, Établissement encyclographique, 2<sup>e</sup> éd., 1835, p. 1.

<sup>3</sup> J. RUSSIER, *La souffrance*, PUF, 1963, p. 27.

<sup>4</sup> J. GUISLAIN, *Traité sur les phrénopathies, op. cit.*, p. 187.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>8</sup> L. CERISE, « Généralités. Que faut-il entendre, en physiologie et en pathologie, par ces mots : influence du moral sur le physique, influence du physique sur le moral ? », *Ann. Méd. Psychol.* 1843, 1, 1-20. Selon le baron Cerise, qui était médecin de profession, « le moral de l'homme existe par le concours de deux éléments : l'élément

même intellectuelle ou affective. À la personne qui subit injustement et contre son gré une souffrance de cet ordre, le droit accorde réparation. Nous l'envisagerons dans ses manifestations. Les souffrances affectives, d'abord (**Section 1**) ; les souffrances intellectuelles, ensuite (**Section 2**).

## **Section 1 : Les souffrances affectives**

**38. Définition de l'affection.** L'affection se définit comme un « sentiment d'amitié, d'amour, d'attachement pour une personne ou une chose »<sup>9</sup>. L'homme s'attache parce qu'il existe. L'existence consistant à être dans le monde, c'est en s'y projetant que l'homme s'attache. L'homme se lie naturellement aux personnes qu'il aime, aux choses qu'on lui transmet ou qu'il acquiert, et à lui-même. L'injuste atteinte à ce sentiment d'affection ouvre droit à réparation. Nous envisagerons successivement les souffrances affectives résultant de l'attachant aux siens (**§ 1**), aux biens (**§ 2**) et à soi-même (**§ 3**).

### **§ 1 : Les souffrances affectives résultant de l'attachement aux siens**

**39. Développement des liens d'attachement.** La vie en société se prête au développement des liens d'attachements. L'on entre en relation avec autrui, ce qui permet de construire des liens pérennes. Par nature, ces liens se développent plus intensément lorsqu'il existe un lien de sang entre deux personnes. Le lien maternel est le plus emblématique parce qu'il se crée *in utero*. Les liens d'alliance, qui naissent de l'amour que se portent deux êtres, sont également à prendre en considération car, à l'image des liens de parenté, ils favorisent l'attachement.

**40. L'hommage aux défunts.** C'est au cours des périodes de deuil que la souffrance affective se manifeste de façon significative. Elle est exacerbée lorsque la victime a été injustement privée de la possibilité d'organiser ou d'assister aux funérailles d'un proche. C'est le cas de parents qui, ayant perdu un enfant mort-né, apprennent que ce dernier a été incinéré

---

intellectuel et l'élément affectif. Il doit être considéré à la fois comme l'ensemble des idées qui se compliquent d'une émotion, et comme l'ensemble des émotions auxquelles s'associe une idée ».

<sup>9</sup> Dictionnaire Littré, V° Affection, consulté en ligne le 12 juin 2020.

par erreur avec les déchets hospitaliers, cette faute étant de nature à leur causer « un préjudice moral et affectif lié à l'impossibilité dans laquelle ils se sont trouvés d'offrir une sépulture à l'enfant »<sup>10</sup>. Les victimes survivantes du drame du *Queen Mary II* ont subi un préjudice semblable dans la mesure où leur hospitalisation les a confrontées à « l'impossibilité d'assister aux obsèques de leur proche »<sup>11</sup>. Le fait de ne pas pouvoir se recueillir auprès de la dépouille mortelle est pris en considération. Ainsi pour le père de famille qui n'a pas été en mesure de se recueillir auprès du corps de son enfant, le médecin ayant hâtivement fait incinérer le fœtus de quatre mois. En l'espèce, les juges ont estimé qu'un tel acte manifestait une méconnaissance du « lien affectif et humain unissant les parents à leurs enfants et entraînant pour eux un préjudice moral »<sup>12</sup>. En toute hypothèse, la souffrance affective est aggravée par des souffrances intellectuelles liées à la difficulté de faire son deuil. Un syndrome de répétition de la scène traumatique, y compris pendant le sommeil, des mouvements de prostration, ainsi qu'un sentiment d'impuissance et de culpabilité peuvent alors être observés<sup>13</sup>.

**41. La souffrance affective de la victime par ricochet.** La perte ou la survie douloureuse d'un proche, victime principale, met en lumière la force du lien d'attachement qui existe entre parents et amis, ainsi que la souffrance qui résulte de l'atteinte qui lui est portée. Le préjudice moral de la victime par ricochet est personnellement et directement souffert par celle-ci, ce qui explique qu'elle puisse en demander réparation. Cette action personnelle, autrefois teintée de vengeance – l'*actio vindictam spirans*<sup>14</sup> –, a une vocation purement satisfaisante.

À l'action personnelle s'ajoute l'action successorale pouvant être engagée en justice par les ayants droit de la victime défunte, afin d'obtenir réparation de la souffrance éprouvée par cette dernière, y compris lorsqu'elle n'a pas été en mesure d'introduire l'action en réparation<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> CAA Lyon, 18 nov. 2003, *JurisData* n° 2003-248484 ; *JCP G* 2004. II. 10152, concl. KOLBERT. – Voir également Rennes, 13 déc. 1904 ; *D.P.* 1905. 2. 430. En l'espèce, un père de famille a dû se résoudre à ce que sa fille, qui s'est donnée la mort, soit privée de funérailles religieuses et repose dans « le coin aux chiens ». – Voir encore, pour le retard d'un train empêchant un voyageur d'assister aux funérailles de son aïeule, T. com. Lyon, 4 nov. 1910 ; *Gaz. comm.* de Lyon, 7 juin 1911.

<sup>11</sup> Rennes, 2 juill. 2009, n° 1166/2009.

<sup>12</sup> Bordeaux, 28 mars 1985, *JurisData* n° 1985-041715.

<sup>13</sup> M.-F. BACQUÉ, « Deuils et traumatismes », *Ann. Méd. Psychol.* 2006, n° 164, p. 361.

<sup>14</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Coll. Anthologie du Droit, 2014, n° 181.

<sup>15</sup> Pour les juridictions civiles, voir Cass. ch. mixte, 30 avr. 1976 ; *D.* 1977. 185, note CONTAMINE-RAYNAUD. – Voir S. RÉTIF, *JCl. Civil Code*, art. 1382 à 1386, fasc. 101, n° 72. – Pour les juridictions administratives, voir

Si l'on peut, d'un point de vue moral, s'interroger sur la pertinence de cette transmission, qui aboutit, finalement, à « monnayer la souffrance subie par leur auteur »<sup>16</sup>, nous devons reconnaître que celle-ci est juridiquement incontestable, dans la mesure où le droit à réparation, qui n'est autre qu'une créance indemnitaire, naît dans le patrimoine de la victime au moment où le dommage est souffert<sup>17</sup>.

La réparation du préjudice d'affection de la victime par ricochet, qui ne souffre désormais aucune contestation, a fait autrefois l'objet de critiques. Certaines sont d'ordre moral, qui relèvent l'indécence du « marchandage des sentiments familiaux »<sup>18</sup> ou l'avilissement de la douleur lorsqu'elle est monnayée<sup>19</sup>. D'autres sont d'ordre pratique, qui soulignent l'impossibilité de prouver l'étendue du préjudice moral<sup>20</sup>. D'autres enfin insistent sur le fait qu'il est impossible de chiffrer la douleur de la victime par ricochet. Morange s'interrogeait à ce propos : « leur plume ne s'arrêterait-elle pas au moment où ils devraient « chiffrer » son chagrin ? »<sup>21</sup> Seulement, ces arguments ont été réfutés, d'une part, par la généralité des termes de l'article 1240 du Code civil, d'autre part, par la nécessaire réparation des peines du cœur, qui ne sont pas moins graves que les atteintes portées au corps de la victime. Surtout, il a été fait observer que l'évaluation des préjudices matériels présente parfois autant, sinon plus, de difficultés, que celle du préjudice d'affection<sup>22</sup>.

---

CE, 29 mars 2000, *AP-HP*, n° 195662 ; *JCP G* 2000. II. 10360, note DERRIEN. – Pour les juridictions répressives, l'action successorale ne peut être engagée qu'à condition que l'action publique ait été exercée par le défunt de son vivant ou, à défaut, par le parquet. Pour cette dernière hypothèse, voir Cass. Ass. plén., 9 mai 2008, n° 05-87.379 ; *D.* 2008. 1415, obs. LÉNA. – Voir également J. LEROY, *JCI Proc. pén.*, art. 464, fasc. 20, n° 90.

<sup>16</sup> G. VINEY, « Responsabilité civile », *JCP* 1993. I. 3664, n° 32.

<sup>17</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 183. « Pour expliquer cette intransmissibilité, on dit que le dommage, étant purement moral, disparaît avec la personne qui l'a souffert. Mais la disparition du dommage, postérieure à la faute, doit-elle faire disparaître le droit à réparation ? C'est extrêmement douteux. Le droit existe avant le jugement qui le constate. Or c'est un droit à indemnité pécuniaire ; comment ne se transmet-il pas ? »

<sup>18</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, coll. Précis, 8<sup>e</sup> éd., 2015, n° 263.

<sup>19</sup> P. ESMEIN, « La commercialisation du dommage moral », *D.* 1954. 143.

<sup>20</sup> J. POLACK, *Lésion aux sentiments d'affection*, th. Grenoble, 1942, p. 17-22.

<sup>21</sup> G. MORANGE, « À propos d'un revirement de jurisprudence. La réparation de la douleur morale par le Conseil d'État », *D.* 1962. 15.

<sup>22</sup> J. POLACK, *Lésion aux sentiments d'affection*, *op. cit.*, p. 20. – H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, éd. Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 1959, n° 314.

La reconnaissance du préjudice d'affection en cas de décès et de survie de la victime principale permet de prendre en considération l'atteinte portée à la sensibilité de la personne. Selon le rapport Dintilhac, il s'agit de réparer la peine consécutive à la perte d'une personne chère, ou résultant de « la vue de la douleur de la déchéance et de la souffrance de la victime directe »<sup>23</sup>. Le retentissement pathologique est également pris en compte. Il convient de distinguer le préjudice d'affection du mal-être que ces situations génèrent dans la vie de la personne<sup>24</sup>. Le rapport Dintilhac a réservé certains postes de préjudice à la réparation du mal-être. Il s'agit du préjudice d'accompagnement en cas de décès de la victime principale, et du préjudice extrapatrimonial exceptionnel en cas de survie<sup>25</sup>.

**42. Décès de la victime principale.** En cas de décès de la victime principale, la victime par ricochet éprouve une souffrance affective liée à la perte de l'être cher. Un lien d'affection s'étant rompu, la personne se voit arracher une partie d'elle-même. Ce déchirement, qui crée une « béance dans le moi »<sup>26</sup>, est la cause de la souffrance affective et marque l'entrée dans un processus de deuil<sup>27</sup>. Du fait du décès, le survivant réalise l'importance de la place que l'autre occupait dans sa vie. Dans ce contexte, la personne endeuillée connaît fréquemment un état d'asthénie au cours duquel il est possible d'observer un ralentissement de la pensée, de la parole et de l'action<sup>28</sup>. Cette peine est réactivée toutes les fois que la victime se remémore les instants partagés. Les dates anniversaires et certains lieux de vie – un village, une maison, un coin de table où l'on se retrouvait – participent ainsi de la « souffrance du deuil réactualisé »<sup>29</sup>.

Selon les circonstances, la souffrance affective peut être très importante. Elle peut être aggravée par la nature du lien d'affection en cause. La perte d'un parent durant l'enfance occasionne une vive souffrance. Même si le jeune enfant n'est pas encore en capacité de

---

<sup>23</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, juill. 2005, p. 45.

<sup>24</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, op. cit.*, n° 269.

<sup>25</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, juill. 2005, p. 44-45. – Voir *infra*, n°s 207 et 208.

<sup>26</sup> R. LE BERRE, « Le deuil comme épreuve de la relation : une approche philosophique de la perte », *Kinesither Rev.*, 2016, n° 16, p. 28.

<sup>27</sup> M. HANUS, « Deuils normaux, deuils difficiles, deuils compliqués et deuils pathologiques », *Ann. Méd. Psychol.* 2006, n° 164, p. 351.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> R. LE BERRE, « Le deuil comme épreuve de la relation : une approche philosophique de la perte », *préc.*, p. 30.

comprendre le sens de la mort, le décès d'un parent génère une perte. Associant la disparition à un abandon, l'enfant en bas âge est alors exposé à l'apparition de symptômes post-traumatiques<sup>30</sup>. Cela induit en tout cas un changement temporaire de comportement.

De même, il est particulièrement éprouvant pour des parents de faire le deuil d'un enfant, notamment lorsque celui-ci est en bas âge. Alors, la souffrance affective est exacerbée par la gravité de la perte qui ressemble fort à une amputation. L'enfant occupe effectivement une place centrale dans le narcissisme des parents, puisqu'il a vocation à « prolonger les parents »<sup>31</sup>. Surtout, l'existence d'un ordre des générations est bousculée. La mort de l'enfant est vécue comme une injustice. Selon les circonstances de la mort ou les fragilités du parent endeuillé, le risque de retentissement psychique est majoré.

De manière générale, en cas de décès de la victime principale, la souffrance affective est subie par une personne ayant tissé un lien d'affection pérenne avec la victime principale. Malgré cela, il a longtemps existé des limitations quant à la possibilité de demander réparation du préjudice moral. Ainsi, le juge judiciaire a pu exiger du demandeur à la réparation qu'il fût créancier d'aliments à l'égard de la victime<sup>32</sup>, et, lorsque cette condition a été abandonnée, l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance a été demandée<sup>33</sup>. Par la suite, cette condition ayant été à son tour écartée, le juge judiciaire a conditionné la réparation du préjudice d'affection à son « exceptionnelle gravité »<sup>34</sup>. Tandis que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe faisait siennes l'exigence d'un lien de parenté ou d'alliance et l'exceptionnelle gravité du préjudice moral subi en les inscrivant dans une résolution relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès<sup>35</sup>, le juge judiciaire français décidait de

---

<sup>30</sup> M. MENTEC, C. FLAHAULT, « Perdre un parent dans l'enfance : état des lieux des connaissances théoriques et des enjeux cliniques. Description et enjeux de la perte d'un parent dans l'enfance », *Bull. Cancer* 2015, t. 102, n° 3, p. 288.

<sup>31</sup> M. HANUS, « Deuils normaux, deuils difficiles, deuils compliqués et deuils pathologiques », préc., p. 352.

<sup>32</sup> Rouen, 24 févr. 1894 ; *S.* 1897. 2. 25. – Cass. civ., 13 févr. 1923 ; *Gaz. Pal.* 1923. 1. 489, note LALOU.

<sup>33</sup> Cass. Req., 2 févr. 1931, *S.* 1931. 1. 123. Aux termes de cet arrêt, « si l'article 1382 du Code civil, par la généralité de ses termes, s'applique aussi bien au dommage moral qu'au dommage matériel, encore faut-il que l'action en indemnité soit fondée sur un intérêt d'affection, né du lien de parenté ou d'alliance qui unissait la victime du fait dommageable à celui de ses ayants droit qui en demande réparation ».

<sup>34</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 févr. 1956 ; *D.* 1956. 350.

<sup>35</sup> Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Résolution (75) 7, 14 mars 1975, art. 13. « Le père, la mère et le conjoint de la victime qui, en raison d'une atteinte à l'intégrité physique ou mentale de celle-ci, subissent des souffrances psychiques, ne peuvent obtenir réparation de ce préjudice qu'en présence de souffrances d'un caractère exceptionnel ; d'autres personnes ne peuvent prétendre à une telle réparation ».



mettre fin à ces limitations<sup>36</sup>. Cela était justifié à double titre : d'une part, par la généralité des termes de l'article 1240 ; d'autre part, par le fait qu'un lien de sang ou d'alliance permet certes de présumer la souffrance affective, mais en aucun cas de l'attester<sup>37</sup>. Un ami de longue date sera certainement plus affecté par la mort de la victime principale, que le parent ou l'allié en rupture de liens. Depuis 1961, le juge administratif admet, comme son homologue judiciaire, la réparation du *pretium affectionis*<sup>38</sup>, y compris en l'absence de lien de parenté ou d'alliance<sup>39</sup>.

S'il n'existe désormais plus de limitation concernant les proches admis à demander la réparation du préjudice d'affection, il n'en reste pas moins que le préjudice allégué doit être personnel, direct, certain et légitime<sup>40</sup>. Si les deux premiers caractères impliquent, d'une part, que la victime par ricochet souffre, par répercussion, du dommage causé à la victime principale, d'autre part, que cette souffrance soit la conséquence du fait dommageable<sup>41</sup>, le caractère certain conduit à écarter les actions qui seraient intentées de manière opportuniste. Sauf à vouloir objectiver le préjudice d'affection, il ne paraît pas opportun d'admettre les demandes qui seraient uniquement fondées sur de « simples chagrins ou regrets »<sup>42</sup>. En effet, la souffrance générée par cette « béance du moi » se traduit par « une douleur profonde, véritable désarroi de l'âme »<sup>43</sup>. Les juridictions du fond, à qui il revient d'apprécier souverainement le caractère certain du préjudice, ont ainsi rejeté la demande présentée par la concubine ne rapportant pas la preuve d'une relation stable et durable<sup>44</sup>, ou celle présentée par un beau-frère qui entretenait

---

<sup>36</sup> Cass. ch. mixte, 27 févr. 1970 ; *JCP G* 1970. II. 16305, concl. LINDON.

<sup>37</sup> J. POLACK, *Lésion aux sentiments d'affection*, *op. cit.*, p. 81. L'auteur souligne à ce propos qu'en limitant l'indemnisation du *pretium affectionis* au cercle familial, « on écarte des personnes qui peuvent avoir été cruellement atteintes dans leurs affections [...] ».

<sup>38</sup> CE, Ass., 24 nov. 1961, *Letisserand* ; Rec. CE 1961, p. 661 ; *D.* 1962. 34, concl. HEUMANN. – Voir, sur cette question, J.-P. MARKUS, *JCI Administratif*, fasc. 906-20, n° 8. – Voir également B. LAVERGNE, *JCI Resp. civ. et assur.*, fasc. 370-40, préc., n° 128.

<sup>39</sup> CE, 3 mars 1978, n° 94827, *Muësser-Lecompte* ; Rec. CE 1978, p. 116. – Comp., CAA Lyon, 13 mai 2003, n° 98LY01822. En l'espèce, le demandeur à la réparation est le légataire universel de la victime principale. Il ressort de l'arrêt que le fait de s'être occupé régulièrement pendant ses loisirs de la personne défunte ne suffit pas pour donner au légataire « qualité pour obtenir réparation de la douleur morale qu'il a éprouvée [...] ».

<sup>40</sup> S. RÉTIF, *JCI. Civil Code*, art. 1382 à 1386, fasc. 101, n° 65 à 68.

<sup>41</sup> Concernant le caractère direct du préjudice par ricochet, voir F. GIVORD, *La réparation du préjudice moral*, th. Grenoble, 1938, n° 42.

<sup>42</sup> J. POLACK, *Lésion aux sentiments d'affection*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> Nîmes, 30 sept. 1993, *JurisData* n° 1993-030408. – Voir aussi Chambéry, 21 oct. 2009, n° RG 09/00190.

avec la victime des rapports conflictuels<sup>45</sup>. Récemment, la question s'est posée de savoir si l'enfant simplement conçu au moment de la mort d'un proche parent pouvait obtenir réparation de son préjudice d'affection. Après avoir affirmé à plusieurs reprises l'absence de lien de causalité entre le décès et le préjudice allégué<sup>46</sup>, la Cour de cassation, suivant ainsi la position adoptée par certaines juridictions<sup>47</sup>, a opéré un revirement de jurisprudence en considérant que « l'absence définitive » du parent décédé suffisait à caractériser le *pretium affectionis*<sup>48</sup>. La perte est humaine et affective, qui réside dans le « manque irréversible du père pour l'enfant »<sup>49</sup>. Compte tenu des liens qui se créent *in utero* entre l'enfant et ses parents, la perte est bien actuelle. Elle est aussi à venir puisque l'enfant devra se construire sans la présence du père. Le préjudice est « évident »<sup>50</sup>. L'enfant étant conçu au moment de l'accident, il était de son intérêt d'obtenir réparation à sa naissance. C'est une application de l'adage *Infans conceptus*. Enfin, le caractère légitime du préjudice a autrefois contribué au rejet de l'action présentée par la concubine<sup>51</sup>. Depuis, il est tombé en désuétude, le Professeur Yvonne Lambert-Faivre reconnaissant que la jurisprudence « retient le préjudice des victimes par ricochet sur la seule preuve de la réalité des liens affectifs »<sup>52</sup>. Pour autant, il pourrait encore contribuer au rejet des demandes présentées en cas de concubinage adultérin dans la mesure où il existe un devoir de fidélité entre époux. L'existence du lien matrimonial est inconciliable avec l'exigence d'un concubinage stable<sup>53</sup>. Alors, faute d'intérêt légitime, il n'y a pas de préjudice. Pourtant, la jurisprudence n'est pas en ce sens. Une concubine a ainsi obtenu réparation de sa douleur morale après avoir fait la démonstration de l'existence « d'un concubinage ancien, stable et notoire », la cour d'appel soulignant une « communauté de vie réelle, durant laquelle le défunt

---

<sup>45</sup> Douai, 10 mars 2011, n° RG 10/02311.

<sup>46</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 nov. 2010, n° 09-68.903. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 avr. 2013, n° 12-18.199 ; *Resp. civ. et assur.* 2013. 167, note BLOCH.

<sup>47</sup> Agen, 7 févr. 2012, n° RG 11/00635. – CAA Nantes, 16 juin 2017, n° 16NT01005 ; *RFDA* 2017. 983, concl. BRÉCHOT.

<sup>48</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 déc. 2017, n° 16-26.687 ; *JCP* 2018, n° 204, note BINET.

<sup>49</sup> J.-R. BINET, *JCP* 2018, n° 204, note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 déc. 2017, n° 16-26.687.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> Cass. crim., 20 janv. 1966 ; *D.* 1966. 184, note COMBALDIEU. – Cass. ch. mixte, 27 févr. 1970 ; *D.* 1970. 201, note COMBALDIEU.

<sup>52</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, op. cit.*, n° 244.

<sup>53</sup> Cass. crim. 20 janv. 1966, préc.

s'est occupé des deux enfants de sa compagne, alors mineurs, a entouré son amie d'affection et de soins constants attestés par tous les témoins, et lui a témoigné une particulière sollicitude lors de périodes d'hospitalisation »<sup>54</sup>. Or, la victime principale était domiciliée chez son épouse. C'est une jurisprudence désormais établie.

Une personne morale peut-elle obtenir réparation d'un préjudice d'affection ? À cette question, le tribunal civil de Carcassonne a répondu par l'affirmative. En l'espèce, Eugène Picarel, pupille de l'Assistance publique et domestique de ferme, est décédé à l'âge de vingt ans après avoir été renversé par un véhicule. Le Préfet du département de l'Aude, agissant en tant que tuteur des pupilles de l'Assistance et en tant que représentant du département, a demandé réparation de la douleur éprouvée par les membres du service de l'Assistance. Le tribunal a fait droit à sa demande au motif que cette douleur, bien qu'elle ne soit « point comparable à celle d'un père qui pleure son enfant », « n'en est pas moins réelle »<sup>55</sup>. Cette solution n'a pas prospéré<sup>56</sup>. En effet, s'il est indéniable que les membres d'une personne morale sont en mesure d'avoir des sentiments et peuvent éprouver une douleur à la suite du décès d'un être cher, la personne morale est une personne fictive qui, à ce titre, est dans l'incapacité de souffrir<sup>57</sup>.

**43. Survie douloureuse de la victime principale.** En dehors des périodes de deuil, une souffrance affective peut être ressentie lorsqu'autrui se douloir. Ainsi, un préjudice d'affection est subi en cas de survie douloureuse de la victime principale. Grâce aux progrès de l'imagerie cérébrale fonctionnelle, nous sommes en mesure d'en préciser la nature. La confrontation de l'homme à la douleur d'autrui entraîne systématiquement, par empathie, un « processus de résonance émotionnel »<sup>58</sup> qui s'active immédiatement. L'homme se représente ce qu'autrui endure. L'on parle alors de « simulation incarnée »<sup>59</sup>, ce qui se traduit non seulement par le fait d'éprouver une souffrance affective, mais encore par le fait de vivre, d'un point de vue

---

<sup>54</sup> Rennes, 4 juin 1991, *JurisData* n° 1991-047525. – Cass. crim., 20 avr. 1972 ; *JCP* 1972. II. 17278, note VIDAL.

<sup>55</sup> T. civ. Carcassonne, 4 janv. 1923 ; *Gaz. Pal.* 1923. I. 149.

<sup>56</sup> Montpellier, 26 mai 1924 ; *Gaz. Pal.* 18 juin 1924.

<sup>57</sup> J. GANOT, *La réparation du préjudice moral*, th. Paris, 1924, p. 129-130. – J. POLACK, *Lésion aux sentiments d'affection*, *op. cit.*, p. 73-74. – B. DONDERO, « La reconnaissance du préjudice moral des personnes morales », *D.* 2012. 2285.

<sup>58</sup> N. DANZIGER, « La perception de la douleur d'autrui », *Ann. Méd. Psychol.* 2014, n° 172, p. 117.

<sup>59</sup> *Ibid.*

« somato-moteur »<sup>60</sup>, « l'expérience douloureuse d'autrui »<sup>61</sup>. En effet, les régions cérébrales qui se trouvent activées chez la victime principale du fait de la douleur physique ressentie, le sont également chez la victime par ricochet. Toutefois, de récentes études indiquent que ce constat doit être nuancé, étant donné que l'activation de ce processus de résonance émotionnel dépend de certains facteurs, en particulier la nature du lien d'affection qui existe entre l'observateur et la victime principale<sup>62</sup>. Dans les situations dans lesquelles le lien d'affection est fortement enraciné, ce processus est proche de l'« effet miroir ». Alors, « il peut [...] être plus douloureux de voir souffrir l'être qu'on chérit que de le voir disparaître »<sup>63</sup>. Au reste, certaines circonstances exacerbent la souffrance affective ressentie, en particulier les périodes de réanimation ou celles au cours desquelles une incertitude demeure concernant l'ampleur des séquelles permanentes.

Le préjudice d'affection évolue en fonction de l'état séquellaire de la victime principale<sup>64</sup>. Lorsque les lésions ne sont pas encore fixées, la victime par ricochet qui souffre moralement de voir l'être cher ainsi diminué, est confrontée à l'incertitude du devenir de la victime principale, ce qui a pour effet d'exacerber sa souffrance affective. À ce moment, l'on ignore en effet les séquelles définitives qu'elle présentera. Or, « y a-t-il quelque chose de pire que l'incertitude ? »<sup>65</sup>. Cette incertitude est particulièrement pénible lorsque la victime principale a subi un traumatisme crânien puisque, dans cette hypothèse, la consolidation ne peut être prononcée que plusieurs années après le fait dommageable. Au contraire, lorsque les lésions sont fixées, la victime par ricochet a connaissance de l'état séquellaire définitif de la victime principale, le préjudice d'affection correspondant alors uniquement à la douleur générée par la vue de son handicap.

La réparation du préjudice d'affection en cas de survie de la victime principale est

---

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.* – À ce sujet, voir aussi A. GAILLARD, « Douleur morale, douleur physique : mécanismes neurobiologiques et traitement », *Ann. Med. Psychol.*, 2014, n° 172, p. 105.

<sup>62</sup> N. DANZIGER, « La perception de la douleur d'autrui », préc., p. 117.

<sup>63</sup> J. POLACK, *Lésion aux sentiments d'affection*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>64</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, préf. J.-P. DINTILHAC, LexisNexis, coll. Pratique Professionnelle, 20<sup>e</sup> éd., 2015, n° 215. – F. DELBEZ, « Préjudice extra-patrimonial en cas de survie de la victime directe : le préjudice d'affection », *Gaz. Pal.* 19 mars 2011, p. 7.

<sup>65</sup> F. DELBEZ, « Préjudice extra-patrimonial en cas de survie de la victime directe : le préjudice d'affection », préc.

admise dans les deux ordres de juridiction<sup>66</sup>. Le juge judiciaire, qui conditionnait autrefois sa réparation à la gravité exceptionnelle du préjudice subi<sup>67</sup>, ne prévoit plus aucune limitation<sup>68</sup>. La réalité du préjudice est appréciée souverainement par les juges du fond. Pour les parents les plus proches de la victime principale, il existe une quasi-présomption de préjudice<sup>69</sup>. Les parents plus éloignés et les tiers doivent apporter la preuve du lien les unissant à la victime principale<sup>70</sup>. Tout comme en cas de décès, l'enfant simplement conçu peut obtenir réparation de son préjudice d'affection en cas de survie douloureuse d'un de ses parents. Auparavant refusée en raison de l'absence de lien de causalité<sup>71</sup>, la réparation a été admise dans une affaire dans laquelle un père a été gravement accidenté, la juridiction ayant évoqué « le préjudice d'affection de ces enfants qui grandissent aux côtés d'un père physiquement très amoindri de manière irréversible »<sup>72</sup>. La récente évolution de la jurisprudence concernant le préjudice d'affection de l'enfant conçu en cas de décès de son parent<sup>73</sup>, conforte cette évolution qui se justifie par l'application de la règle *infans conceptus*.

**44. Souffrance des proches d'un détenu.** *Mutatis mutandis*, la souffrance affective peut être éprouvée à la suite d'une décision irrégulière ayant abouti au placement d'un proche en détention<sup>74</sup> ou dans un établissement psychiatrique<sup>75</sup>. Ainsi a-t-il été admis par la Cour de cassation que « le placement irrégulier de M. X... en milieu psychiatrique cause à ses parents un préjudice direct dont ils sont bien fondés à demander réparation »<sup>76</sup>. Même si l'irrégularité

---

<sup>66</sup> Concernant le juge judiciaire, voir Cass. civ., 22 oct. 1946 ; *JCP* 1946. II. 3365. – S. RÉTIF, *JCl. Civil Code*, art. 1382 à 1386, fasc. 101, n° 73. – Concernant le juge administratif, voir CE, 17 janv. 1990, n° 80664, *Grandin*. – C. GUILLARD, *JCl Administratif*, fasc. 842, n° 100.

<sup>67</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16 févr. 1967 ; *Bull. civ.* II, n° 77.

<sup>68</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 23 mai 1977 ; *RTD civ.* 1977. 769, note DURRY. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 2010, n° 09-15.907 ; *Resp. civ. et assur.* 2010. 241, note GROUDEL. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 juill. 2013, n° 12-24.164 ; *Resp. civ. et assur.* 2013. 333, note GROUDEL.

<sup>69</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, op. cit.*, n° 268.

<sup>70</sup> H. GROUDEL, *Resp. civ. et assur.* 2013. 333, note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 juill. 2013, n° 12-24.164.

<sup>71</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 févr. 2005, n° 02-11.999, *JurisData* n° 2005-027091.

<sup>72</sup> TGI Niort, 17 sept. 2012, n° 11/1855 ; *Dr. fam.* 2012, alerte 56, note LAMARCHE.

<sup>73</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 déc. 2017, n° 16-26.687, préc.

<sup>74</sup> Nancy, 25 janv. 1873 ; *D.P.* 1873. 2. 11.

<sup>75</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 juin 2010, n° 09-66.026 ; *RTD civ.* 2010. 529, note HAUSER.

<sup>76</sup> *Ibid.*

était formelle, les parents ont souffert d'avoir été injustement privés de la présence de leur enfant. Dans ce cas, « la forme est protectrice du fond et son inobservation justifie, à elle seule, la réparation »<sup>77</sup>.

**45. Souffrance du détenu.** Pour celui qui est injustement détenu, une souffrance affective est également éprouvée. En cas de détention provisoire injustifiée, un droit à réparation du préjudice moral est prévu à l'article 149 CPP. Il est nécessaire que la procédure se soit terminée par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive. Si le législateur a d'abord imposé que le préjudice moral présentât une particulière gravité<sup>78</sup>, le dispositif a ensuite été assoupli<sup>79</sup>. L'indemnisation du préjudice moral prend en considération la souffrance affective de celui qui a été injustement privé de son entourage<sup>80</sup>. Dans un rapport relatif à l'évaluation de la souffrance psychique liée à la détention, il a été mentionné que « le plus difficile à vivre pour la plupart des personnes détenues n'est pas tant les conditions de vie pénibles, l'ennui, le manque d'activités, mais l'interruption de la vie sociale habituelle et surtout le manque de contact avec la famille et les amis »<sup>81</sup>. Cette privation est particulièrement préjudiciable lorsque la personne a été dans l'impossibilité d'apporter à son conjoint l'aide nécessaire dans l'entretien du ménage et l'éducation des enfants<sup>82</sup>. La commission nationale de réparation des détentions, qui examine les recours formés contre les décisions rendues par le Premier président de la cour d'appel compétente<sup>83</sup>, a notamment retenu le « supplément de souffrance »<sup>84</sup> ressenti par le demandeur, père de trois enfants, qui n'a pas pu apporter à son épouse, atteinte d'une maladie psychiatrique, l'aide et le soin dont elle aurait eu besoin pour s'occuper du foyer familial. À la peine du cœur s'ajoute généralement une souffrance intellectuelle liée aux conditions de détention, qui peuvent varier sensiblement selon le lieu de détention. Des conditions de vie dégradées par l'insalubrité ou la vétusté des locaux<sup>85</sup>, par une

---

<sup>77</sup> J. HAUSER, *RTD civ.* 2010. 529, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 juin 2010, n° 09-66.026.

<sup>78</sup> L. n° 70-643, 17 juillet 1970, *JO* 19 juill.

<sup>79</sup> L. n° 96-1235, 30 décembre 1996, *JO* 1<sup>er</sup> janv.

<sup>80</sup> D. CARON, *JCl Proc. pén.*, art. 137 à 150, fasc. 30, n° 306 et s.

<sup>81</sup> Rapport relatif à l'évaluation de la souffrance psychique liée à la détention, E. ARCHER (dir.), Juin 2008, p. 191.

<sup>82</sup> CNR détentions, 26 juin 2006 ; *Bull. crim.* (CNRD) n° 9.

<sup>83</sup> CPP, art. 149-2 et 149-3.

<sup>84</sup> CNR détentions, 14 avr. 2008 n° 07-CRD.090 ; *Bull. crim.* (CNRD) n° 4.

<sup>85</sup> CNR détentions, 25 juin 2012 ; *Bull. crim.* (CNRD) n° 4.

mauvaise entente avec le codétenu, par les menaces subies<sup>86</sup> ou par la surpopulation carcérale<sup>87</sup>, génèrent une souffrance psychologique. La confrontation à la réalité du milieu carcéral occasionne parfois un « choc carcéral », qui se traduit fréquemment par un état dépressif<sup>88</sup>. Enfin, le préjudice moral tient compte du trouble existentiel subi par la victime, la détention injustifiée pouvant dans les cas les plus graves conduire à l'effacement de l'individualité.

**46. Injuste condamnation.** De même, un droit à réparation du préjudice moral est reconnu à la personne déclarée innocente à la suite d'une révision ou d'un réexamen, conformément aux dispositions de l'article 626-1 CPP. Sur un plan procédural, le texte renvoie aux dispositions de l'article 149 susvisé. Le Premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle réside le demandeur est compétent pour connaître des demandes en réparation formées à la suite de la révision ou du réexamen, tandis que la commission nationale de réparation des détentions examine les recours formés contre ces décisions. L'indemnité allouée au titre du préjudice moral tient compte des répercussions de la détention sur le plan affectif et psychique<sup>89</sup>. Les souffrances affectives résultent de la séparation de la victime avec sa famille et ses proches. Elles peuvent également être consécutives aux motifs de l'incarcération lorsqu'ils présentent un caractère ignominieux, auquel cas c'est l'amour-propre qui est atteint<sup>90</sup>. Le demandeur à la réparation peut demander qu'une expertise ait lieu, afin que son préjudice soit correctement apprécié. Cela est recommandé lorsque des troubles psychiques sont avérés, le médecin psychiatre pouvant alors mettre en lumière l'ampleur du dérèglement de l'appareil psychique. Le détenu peut avoir également souffert d'un choc carcéral du fait de la violence de la confrontation aux réalités de ce milieu.

**47. Évaluation.** L'évaluation de la souffrance affective résultant de l'attachement aux

---

<sup>86</sup> CNR détentions, 20 févr. 2006, n° 05-CRD.055 ; *Bull. crim.* (CNRD) n° 4.

<sup>87</sup> CNR détentions, 25 juin 2012 ; *Bull. crim.* (CNRD), n° 3.

<sup>88</sup> Rapport relatif à l'évaluation de la souffrance psychique liée à la détention, préc., p. 187 à 190.

<sup>89</sup> H. ANGEVIN, *JCI Proc. pén.*, art. 622 à 626-1, fasc. 20, n° 246.

<sup>90</sup> Nîmes, 17 nov. 2015, n° 14/05365. En l'espèce, une personne est déclarée coupable de meurtre et condamnée à une peine de vingt ans de réclusion criminelle, à la suite de la découverte d'un corps sans vie. Reconnue innocente dans le cadre de la révision de la décision de justice, la victime de cette erreur judiciaire a été indemnisée au titre de son préjudice moral pour avoir subi 2.558 jours de détention provisoire injustifiée. S'agissant des souffrances affectives, il a été tenu compte de la « séparation de sa famille et notamment de ses jeunes enfants » et des « motifs d'une incarcération faisant encourir des peines très lourdes en termes d'emprisonnement ainsi que son caractère infamant ». Le « retentissement psychologique ayant entraîné de graves conséquences sur son état de santé tant physique que psychique » a également été pris en considération.

siens se heurte à la difficulté d'appréhender le vécu de la victime. Cette difficulté est renforcée par l'absence du visible en cas de souffrance d'origine morale. Il y a alors comme une « clôture qui verrouille l'accès au vécu d'autrui »<sup>91</sup>. En l'absence d'éléments visibles permettant d'apprécier les douleurs ayant été pu être ressenties, il ne reste que la médiation du langage. Seulement, le langage comme moyen de restitution du vécu douloureux souffre d'importantes limites que nous avons déjà soulevées<sup>92</sup>. Malgré cela, le principe de réparation intégrale du préjudice exige de prêter attention au vécu verbalisé par la victime<sup>93</sup>, de présumer sa bonne foi<sup>94</sup> et, dans une optique d'individualisation de l'évaluation, de tenir compte de l'ensemble des éléments permettant de saisir le sens que la personne attribue à son mal<sup>95</sup>. La qualité de l'évaluation dépend « du bon sens et de la saine raison »<sup>96</sup> de celui qui en a la responsabilité. Sauf la situation dans laquelle un dérèglement psychique est avéré, qui requiert la désignation d'un expert<sup>97</sup>, c'est au juge qu'il revient d'évaluer la souffrance affective résultant de l'attachement aux siens. Il s'appuie sur les certificats médicaux, les attestations de proches, et sur la parole de celui qui demande réparation.

S'agissant, plus spécifiquement du *pretium affectionis*, il incombe au juge de déterminer la réalité de la blessure affective subie par la victime par ricochet. S'agissant des plus proches parents, qui bénéficient d'une « présomption simple »<sup>98</sup> de recevabilité du préjudice, une évaluation *in concreto* de la souffrance éprouvée doit être réalisée qui permette de saisir « la

---

<sup>91</sup> J.-B. PRÉVOST, « L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles », *Gaz. Pal.* 17 févr. 2015, n° 048, p. 22.

<sup>92</sup> *Supra*, n° 23.

<sup>93</sup> J.-B. PRÉVOST, « Le vif du sujet : considérations philosophiques sur la souffrance », *Gaz. Pal.* 15 févr. 2014, n° 046. L'auteur invite à dépasser l'« irréductible complexité » de l'évaluation de la souffrance et à « faire droit au vécu de souffrance, et donc à la parole de la victime ».

<sup>94</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, op. cit.*, n° 136.

<sup>95</sup> A. RENELIER et C. WONG, « Souffrances psychique : un déni médico-légal ? », *Gaz. Pal.* 30 juin 2015, n° 181, p. 12.

<sup>96</sup> G. MOR, M. GIRARD, C. JONAS, C. ROSTAND, A. SACAZE, « Ateliers de formation de l'après-midi. 2<sup>ème</sup> atelier : souffrance et stress post-traumatique », *Gaz. Pal.* 2010. 1228.

<sup>97</sup> Cass. crim., 21 oct. 2014, n° 13-87.669. En l'absence de blessures apparentes, on ne peut exclure « l'éventualité de préjudices corporels [...] alors même que le médecin ayant examiné M. X... avait retenu une invalidité consécutive à cet état de stress ». En l'occurrence, l'intéressé avait subi un traumatisme psychologique résultant de violences commises avec arme.

<sup>98</sup> J. POLACK, *Lésion aux sentiments d'affection, op. cit.*, p. 86. – Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, 1983, n° 204.



réceptivité de la victime »<sup>99</sup>. Comme le soulignait Ripert, « "un stoïque au cœur sec" ne souffrirait pas de la mort d'un parent »<sup>100</sup>. Il s'agit alors de « scruter les sentiments » du demandeur, faute de pouvoir « s'en rapporter [à son dire] ni accepter aveuglément une présomption qui n'est pas *iuris et de iure* »<sup>101</sup>. En cas de survie de la victime principale, une attention particulière doit être portée au contexte médical et familial<sup>102</sup>. À défaut de lien de parenté ou d'alliance avec la victime principale, ou lorsque ce lien n'est qu'indirect – la parenté et l'alliance en ligne collatérale, à l'exception, pour la première, des frères et sœurs –, le demandeur à la réparation doit apporter la preuve de l'existence d'un lien d'affection ainsi que l'ensemble des éléments utiles pour en apprécier l'intensité, par exemple des photographies, correspondances ou attestations de proches<sup>103</sup>. L'élargissement du cercle des proches dans la jurisprudence trouve en l'occurrence une limite d'ordre probatoire. Contrairement aux proches parents et aux alliés dont on présume le lien d'attachement, le parent éloigné ou l'ami doit en faire la démonstration pour obtenir l'indemnisation de sa douleur qui, selon sa sensibilité, peut être très variable. Au « stoïque au cœur sec », Ripert oppose ainsi l'« ami au cœur tendre [qui] éprouve une douleur extrême de la mort de son ami »<sup>104</sup>. Devant le juge administratif, cette démonstration consiste, pour le demandeur, à établir le caractère « suffisamment stable et continu » de la relation entretenue avec la victime principale<sup>105</sup>.

**48. Prix.** Le prix des souffrances affectives est souverainement déterminé par le juge. Conformément au principe de la réparation intégrale du préjudice, l'indemnité versée à la victime doit correspondre autant que faire se peut à la souffrance vécue par la victime. Dans la mesure où il n'est pas possible de chiffrer un sentiment, il y a nécessairement dans la somme retenue une part d'arbitraire.

---

<sup>99</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 182.

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> TILLIER, S. 1882. 4. 9, rapp. sous Cass. Belgique, 17 mars 1881.

<sup>102</sup> M.-C. LAGRANGE, JCI Civil Code, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-3, n° 278.

<sup>103</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., nos 216 et 255. – Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, op. cit., n° 263.

<sup>104</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 182.

<sup>105</sup> CE, sect., 3 mars 1978, *Muësser* ; Rec. CE 1978, p. 116. – J.-P. MARKUS, JCI Administratif, fasc. 906-20, n° 8.

S'agissant du préjudice d'affection des victimes par ricochet, des référentiels indicatifs proposent un ordre de grandeur dans les indemnités pouvant être fixées, afin d'éviter de trop fortes disparités entre les juridictions dans les sommes allouées aux victimes se trouvant dans des situations comparables. Le référentiel indicatif régional de l'indemnisation du préjudice corporel<sup>106</sup> propose ainsi de verser jusqu'à 3000 € aux parents éloignés et aux proches de la victime principale. L'indemnité peut être plus élevée – jusqu'à 10.000 € – pour les petits-enfants voyant régulièrement leur grand-parent décédé. La fourchette indemnitaire est semblable pour les grands-parents ne voyant pas régulièrement leur petit-enfant décédé. Ceux qui le voient régulièrement sont susceptibles d'obtenir une indemnité pouvant s'élever à 14.000 €. Dans la fratrie, la perte d'un frère ou d'une sœur justifie le versement d'une indemnité qui sera d'autant plus élevée – jusqu'à 14.000 € - lorsque les frères et sœurs vivaient au foyer avec celui qui est décédé. Selon ce même référentiel, c'est la perte d'un enfant, d'un parent ou d'un conjoint qui entraîne le versement des indemnités les plus élevées – jusqu'à 30.000 €. En cas de perte d'un parent, celle-ci est toutefois plus faible lorsque l'enfant est majeur ou ne vivait plus au foyer. Au contraire, elle est majorée lorsque ce décès le rend orphelin. Lorsque la victime principale survit dans des conditions douloureuses, aucune fourchette indemnitaire n'est proposée, mais il est fait observer que « ce préjudice peut être indemnisé par référence au préjudice d'affection en cas de décès »<sup>107</sup>. L'indemnité peut même être plus élevée lorsque la victime par ricochet est confrontée au grand handicap de l'être cher. En pratique, si les sommes allouées par le juge correspondent à ces fourchettes indemnitaires, il arrive qu'elles s'en démarquent dans des circonstances particulières de nature à aggraver la souffrance affective. Ainsi, les parents d'un enfant de 11 ans très gravement handicapé à la suite d'un accident de la circulation ont obtenu 50.000 € au titre de leur préjudice d'affection, l'enfant étant confronté de manière définitive à une incapacité fonctionnelle de 70 %<sup>108</sup>. La même somme a été allouée à une femme handicapée devenue veuve à la suite de la mort de son mari en raison d'un cancer lié à son exposition à l'amiante. Le juge constate « qu'elle présente un syndrome dépressif persistant » depuis la disparition brutale de son mari ; « qu'handicapée, son mari l'accompagnait partout, et qu'elle doit maintenant dépendre des autres pour accomplir les tâches qui incombaient auparavant à son mari »<sup>109</sup>. En cas de préjudice d'affection « exceptionnel », l'indemnité peut atteindre

---

<sup>106</sup> Référentiel indicatif régional de l'indemnisation du préjudice corporel, 4<sup>e</sup> éd., 2011, p. 22.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>108</sup> Bordeaux, 23 févr. 2011, *JurisData* n° 2011-014018.

<sup>109</sup> Rouen, 24 juin 2009, *JurisData* n° 2009-009063.

100.000 €. C'est ce qui a été alloué à une femme dont la mère a été enlevée, séquestrée, violée et assassinée. Elle vivait « avec sa mère, veuve, alors âgée de 81 ans dont elle était extrêmement proche et qu'elle assistait de façon quotidienne ». Aux frères de la victime, une indemnité de 70.000 € a été versée. Proches de leur mère qu'ils voyaient régulièrement, ils « ont pu mesurer la peur ressentie par leur soeur dont ils ont entendu la voix à l'occasion de son appel à la gendarmerie. Ils doivent vivre avec ce souvenir et accepter qu'il n'a pas été possible de lui porter secours »<sup>110</sup>. L'indemnité est ajustée à l'intensité de la souffrance vécue, qui dépend étroitement des liens d'attachement et des circonstances du décès ou de la survie douloureuse de l'être cher.

S'agissant des souffrances affectives résultant de la privation injuste de liberté, l'indemnité allouée à la victime est d'autant plus élevée que la durée de la détention a été longue. Elle varie en fonction du retentissement de la détention sur la sensibilité de la personne. Le juge tient compte également de la personnalité de l'intéressé, de ses précédentes confrontations au milieu carcéral, de son âge. Il est difficile de déterminer le prix des souffrances affectives dans la mesure où l'évaluation de la souffrance se fait *in globo*. En effet, le préjudice moral reconnu dans ces circonstances recouvre aussi bien les atteintes à la *sensibilité* – rupture des liens familiaux, atteintes à la réputation et à l'honneur, troubles psychiques – que des aspects *existentiels*. À un homme injustement détenu pendant plus de 5 ans, la justice a alloué une provision de 100.000 € à valoir sur l'indemnisation du préjudice moral, qui tient compte « du choc carcéral subi, de la durée extrêmement longue de sa détention, de l'isolement tant à raison de l'éloignement géographique de ses proches que du barrage de la langue et de la culture, de l'existence d'une seconde réincarcération sous le coup d'une peine de 25 ans de réclusion criminelle assortie d'une période de sûreté »<sup>111</sup>. La dimension affective de la souffrance ne correspond qu'à une partie de cette provision.

## **§ 2 : Les souffrances affectives résultant de l'attachement aux biens**

**49. Développement des liens d'attachement.** L'attachement aux autres est une manifestation de la capacité de l'homme à se projeter dans le monde, et donc à exister. L'attachement aux biens s'inscrit dans cette démarche. L'homme s'y attache pour ce qu'ils

---

<sup>110</sup> Paris, 29 janv. 2015, *JurisData* n° 2015-026561.

<sup>111</sup> Paris, 3 oct. 2016, *JurisData* n° 2016-026561.

représentent. Certains biens, qui se transmettent de génération en génération, sont gorgés d'histoire, de souvenirs, et acquièrent, aux yeux de leur propriétaire, une valeur morale considérable. D'autres biens, pourtant moins anciens, font l'objet d'un attachement semblable. Des objets modiques, tels une carte postale ou des dessins d'enfants<sup>112</sup>, peuvent être l'objet d'un attachement aussi fort que le souvenir qu'ils représentent. En principe, l'atteinte portée à ces biens justifie la réparation du préjudice moral subi.

**50. Tombeau de famille.** À ce propos, le tombeau de famille est un bien doté d'une valeur morale importante et son intégrité doit être sauvegardée. Il représente « le lieu de séjour des morts »<sup>113</sup>. Parce que les morts doivent reposer en paix, la loi pénale réprime les atteintes qui lui seraient portées<sup>114</sup>. Les actes de profanation sont ainsi sanctionnés pénalement et les membres de la famille victimes de ces dégradations peuvent obtenir en justice réparation<sup>115</sup>. Ces actes sont en effet de nature à leur causer un grand émoi et à provoquer, selon les circonstances, « un important traumatisme psychologique »<sup>116</sup>. De plus, les atteintes à la tranquillité du tombeau de famille justifient l'engagement de la responsabilité de la commune lorsque le fait dommageable est imputable aux services municipaux<sup>117</sup>. Le juge administratif est en principe compétent, sauf l'hypothèse d'une voie de fait, par exemple en cas d'inhumation d'une personne étrangère dans une concession<sup>118</sup>. C'est encore le cas lorsqu'une personne, dont la famille a obtenu l'attribution, plusieurs décennies auparavant, d'une concession perpétuelle de terrain dans le cimetière communal, se trouve confrontée à une procédure irrégulière de retrait de la concession, la commune ayant négligé de prendre un arrêté de reprise de la concession abandonnée. Les juges du fond ont alors considéré que cette voie de fait justifiait la réparation d'un « préjudice d'ordre affectif tenant à la perte d'un lieu de sépulture dédié au souvenir de ses proches », et à « l'impossibilité définitive pour M. Y... de pouvoir honorer la

---

<sup>112</sup> Limoges, 2 avr. 2009, n° RG 08/00977.

<sup>113</sup> J. JULIEN, « Sépulture – La dernière demeure », *Dr. fam.* 2004, n° 9, étude 21.

<sup>114</sup> C. pén., art. 225-17 et s.

<sup>115</sup> Poitiers, 11 août 1873 ; *D.P.* 1874. 2. 206. Dans cette affaire, un monument funéraire a été renversé et les cendres ont été dispersées.

<sup>116</sup> Riom, 7 juin 2006, n° RG 06/00186.

<sup>117</sup> J. JULIEN, « Sépulture – La dernière demeure », préc.

<sup>118</sup> TA Lille, 11 mars 1999 ; *AJDA* 1999. 1026, note DUTRIEUX. – Voir aussi Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 janv. 2003, n° 01-14.226.

mémoire de son père, de sa belle-mère et des parents de celle-ci »<sup>119</sup>.

**51. Autres biens chargés d'une valeur morale.** De même, l'atteinte injustement portée à un bien chargé d'une valeur morale, fût-il modique, justifie la réparation du préjudice affectif causé à son propriétaire. Il ressort ainsi de la jurisprudence que la vente, par erreur, de bijoux de famille<sup>120</sup> ; la perte de biens modiques constitutifs de souvenirs familiaux<sup>121</sup> ; la dégradation, par des locataires, de meubles de cuisine anciens<sup>122</sup>, sont la cause d'une souffrance affective, à laquelle peut s'ajouter une souffrance intellectuelle selon la gravité des faits<sup>123</sup>. Ainsi, des époux, propriétaires d'une résidence secondaire, ayant été victimes d'un cambriolage, ont apporté la preuve du défaut de surveillance par une société avec laquelle ils avaient conclu un contrat de télésurveillance, et obtenu la réparation de leur préjudice moral « découlant de la valeur affective et familiale d'objets transmis aux victimes par plusieurs générations d'ascendants ou par des amis étrangers »<sup>124</sup>. Parmi les biens dérobés, il y avait en particulier un authentique buffle de jade de 150 kg, sculpté en Chine au XVII<sup>ème</sup> siècle, qui se transmettait dans la famille depuis près d'un siècle.

*Mutatis mutandis*, la perte d'un animal<sup>125</sup> justifie l'indemnisation de son propriétaire, dès lors qu'il est établi que cette perte lui cause un « préjudice d'ordre subjectif et affectif »<sup>126</sup>. Ainsi, le fait que l'animal soit réservé à la vente exclut toute indemnisation<sup>127</sup>. Il en est de même lorsque le demandeur à la réparation, propriétaire de plusieurs chevaux, ne rapporte pas la

---

<sup>119</sup> Nîmes, 15 juin 2010, *JurisData* n° 2010-020683.

<sup>120</sup> Aix-en-Provence, 7 juin 2012, *JurisData* n° 2012-013372. Les biens de la victime, placés dans un coffre-fort à la banque, ont été vendus par erreur à la suite d'une confusion avec un autre coffre-fort, dans le cadre d'une liquidation de succession. – Voir aussi Paris, 27 nov. 2014, *JurisData* n° 2014-032243.

<sup>121</sup> Limoges, 2 avr. 2009, n° RG 08/00977.

<sup>122</sup> Versailles, 18 sept. 1998, *JurisData* n° 1998-045128. « Considérant que les dommages-intérêts que réclament les époux M. en réparation de leur préjudice, de ce chef, ne correspondent pas uniquement à la valeur vénale de ce mobilier, certes ancien, mais qu'ils réparent, en outre, le préjudice affectif et personnel, extra-patrimonial, qui leur a ainsi été directement causé par ces actes volontaires de dégradations et de destructions commis par les époux F., qui ont porté atteinte à leur droit de propriété ».

<sup>123</sup> Paris, 27 nov. 2014, *JurisData* n° 2014-032243. En l'espèce, les juges constatent que la victime « souffre d'un syndrome de stress post-traumatique provoqué par la violence du vol qu'elle a subi dans et par la banque à laquelle elle avait fait confiance pour y ouvrir un coffre et protéger ses biens de grande valeur, et dont c'est la profession ».

<sup>124</sup> Versailles, 28 janv. 2010, *JurisData* n° 2010-000351.

<sup>125</sup> C. civ., art. 515-14. « Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens ».

<sup>126</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 janv. 1962 ; *D.* 1962. 199, note RODIÈRE.

<sup>127</sup> Lyon, 20 déc. 2001, *JurisData* n° 2001-181173.

preuve de son attachement particulier à l'animal disparu, qu'il avait placé en pension entraînant à plusieurs centaines de kilomètres de son domicile<sup>128</sup>. Au contraire, le préjudice est établi lorsqu'il est démontré, par exemple, que la perte de l'animal prive son propriétaire de « la satisfaction de voir courir un animal [...] qui présente [...] de grandes qualités sportives »<sup>129</sup>, des « satisfactions » que procure le fait de « posséder et de pouvoir faire courir un animal exceptionnel »<sup>130</sup>, ou des « qualités de la chienne décédée » qui était l'« une des meilleures reproductrices de son élevage et qui était pleine à l'époque de l'accident »<sup>131</sup>. S'il est difficile, pour le propriétaire, d'apporter la preuve de son attachement effectif à l'animal disparu, il doit, *a minima*, démontrer qu'il avait de sérieuses raisons d'y être attaché.

Le principe de la réparation du préjudice affectif causé par la perte d'un animal familial est acquis depuis l'arrêt *Lunus* rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 16 janvier 1962<sup>132</sup>. La solution a été confirmée<sup>133</sup>. Si elle a été sévèrement critiquée par la doctrine de l'époque, qui la comparait avec celle refusant la réparation du préjudice d'affection de la fiancée<sup>134</sup>, elle ne souffre désormais plus de critiques, le préjudice d'affection de la victime par ricochet étant réparé quel que soit le lien de parenté ou d'alliance unissant celle-ci à la victime principale. Les craintes jadis exprimées de dérives dans la quantification du préjudice sont démenties par les faibles indemnités prononcées par les juridictions françaises, qui témoignent au contraire d'une relative « modération »<sup>135</sup>.

**52. Exclusion de la réparation du préjudice affectif en cas d'expropriation.** Par exception, le propriétaire foncier « privé contre son gré de sa propriété » ne peut pas obtenir réparation de sa souffrance affective. Pourtant, la perte forcée d'une propriété est susceptible

---

<sup>128</sup> Angers, 5 juin 2012, n° RG 11/00268.

<sup>129</sup> Poitiers, 22 juin 2012, *JurisData* n° 2012-033009. Cette affaire concerne la perte du cheval « Perle d'Amour », descendant de « Général du Pommeau », célèbre cheval de course trotteur français.

<sup>130</sup> Limoges, 29 juin 1995, *JurisData* n° 1995-042296.

<sup>131</sup> Toulouse, 17 janv. 2006, *JurisData* n° 2006-312720.

<sup>132</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 janv. 1962 ; *D.* 1962. 199, note RODIÈRE.

<sup>133</sup> Cass 1<sup>ère</sup> civ., 27 janv. 1982 ; *JCP* 1983. II. 19923, note CHABAS. – Voir aussi Rouen, 16 sept. 1992 ; *D.* 1993. 353, note MARGUÉNAUD.

<sup>134</sup> RODIÈRE, *D.* 1962. 199, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 janv. 1962. L'auteur compare cette décision avec celle refusant l'indemnisation de la fiancée éplorée, et estime qu'elle sera critiquée par ceux qui « rappelleront tous les exemples historiques d'amour démesuré porté à des animaux ». Il évoque *Incitatus*, le cheval que Caligula voulait faire consul.

<sup>135</sup> C. HIGY, « Le préjudice d'affection du propriétaire de l'animal disparu », *AJ fam.* 2012. 85.

de l'affecter. Pour l'homme, la propriété est un lieu d'enracinement. Au fil du temps, des souvenirs s'y créent. Elle acquiert une valeur morale qui peut avoir dans l'esprit du propriétaire une plus grande importance que sa valeur vénale. C'est le cas d'une personne âgée qui habitait depuis cinquante ans un immeuble avant d'en être expropriée. Cela a eu pour conséquence de rompre les liens familiaux qu'elle entretenait avec des membres de sa famille qui vivaient dans l'immeuble voisin. Malgré cela, le juge judiciaire a refusé l'indemnisation du préjudice affectif occasionné<sup>136</sup>. Cette solution a été confirmée à plusieurs reprises<sup>137</sup>.

La limitation de l'indemnisation au seul préjudice matériel est prévue à l'article L. 321-1 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Cette disposition a été jugée conforme à la Constitution<sup>138</sup> au motif qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose que la collectivité expropriante, poursuivant un but d'utilité publique, soit tenue de réparer la douleur morale éprouvée par le propriétaire ». C'est une position contestable. Juridiquement, l'indemnisation de la souffrance affective était admise jusqu'à la réforme opérée par ordonnance le 23 octobre 1958<sup>139</sup>. Sur le plan du droit européen, les dispositions de l'article premier du protocole additionnel à la CESDH, qui ont été précisées dans un arrêt *Broniowski c/ Pologne*<sup>140</sup>, protègent la propriété de toute personne physique ou morale, et exigent que l'atteinte à la substance de la propriété soit prévue par la loi, reconnue d'utilité publique et proportionnelle. La proportionnalité implique un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la protection des droits fondamentaux de l'homme<sup>141</sup>. Certes, la législation française prévoit une exclusion du préjudice moral en cas d'expropriation, qui s'inscrit dans une démarche de bonne gestion des deniers publics ; mais l'exigence de proportionnalité ne semble pas respectée. La souffrance affective causée par l'atteinte à la propriété peut être très importante, puisqu'il s'agit d'un bien objet d'attachement. L'expropriation est de nature à générer de l'anxiété et crée un trouble dans les conditions d'existence. Dans ces circonstances, l'exclusion du préjudice moral apparaît disproportionnée. Aussi, une modification de la

---

<sup>136</sup> Cass. civ., ch. expr., 29 oct. 1965 ; *Bull. civ.* V, n° 118.

<sup>137</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 mai 1972 ; *Bull. civ.* III, n° 355. – Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 mars 2011 ; *RDI* 2011. 325, note HOSTIOU ; *D.* 2011. 948, obs. FOREST.

<sup>138</sup> C. const., 21 janv. 2011, n° 2010-87 QPC, *M. Jacques S.* ; *AJDA* 2011. 447, note HOSTIOU.

<sup>139</sup> G. FOREST, « Regards prospectifs sur le refus de réparer le préjudice moral de l'exproprié », *D.* 2011. 2127, n° 16.

<sup>140</sup> CEDH, 22 juin 2004, n° 31443/96, § 147 à 151.

<sup>141</sup> CEDH, 23 sept. 1982, aff. *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, n° 7151/75, § 69.

législation serait bienvenue.

### **§ 3 : Les souffrances affectives résultant de l'attachement à soi-même**

**53. Personnalité.** Au sein du patrimoine moral des hommes, il y a un « bien personnel »<sup>142</sup>. Il s'agit de la personnalité. Elle permet de distinguer les hommes entre eux, elle en fait des êtres uniques. La personnalité se définit comme l'ensemble des éléments caractérisant « en particulier un individu (dans ses tendances et son tempérament), son individualité, son caractère »<sup>143</sup>. La vie privée, l'image et la voix, l'intégrité corporelle, la présomption d'innocence, l'honneur et la réputation, en sont les principaux aspects.

Les droits de la personnalité sont des éléments personnels et intimes faisant l'objet d'une protection juridique qui s'est organisée dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Le législateur a pris conscience des nouvelles menaces dont la personnalité pouvait être l'objet. Elles sont liées au développement de notre société. Il est vrai que « les progrès de la technologie, les nouveaux moyens de communication, d'information et de recherche, ont multiplié les occasions de porter atteinte à la dignité des personnes auxquelles les tribunaux se sont finalement trouvés confrontés »<sup>144</sup>. Lorsque les droits de la personnalité ne sont pas respectés, la personne a droit à réparation du préjudice qu'elle a subi. Elle profite d'« une zone de protection »<sup>145</sup>. Une indemnité peut lui être accordée en compensation du préjudice moral subi.

**54. Souffrance affective résultant d'une atteinte à la vie privée et à l'expression.** Aux termes de l'article 9 du Code civil, « chacun a droit au respect de sa vie privée ». Toute personne peut se prévaloir du droit au respect de sa vie privée. Celle-ci se présente comme « un ensemble d'informations personnelles, regroupant des éléments relatifs à l'identité des personnes et de leur patrimoine »<sup>146</sup>. La vie privée est composée d'éléments divers parmi

---

<sup>142</sup> J. GANOT, *La réparation du préjudice moral*, op. cit., p. 7.

<sup>143</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, V<sup>o</sup> Personnalité, p. 679.

<sup>144</sup> M. DUPUIS, *Lamy Personnes et famille*, n<sup>o</sup> 223-15.

<sup>145</sup> G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1989, n<sup>o</sup> 279.

<sup>146</sup> M. DUPUIS, *Lamy Personnes et famille*, n<sup>o</sup> 226-5.



lesquels on trouve la vie personnelle et familiale<sup>147</sup>, l'état de santé<sup>148</sup>, la religion<sup>149</sup>, et même l'identité<sup>150</sup> et le domicile<sup>151</sup>. La vie privée est plus étroite pour les personnes célèbres étant donné que des informations qui leur sont personnelles sont connues du public. Quant à l'expression de la personne à travers l'image et la voix, elle est également protégée sur le fondement de l'article 9 du Code civil. Ces « modes d'extériorisation de la personne »<sup>152</sup>, bien que voisins de la vie privée, s'en distinguent. Ainsi, en cas d'atteintes simultanées portées à la vie privée et à l'image d'une personne, deux préjudices sont susceptibles de réparation<sup>153</sup>.

La divulgation d'informations relatives à la vie privée de la personne, l'immixtion dans celle-ci, et la reproduction de son image, constituent en principe des atteintes à la vie privée. Lorsque l'atteinte est jugée illicite, la victime a droit à réparation de son préjudice moral. Il n'est pas rare d'ailleurs que ce préjudice soit le seul. Bien qu'ils ne soient pas exclus, les canons de la responsabilité civile, d'après lesquels la réunion d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité est requise, font l'objet d'atténuations. Ainsi, le seul constat d'une atteinte à la vie privée<sup>154</sup> ou à l'image<sup>155</sup> de la personne ouvre droit à réparation.

La réparation peut prendre la forme d'une publication de la sentence dans la presse, d'un « bandeau » sur une image<sup>156</sup> ou encore d'un message inséré dans un ouvrage litigieux<sup>157</sup>. L'allocation de dommages-intérêts reste le mode de réparation le plus commun. Elle est même le seul mode de réparation adéquat dans le cas où la publication litigieuse et le dommage en résultant ont été définitivement consommés, par exemple lorsque le journal a été mise en vente il y a plusieurs jours<sup>158</sup>. Leur montant varie en fonction de l'importance de la blessure affective.

---

<sup>147</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 26 nov. 1975, n° 74-12.957.

<sup>148</sup> Paris, 26 juin 1986 ; *D.* 1987. 136, obs. LINDON et AMSON.

<sup>149</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 mars 2001, n° 99-10.928 ; *D.* 2002. 248, note DUVERT.

<sup>150</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 mai 2008, n° 07-12.126.

<sup>151</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 25 févr. 2004, n° 02-18.081.

<sup>152</sup> S. PIEDELIÈVRE, L.-F. PIGNARRE, P. BRUN, *Lamy Responsabilité*, n° 222-77.

<sup>153</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 déc. 2000, n° 98-21.161.

<sup>154</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 nov. 1996, n° 94-14.798 ; *D.* 1997. 289, obs. JOURDAIN.

<sup>155</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 juill. 2006, n° 05-14.738.

<sup>156</sup> TGI Paris, réf., 31 janv. 1983 ; *D.* 1984. 48, note LINDON.

<sup>157</sup> TGI Paris, réf., 21 oct. 1981 ; *JCP G* 1982, II, 19794, note BOULANGER.

<sup>158</sup> Paris, 19 juin 1987 ; *JCP* 1988. II. 20957, note AUVRET.

Il y a une exigence de réparation intégrale du préjudice subi. Notons que le juge européen reste vigilant à ce que l'encadrement des indemnités allouées aux victimes d'une atteinte aux droits de la personnalité ne soit pas trop strict, de sorte que leur protection soit effective<sup>159</sup>. Leur montant reste modique lorsque la blessure est faible. Ainsi, 500 € ont été alloués à chacun des membres d'une famille dont l'image a été utilisée à des fins personnelles par la société chargée de faire la promotion de leur domaine, le juge constatant que « le préjudice demeure assez symbolique »<sup>160</sup>. Parfois, la réparation se limite à un euro lorsque celui-ci est infime<sup>161</sup>. Au contraire, il est élevé lorsque la blessure est profonde. Un préjudice moral très important est subi par la personne victime de la retransmission fautive par une chaîne de télévision « des faits au cours desquels l'existence du demandeur était en jeu ». L'atteinte portée à la vie privée et à l'image a en l'espèce justifié l'allocation d'une indemnité de 100.000 francs<sup>162</sup>. Afin de prendre la mesure de la souffrance vécue par la personne, le juge tient compte des circonstances dans lesquelles l'atteinte à la vie privée ou à l'expression a eu lieu, ainsi que du comportement du demandeur à la réparation, puisqu'ils ont une incidence sur la prise de conscience du phénomène douloureux. L'atteinte à la vie privée et à l'image de la personne occasionne une blessure d'autant plus vive que le support ayant permis la diffusion de l'information ou de l'image litigieuse avait une large audience. Ainsi le préjudice moral subi est « d'autant plus important [que la retransmission] s'est produite lors d'une tranche horaire et d'une émission télévisée de forte audience »<sup>163</sup>, ou que « l'un des clichés figure en couverture et est donc visible d'un public plus large que le lectorat »<sup>164</sup>. Par contre, la victime d'une atteinte à la vie privée qui avait pour habitude de l'exposer largement<sup>165</sup> ou qui considérait comme légitime d'exposer

---

<sup>159</sup> CEDH, 25 nov. 2008, aff. *A. et B. c/ Lituanie*, n° 36919/02 et n° 23373/03. Une législation qui limite trop sévèrement les indemnités allouées aux victimes d'une atteinte à la vie privée est contraire à l'article 8 de la Convention EDH dans la mesure où elle les prive de toute protection de leur vie privée et n'est pas dissuasive. La législation lituanienne limitait ainsi la réparation à 2.900 €. Dans cette affaire, la séropositivité d'un couple avait été révélée au sein du village dans lequel il vivait.

<sup>160</sup> Colmar, 22 févr. 2007, n° RG 05/03934.

<sup>161</sup> Paris, 5 déc. 1988 ; *D.* 1990. 239, obs. AMSON (atteinte à l'image). – TGI Nanterre, 6 mai 2002, *Légipresse* 2002, I, p. 94 (atteinte à la vie privée).

<sup>162</sup> TGI Nanterre, 18 janv. 1995 ; *Gaz. Pal.* 24 mai 1995, n° 1445, p. 28.

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> Versailles, 8 févr. 2001, cité par A. LEPAGE, « L'indemnisation du préjudice résultant d'atteintes aux droits au respect de la vie privée et à l'image dans la jurisprudence récente », *Comm. com. électr.* 2001, n° 7-8, chron. 20.

<sup>165</sup> Paris, 28 févr. 1989 ; *JCP* 1989. II. 21325 (2<sup>ème</sup> esp.), note AGOSTINI. – TGI Paris, 1<sup>er</sup> juin 2011 ; *JCP* 2011. 1466, obs. KESSLER.

dans la presse celle des autres<sup>166</sup>, est de nature à atténuer l'atteinte dont elle se prévaut.

**55. Souffrance affective consécutive à une atteinte à l'honneur.** Il nous faut aussi envisager la souffrance affective résultant de l'atteinte à l'honneur d'une personne<sup>167</sup>. Pour toute personne, l'honneur correspond à « sa dignité, élément de son patrimoine moral qu'il est dans son droit de faire respecter de chacun et dans son devoir de s'y conformer »<sup>168</sup>. L'honneur est une « forme de considération sociale »<sup>169</sup> que l'homme est en droit d'attendre en raison de son appartenance familiale et dont il peut être gratifié par sa manière d'être, par son travail. L'honneur, c'est « le nom et le renom »<sup>170</sup>. Il y attache de l'importance car c'est « par son intelligence, son activité »<sup>171</sup>, et donc avec le temps, qu'il le cultive. Pour peu qu'il ait acquis, par héritage ou par lui-même, une certaine notoriété, il fait en sorte de l'entretenir et se garde de tout ce qui pourrait l'atteindre. L'honneur est reconnu comme un droit de la personnalité<sup>172</sup>, et sa méconnaissance est susceptible de causer à celui qui en est victime une souffrance affective.

L'atteinte portée au nom, y compris d'usage, est une atteinte à l'honneur. Le nom rattache la personne à une famille, il l'inscrit dans l'histoire. Ce qui est attentatoire à l'honneur est l'usurpation du nom, car elle génère un risque de confusion entre l'usurpateur et la victime. Celle-ci a intérêt à faire cesser rapidement l'usurpation par le biais d'une action en justice, car c'est « sa personnalité [qui] est atteinte, et à travers elle, le groupe familial »<sup>173</sup>. Lorsque ce risque de confusion est avéré, la victime peut obtenir réparation de son préjudice moral, qui est d'autant plus important que le nom est célèbre. Dans ce dernier cas, il convient de tenir compte de « l'atteinte à la dignité ou à l'honneur du nom »<sup>174</sup>. Il est à noter que le développement des réseaux sociaux rend le risque d'usurpation du nom plus important qu'autrefois. Victime de la création d'un faux profil sur *Facebook*, un enseignant a été indemnisé à hauteur de 4.000 € au

---

<sup>166</sup> TGI Paris, 3 déc. 1997 ; *JCP* 1998. II. 10067, note SERNA.

<sup>167</sup> B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, préf. J. FOYER, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014.

<sup>168</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, *V*<sup>o</sup> Honneur, p. 458-459.

<sup>169</sup> B. TEYSSIÉ, *Droit des personnes*, LexisNexis, coll. Manuel, 20<sup>e</sup> éd., 2018, n<sup>o</sup> 109.

<sup>170</sup> A. SÉRIAUX, *Les personnes. Cours de droit civil*, Aix-Marseille, 2019, n<sup>o</sup> 42, non publié.

<sup>171</sup> *Ibid.*

<sup>172</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 mars 1993 ; *D.* 1994. 78, note FRANÇON.

<sup>173</sup> M. DUPUIS, *Lamy Personnes et famille*, n<sup>o</sup> 274-31.

<sup>174</sup> *Ibid.*

regard « des souffrances engendrées par l'utilisation à son insu de son nom patronymique », « propriété de la famille », et de l'anxiété que cette situation a générée, ses proches ayant notamment constaté un changement de comportement<sup>175</sup>.

L'utilisation commerciale ou littéraire du nom d'autrui peut également causer une souffrance affective à la personne. S'agissant de l'utilisation commerciale du nom d'autrui, il ne peut y avoir de risque de confusion qu'en cas de notoriété du nom utilisé. Lorsqu'il y a effectivement confusion, la victime subit un préjudice moral dans la mesure où le nom illustre qu'elle porte se trouve « rabaissé au rang de simple désignation commerciale »<sup>176</sup>. C'est le cas des héritiers d'un artiste dont le nom a été annoncé en couverture d'un magazine alors que l'article qui s'y rapporte ne fait aucune mention de l'article<sup>177</sup> ; ou de ceux d'un ancien chef de l'État dont l'image a été utilisée à des fins commerciales alors qu'il s'était toujours montré hostile à toute préoccupation d'ordre mercantile<sup>178</sup>. Toutefois, le manque de réactivité de la victime à agir en justice pour mettre fin à la confusion risque d'être interprété comme une autorisation tacite<sup>179</sup>. Quant à l'utilisation littéraire ou cinématographique du nom d'autrui, elle peut avoir les mêmes conséquences. Le nom utilisé doit être célèbre ou suffisamment rare<sup>180</sup> pour qu'un risque de confusion existe. Le préjudice moral<sup>181</sup> est établi dans le cas où le personnage qui le porte est « ridicule ou odieux »<sup>182</sup>, cette situation étant de nature à porter atteinte à « l'honorabilité ou la considération de son titulaire »<sup>183</sup>. L'adaptation d'un roman à la télévision dans le cadre d'un feuilleton estival a ainsi porté préjudice à une famille dont le nom patronymique breton, porté par cette seule famille depuis des siècles, était utilisé par une famille dans ce feuilleton. S'il ne pouvait y avoir de confusion, s'agissant d'une fiction, entre l'un des personnages du film et les membres de cette famille, il n'en restait pas moins que « les

---

<sup>175</sup> Angers, 20 juin 2017, *JurisData* n° 2017-013103.

<sup>176</sup> M. DUPUIS, *Lamy Personnes et famille*, n° 274-47. – Cass. req., 14 avr. 1934 ; *Gaz. Pal.* 1934, 2, p. 22.

<sup>177</sup> TGI Paris, 14 juin 1995, *JurisData* n° 1995-042485.

<sup>178</sup> Paris, 25 sept. 1998, *JurisData* n° 1998-022871. L'indemnité a cependant été limitée à 1 franc, car cette utilisation « n'a pu heurter dans leurs sentiments ses fils et petits-fils, non préalablement consultés ».

<sup>179</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 juill. 1965, n° 64-10.202 ; *D.* 1965. 701, note LINDON.

<sup>180</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 oct. 2009, n° 08-10.045.

<sup>181</sup> Paris, 16 mai 1974 ; *JCP G* 1975, II, n° 17935, note LINDON.

<sup>182</sup> Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille*, éd. Sirey, coll. Université, 20<sup>e</sup> éd., 2018, n° 934.

<sup>183</sup> M. DUPUIS, *Lamy Personnes et famille*, n° 274-71.

conditions dans lesquelles le nom X a été utilisé dans l'oeuvre de fiction, ont porté préjudice, à ce nom rare, notoire et favorablement connu et à ceux qui le portent encore actuellement »<sup>184</sup>. Les dialogues présentaient les membres de la famille comme « cyniques, violents, égoïstes, malhonnêtes, âpres au gain, assassins... », ce qui était de nature à faire naître un « doute défavorable » à l'encontre de ceux qui portent effectivement ce nom. Aussi, 15.000 € ont été alloués à l'un des membres de cette famille qui s'en était plaint.

L'honneur peut aussi être flétri par une atteinte portée à la présomption d'innocence, qui suppose qu'une personne soit « avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire »<sup>185</sup>. Depuis la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, il y a un droit au respect de la présomption d'innocence. Le caractère public de la présentation ternit la réputation de la personne, qui est en droit de demander réparation du préjudice moral subi sur le fondement de l'article 9-1 du Code civil. L'allocation de dommages-intérêts vient s'ajouter, en tant que de besoin, à la diffusion d'un communiqué, ce qui est utile lorsque la présentation a été faite dans les médias. Ainsi, un jeune homme injustement placé en détention provisoire a pu obtenir réparation du préjudice moral résultant d'une « atteinte importante à sa présomption d'innocence »<sup>186</sup>. À la suite de son placement en détention, il a été licencié « au motif que sa détention avait ruiné sa crédibilité auprès des jeunes dont il avait la charge ». La déconsidération sociale dont il a été injustement victime a justifié l'allocation d'une somme de 15.000 €. De façon plus grave, un avocat a pu être indemnisé de son préjudice moral à la suite de publications dans les médias ayant « détruit tout ou partie de la confiance » dont il bénéficiait<sup>187</sup>. Une somme globale de 500.000 francs lui a été allouée en compensation de son préjudice matériel et moral en plus des communiqués devant être réalisés dans les médias concernés.

L'honneur d'une personne peut encore être atteint par les excès de la liberté d'expression. La diffamation et l'injure sont de nature à déshonorer celui qui en est victime. La diffamation est une « allégation ou imputation d'un fait portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne »<sup>188</sup>. L'injure se définit comme « toute expression outrageante,

---

<sup>184</sup> Versailles, 5 janv. 2012, *JurisData* n° 2012-000109.

<sup>185</sup> C. civ., art. 9-1.

<sup>186</sup> Bordeaux, 30 janv. 2003, *JurisData* n° 2003-204196.

<sup>187</sup> Agen, 28 févr. 2001, *JurisData* n° 2001-169149.

<sup>188</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, V° Diffamation, p. 308.

terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait précis »<sup>189</sup>. Sauf l'hypothèse dans laquelle la diffamation et l'injure ont un caractère confidentiel, il s'agit de délits de presse sanctionnés sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881<sup>190</sup> et qui « ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil »<sup>191</sup>. Lorsque l'atteinte conserve un caractère confidentiel, l'auteur encourt l'une des contraventions prévues par le Code pénal<sup>192</sup>. Dans tous les cas, il s'agit de réparer les répercussions intimes d' « un dommage moral résultant d'une faute objective, celle d'avoir publiquement tenu des propos outrageants ou erronés sur une personne dans le but de lui nuire »<sup>193</sup>. Dans la mesure où « l'atteinte à l'honneur ou à la considération ne [peut] résulter que de la réprobation unanime qui s'attache [...] aux comportements considérés comme contraires aux valeurs morales et sociales communément admises au jour où le juge statue »<sup>194</sup>, il est nécessaire de tenir compte de l'évolution de la société sur ces aspects. La diffamation étant « l'allégation ou imputation d'un fait portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne »<sup>195</sup>, l'absence de réprobation unanime de l'infidélité conjugale ne permet pas de poursuivre pénalement l'auteur de cette allégation ou imputation<sup>196</sup>. De plus, un auteur a fait observer la « posture nettement restrictive »<sup>197</sup> de la jurisprudence « face aux injures par voie de presse », qui tolère par exemple que l'on traite publiquement une personne d' « aristocrate décadent »<sup>198</sup>. Lorsque la diffamation ou l'injure est retenue, la victime est en mesure d'obtenir réparation de son préjudice moral. L'homme d'affaires jouissant d'une notoriété dans le monde du textile et dont on dit à tort qu'il a commis des détournements d'actifs et profité de la faillite de son entreprise, a pu être indemnisé à hauteur de 4.000 € au titre de son préjudice moral en raison de l'atteinte portée à son honneur et à sa considération<sup>199</sup>. De même, le fait pour un homme politique d'être traité de « gros con

---

<sup>189</sup> *Ibid.*, V° Injure, p. 493.

<sup>190</sup> L. 29 juill. 1881, *JO* 30 juill.

<sup>191</sup> Cass. Ass. plén., 12 juill. 2000, n° 98-10.160 ; *D.* 2000. 463, obs. JOURDAIN.

<sup>192</sup> C. pén., art. R. 624-3 et 624-4.

<sup>193</sup> M. DUPUIS, *Lamy Personnes et famille*, n° 229-35.

<sup>194</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 déc. 2015, n° 14-29.549 ; *D.* 2016. 279, obs. DREYER.

<sup>195</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, V° Diffamation, p. 308.

<sup>196</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 déc. 2015, n° 14-29.549, préc.

<sup>197</sup> M. DUPUIS, *Lamy Personnes et famille*, n° 229-35.

<sup>198</sup> Cass. crim., 27 sept. 2005, n° 05-80.123 ; *RJPF* 2006-1/15, obs PUTMAN.

<sup>199</sup> Lyon, 10 mars 2005, *JurisData* n° 2005-266307 ; *Comm. com. électr.* 2005, n° 7, obs. LEPAGE.

raciste » dans la presse « revêt un caractère indiscutablement outrageant » et porte « atteinte à la dignité de la personne concernée »<sup>200</sup>. Cette atteinte à l'honneur et à la dignité a été compensée par une indemnité fixée à 40.000 francs. Si la dénonciation calomnieuse, qui est une « déclaration mensongère »<sup>201</sup>, est en principe réprimée sur un autre fondement juridique<sup>202</sup>, le discrédit qu'elle jette sur la personne justifie également la réparation du préjudice moral. Ainsi, l'enseignant injustement dénoncé par l'une de ses collègues pour avoir souhaité obtenir de sa part des relations sexuelles et l'avoir harcelée psychologiquement, a subi un préjudice moral d'autant plus important que cette accusation a terni sa réputation et suscité les ragots, retenti sur sa santé et l'a exposé à des sanctions administratives<sup>203</sup>.

**56. Honneur et vie de famille.** En raison du caractère social de la constitution d'un foyer domestique, toute perturbation fautive dont ce dernier est l'objet, y compris au stade de sa formation, occasionne à celui qui en est victime un préjudice moral. La personnalité est atteinte dans la mesure où l'honneur de la personne est blessé. L'attachement à l'autre étant également en cause, la victime éprouve aussi de la tristesse. Si l'opposition injustifiée au mariage n'occasionne généralement qu'une « vexation »<sup>204</sup> - qui justifie néanmoins la réparation du préjudice moral, sauf lorsque l'auteur de l'opposition est un ascendant<sup>205</sup> - du fait que le mariage est seulement retardé, une rupture fautive de fiançailles ou d'un concubinage est susceptible de porter atteinte à l'honneur de la personne. En effet, le principe est celui de la libre rupture des fiançailles et du concubinage. Les premières traduisent l'intention exprimée par deux personnes de se marier. Il s'agit aussi d'un temps de discernement. Partant, chacun des fiancés peut librement mettre fin aux fiançailles. La rupture est jugée fautive en l'absence de motifs sérieux<sup>206</sup> ou en raison de sa brutalité<sup>207</sup>. Selon les circonstances dans lesquelles cette rupture a eu lieu, la victime peut avoir subi un préjudice moral, qui est généralement un déshonneur, puisqu'elle fait « soupçonner qu'il y a une raison cachée que la médisance

---

<sup>200</sup> Voir également Paris, 13 janv. 1988, *JurisData* n° 1988-021577. 500 francs ont été alloués à une femme injuriée dans la rue en raison de son appartenance à la communauté juive.

<sup>201</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, V<sup>o</sup> Dénonciation, p. 292.

<sup>202</sup> C. pén., art. 226-10.

<sup>203</sup> Papeete, 11 mai 2000, *JurisData* n° 2000-124941.

<sup>204</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, LGDJ, 12<sup>e</sup> éd., 1935, n° 800.

<sup>205</sup> Paris, 29 avr. 2003, *JurisData* n° 2003-218092.

<sup>206</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 avr. 1981, n° 80-11.172 ; *Bull. civ.* I, n° 144.

<sup>207</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 mars 1964 ; *Gaz. Pal.* 1964. 1. 405.

s'exercera à découvrir »<sup>208</sup>. Il y a de toute façon une part d'humiliation pour la victime à subir le désengagement soudain de celui dont elle espérait partager la vie. A ainsi éprouvé un sentiment d' « humiliation » la jeune femme dont le fiancé s'est éclipsé quelques jours avant la cérémonie, « sans explication et en disparaissant sans donner de nouvelles tout en annulant les réservations prises auprès des organisateurs »<sup>209</sup>. C'est ce même sentiment qui a habité la fiancée ayant « attendu à la mairie le futur mari »<sup>210</sup>. D'ailleurs, il y a lieu d'être surpris que l'indemnité ait été plus faible dans cette affaire – 4.500 € – que dans la précédente – 7.500 €, puisque la femme, accompagnée par sa famille et ses amis, a été, pour ainsi dire, « laissée devant l'autel »<sup>211</sup>. À la flétrissure de l'honneur s'ajoute la « profonde déception »<sup>212</sup> et la peine légitime de celui qui s'est trouvé abandonné à l'approche des noces.

*Mutatis mutandis*, la rupture fautive d'un concubinage justifie la réparation de la blessure affective qui en résulte pour la victime. En l'occurrence, un foyer domestique s'est constitué, mais une rupture unilatérale ne saurait en principe être considérée comme fautive du fait du caractère précaire du concubinage. Il importe peu à cet égard que la rupture survienne après de nombreuses années de vie commune<sup>213</sup> ou de façon soudaine<sup>214</sup>. Seule la brutalité permet de caractériser la faute. Il en est ainsi de comportements et de manœuvres destinés à nuire ou à blesser<sup>215</sup>. Alors, la victime peut prétendre obtenir réparation de son préjudice moral.

---

<sup>208</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, *op. cit.*, n° 789.

<sup>209</sup> Aix-en-Provence, 3 mars 2005, *JurisData* n° 2005-271242 ; *Dr. fam.* 2005, n° 11, comm. 235, note LARRIBAU-TERNEYRE.

<sup>210</sup> Rouen, 15 juin 2005, *JurisData* n° 2005-278689 ; *Dr. fam.* 2005, n° 11, comm. 235, note LARRIBAU-TERNEYRE.

<sup>211</sup> V. LARRIBAU-TERNEYRE, « De l'abus caractérisé dans la rupture des fiançailles », *Dr. fam.* 2005, n° 11, comm. 235.

<sup>212</sup> Douai, 28 oct. 2002, *JurisData* n° 2002-209226.

<sup>213</sup> Aix-en-Provence, 18 mai 2010, *JurisData* n° 2010-009384 ; *JCP G* 2010, n° 987, note SIFFREIN-BLANC.

<sup>214</sup> Montpellier, 11 sept. 2014, *JurisData* n° 2014-024814. « Que le caractère soudain et inattendu de la rupture et la désillusion de Madame [...] ne caractérisent pas cependant une brutalité fautive dans les conditions de la rupture, génératrice d'une faute délictuelle et imputable à Monsieur ».

<sup>215</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 juin 2008, n° 07-14.628 ; *D.* 2008. 728, obs. LEMOULAND et VIGNAUD. La brutalité fautive de la rupture réside dans le fait d'être allé vivre avec la fille de la concubine, puis de l'avoir épousée. – Metz, 8 janv. 2015, *JurisData* n° 2015-000472 ; *Dr. fam.* 2015, n° 70, note RÉGLIER. Il y a rupture fautive en cas de départ soudain, prévu et préparé à l'avance, le concubin laissant seul sa compagne et ses deux enfants pour s'installer avec une autre femme.



La nature<sup>216</sup> et la durée<sup>217</sup> de la relation, et les circonstances dans lesquelles la rupture s'est produite, sont prises en considération dans le cadre de son évaluation. S'il peut n'y avoir qu'un désarroi consécutif au délaissement dont la personne est victime<sup>218</sup>, le caractère brutal de la rupture est de nature à flétrir son honneur. C'est le cas par exemple lorsqu'un concubin a distribué des tracts injurieux dans plusieurs communes que sa concubine dessert dans le cadre de son activité d'artisan taxi<sup>219</sup>. Il peut encore s'agir de l'humiliation de la femme qui apprend « brutalement par l'intermédiaire de la nouvelle compagne » que son concubin entretenait une liaison depuis plusieurs mois, l'annonce ayant été faite « dans les jours précédant le concours qu'elle préparait » et alors que le couple nourrissait « des projets d'avenir : mariage, enfants »<sup>220</sup>. L'indemnité allouée est d'autant plus élevée que l'union était ancienne. Il a ainsi été alloué jusqu'à 100.000 € en compensation du préjudice matériel et moral subi par une femme abandonnée « au soir de sa vie »<sup>221</sup>.

Lorsqu'un foyer domestique s'est constitué dans le mariage, l'union repose sur des devoirs mutuels de fidélité et de respect. Dans le cas où ce foyer est détruit par les agissements fautifs d'un des conjoints, celui-ci peut être tenu de réparer les conséquences préjudiciables de ses actes. La souffrance affective résulte en particulier des injures, outrages ou sévices qui ont entraîné cette destruction. Contrairement aux dommages-intérêts reconnus sur le fondement de l'article 266 du Code civil, il est indifférent que le divorce soit prononcé aux torts partagés<sup>222</sup>. En tout cas, l'indemnisation de l'époux victime au titre de son préjudice moral suppose qu'il soit atteint « dans son honneur, dans son crédit, dans sa dignité »<sup>223</sup>. De tous les comportements fautifs, l'adultère est celui qui cause à l'époux victime la peine de cœur la plus vive, « le

---

<sup>216</sup> Paris, 13 juin 2013, *JurisData* n° 2013-012172. L'arrêt fait état d'une « passion excessive ambiguë » dans la relation des concubins, ce qui a rendu le désarroi de la concubine encore plus grand lorsqu'elle a découvert son appartement vide.

<sup>217</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 janv. 2006, n° 04-11.016 ; *AJ fam.* 2006. 111, obs. CHÉNEDÉ.

<sup>218</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 juin 2008, n° 07-14.628. – Paris, 13 juin 2013, *JurisData* n° 2013-012172 ; *Dr. fam.* 2013, comm. 133, note BINET ; *D.* 2014. 1354, obs. LEMOULAND et VIGNEAU.

<sup>219</sup> Rouen, 11 déc. 2003, *JurisData* n° 2013-030273.

<sup>220</sup> Bordeaux, 4 janv. 2000, *JurisData* n° 2000-103728 ; *Dr. fam.* 2000, comm. 34, note LÉCUYER ; *D.* 2000. 411, obs. LEMOULAND.

<sup>221</sup> Aix-en-Provence, 25 nov. 2003, *JurisData* n° 2003-246737.

<sup>222</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 oct. 1981, n° 80-13.925.

<sup>223</sup> M. DE LOYNES, *D.P.* 1908. 2. 297, cité par J. GANOT, *La réparation du préjudice moral, op. cit.*, p. 137.

préjudice le plus intime»<sup>224</sup>, car l'époux est alors « outragé »<sup>225</sup>. Manquement grave aux devoirs de fidélité et de respect énoncés à l'article 212 du Code civil, l'adultère d'un époux blesse la confiance de son conjoint et l'atteint profondément dans son affection, dans son honneur. Le « préjudice affectif »<sup>226</sup> consécutif à cette trahison se traduit par « la tristesse, le désarroi, les pleurs »<sup>227</sup>, le sentiment d'« abattement »<sup>228</sup>, et les « humiliations subies » lorsque le conjoint « s'affiche avec sa jeune maîtresse »<sup>229</sup>. L'humiliation subie par la révélation publique de l'adultère occasionne un préjudice moral d'autant plus grand que la victime a des « convictions religieuses » et porte « les valeurs de la famille »<sup>230</sup>. Pour autant, lorsque l'adultère est commis pendant une période de séparation des époux, soit qu'une séparation de corps a été prononcée, soit qu'une ordonnance de non-conciliation a été rendue dans le cadre d'une procédure en divorce, le juge judiciaire semble enclin à faire preuve de mansuétude. Il estime en effet qu'en pareilles circonstances « le devoir de fidélité est nécessairement moins contraignant » et que ce manquement « ne saurait constituer une violation grave des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune »<sup>231</sup>. Bien que cette jurisprudence soit désormais constante, elle n'en demeure pas moins critiquable car elle a pour effet d'affaiblir le devoir de fidélité des époux en admettant qu'en mariage il puisse exister des périodes de « demi-fidélité »<sup>232</sup>. En outre, il faut avoir égard aux comportements violents<sup>233</sup> ou injurieux<sup>234</sup> qui blessent les sentiments de la personne. La Cour de cassation a ainsi censuré une

---

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>225</sup> *Ibid.*

<sup>226</sup> Montpellier, 14 sept. 2016, n° RG 15/02373.

<sup>227</sup> Metz, 3 janv. 2017, *JurisData* n° 2017-000344.

<sup>228</sup> Douai, 24 mars 2016, *JurisData* n° 2016-005758.

<sup>229</sup> Versailles, 16 avr. 1980, *JurisData* n° 1980-080247.

<sup>230</sup> Versailles, 20 oct. 2016, *JurisData* n° 2016-022288.

<sup>231</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 29 avr. 1994, n° 92-16.814 ; *RTD civ.* 1994. 571, obs. HAUSER. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 23 mai 2002, n° 00-10.030 ; *RJPF* 2002-10/17, note GARÉ. – Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 mars 2009, n° 08-13.169 ; *RJPF* 2009-6/28, obs. GARÉ.

<sup>232</sup> J. HAUSER, obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 29 avr. 1994, n° 92-16.814.

<sup>233</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 janv. 2005, n° 02-19.016. L'époux était en droit de demander réparation du comportement violent, injurieux et humiliant que son épouse avait eu à son égard, même en présence de tiers.

<sup>234</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 juin 1999, n° 97-19.762. Il était attesté que l'épouse était sortie à plusieurs reprises en compagnie d'un autre homme, ce qui pouvait être qualifié de comportement « injurieux » au sens de l'article 242 du Code civil.

décision ayant refusé la demande de dommages-intérêts présentée par une femme qui « invoquait dans ses écritures les conditions particulièrement injurieuses ayant entouré la rupture du lien matrimonial et issues de la liaison adultère publiquement affichée par son mari, des coups et blessures qu'il lui avait portés et du congédiement brutal sans lettre de licenciement dont il avait été l'auteur à son endroit », la Cour constatant qu'il s'agissait d' « éléments à l'origine d'un préjudice distinct de celui résultant de la dissolution du mariage »<sup>235</sup>. En dépit de ce constat, les dommages-intérêts alloués dans ces circonstances demeurent relativement faibles<sup>236</sup>, un auteur ayant soutenu que l'objet de ces indemnités est principalement de sanctionner l'auteur de la faute<sup>237</sup>.

## **Section 2 : Les souffrances intellectuelles**

**57. Présentation.** C'est à Guislain que l'on doit d'avoir défini le concept clinique de souffrance morale. Aux souffrances affectives il opposait celles présentant une dimension intellectuelle. Les premières sont consécutives à la perturbation des liens d'affection, tandis que les secondes résultent de « la manifestation de la volonté dans les passions »<sup>238</sup>, qui est une forme de « résistance du moral sollicitant la défense physique »<sup>239</sup>. L'âme est faite de telle manière qu'elle réagit à ce qui menace ou pourrait menacer l'être. Naturellement, cela impose une adaptation du corps, qui doit être prêt à subir une forme quelconque d'hostilité. Guislain explique que « c'est un effort de l'âme pour émuquer un sentiment pénible, et, à bien considérer, une crise dont le *sensorium* est le siège ; un instinct conservateur qui éloigne ou détruit, par des accès de colère ou de vengeance, la cause qui tend à troubler le bonheur physique ou moral de l'individu »<sup>240</sup>. Bien qu'il s'agisse d'un mal, c'est d'une saine réaction qu'il s'agit. Les souffrances intellectuelles, qui sont une « passion de la conscience en tant que

---

<sup>235</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 mars 2005, n° 04-11.942.

<sup>236</sup> D. GUITON, « Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce », *D.* 1980. 247.

<sup>237</sup> Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, éd. Sirey, coll. Université, 15<sup>e</sup> éd., 2017, n° 2277.

<sup>238</sup> J. GUISLAIN, *Traité sur les phrénopathies, op. cit.*, p. 27.

<sup>239</sup> *Ibid.*

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 28.

conscience »<sup>241</sup>, se manifestent diversement selon la nature de la menace en question. S'il peut n'y avoir qu'une simple « tension nerveuse »<sup>242</sup>, ou une « irascibilité »<sup>243</sup>, « la réaction peut se caractériser par des aberrations bizarres dans les déterminations : ce sont les actes de folie proprement dit »<sup>244</sup>. Ce sont des « brûlures de l'âme »<sup>245</sup>. Selon la capacité de résistance des défenses psychiques de l'individu, la personne peut être confrontée à une situation d'angoisse (§ 1) ou à un traumatisme (§ 2).

### § 1 : Les angoisses

**58. Définition de l'angoisse.** L'angoisse est un sentiment naturel qui survient lorsque l'homme est confronté à un danger<sup>246</sup>. Il s'agit d'une souffrance consécutive à l'activation des mécanismes de défense psychique<sup>247</sup>. Ce sentiment d'angoisse est apparenté avec les sentiments de stress et de peur. L'angoisse n'est pas « une espèce particulière et nouvelle de préjudice moral »<sup>248</sup>, mais l'une de ses plus anciennes composantes<sup>249</sup> avec le *pretium doloris* et le préjudice affectif. Toutefois, la nouveauté réside dans l'ampleur que connaît ce préjudice en droit positif et dans la doctrine. L'angoisse se rencontre aussi bien dans la confrontation de la personne à une situation menaçante actuelle (I) qu'à un danger futur (II).

---

<sup>241</sup> J. RUSSIER, *La souffrance*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>242</sup> J. GUISLAIN, *Traité sur les phrénopathies*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>243</sup> *Ibid.*

<sup>244</sup> *Ibid.*

<sup>245</sup> C. LIENHARD, « Identification, évaluation et réparation des préjudices, des victimes directes et indirectes, découlant d'un dommage psychique », dans M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis, Annexe 6, p. 407.

<sup>246</sup> N. GIRAULT, A. PÉLISSOLO, « L'approche psychologique des troubles anxieux : information, soutien et psychothérapies », *Ann. Méd. Psychol.* 2003 n° 161, p. 260-261.

<sup>247</sup> M.-F. BACQUÉ, « Deuils et traumatismes », *préc.*, p. 359.

<sup>248</sup> P. BRUN, « Responsabilité civile », *D.* 2014. 47.

<sup>249</sup> Nancy, 9 déc. 1876 ; *D.* 1879. 2. 47. En l'espèce, un jeune enfant, Louis Ricoeur, a eu le bras droit saisi et broyé par la roue de transmission d'une machine à grain qu'il était employé à faire fonctionner, ce qui lui a occasionné une blessure des plus graves et une lente agonie. Alors que le tribunal civil de Mirecourt, par un jugement rendu le 3 juin 1876, s'est borné à réparer le préjudice matériel des époux Ricoeur, victimes par ricochet, la cour d'appel de Nancy a réformé ce jugement et prononcé l'indemnisation « des inquiétudes, des angoisses, des souffrances que la victime a presque toujours subies avant de mourir ».

## **I. L'angoisse liée à une menace actuelle**

**59. Menace immédiate et extérieure.** Dans cette hypothèse, la victime principale est confrontée à un danger immédiat et extérieur. L'angoisse alors ressentie est un trouble psychique qui se traduit par l'« écrasement de l'appareil psychique »<sup>250</sup> humain et qui est accompagné d'un bouleversement physiologique permettant à l'homme de se préparer au danger. Cette adaptation du corps humain est la cause fréquente de douleurs épigastriques.

**60. Angoisse liée à une atteinte corporelle.** L'angoisse ressentie par la victime peut être liée à une atteinte corporelle. Pour que le préjudice soit indemnisé, il convient que la situation soit de nature à générer chez la victime une crainte pour son intégrité physique. Le fait, pour des policiers, de se trouver encerclés et agressés par des jets de plombs et divers projectiles, a confronté les victimes à « un sentiment d'angoisse » qui a justifié la réparation<sup>251</sup>.

**61. Défaut d'information en matière médicale.** De même, le fait qu'un risque inhérent à un acte ou un traitement médical se soit réalisé sans que le patient en ait été préalablement informé génère un préjudice moral qualifié d'impréparation. Il se distingue de la perte de chance d'éviter un dommage, qui suppose que la preuve soit rapportée que la personne mal informée aurait refusé l'acte ou le traitement concerné, ce qui ne se conçoit qu'en présence d'une alternative thérapeutique<sup>252</sup>. Au contraire, le préjudice d'impréparation, quoi que réparable dans cette hypothèse, l'est aussi dans celle dans laquelle cette alternative n'existe pas ou qu'il n'est pas établi que le patient, s'il avait été informé, aurait refusé de donner son consentement. Ces préjudices, aux domaines distincts, peuvent le cas échéant se cumuler<sup>253</sup>. Si l'on a un temps pu penser que le seul défaut d'information justifiait l'allocation d'une indemnité compensatrice<sup>254</sup>, le juge judiciaire a récemment opéré un revirement de jurisprudence en subordonnant la réparation à la réalisation du risque et, de la sorte, en faisant du droit à l'information un « accessoire au droit à l'intégrité physique »<sup>255</sup>. C'eût été faire peser une importante

---

<sup>250</sup> M.-F. BACQUÉ, « Deuils et traumatismes », préc., p. 359.

<sup>251</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 févr. 2015, n° 14-10.097, préc.

<sup>252</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 déc. 2007, n° 06-19.301 ; D. 2008. 192, note SARGOS. La perte de chance était seule réparable avant que le juge judiciaire n'admît la réparation du préjudice d'impréparation.

<sup>253</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 janv. 2017, n° 15-27.898 ; D. 2017. 555, note FERRIÉ.

<sup>254</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 juin 2010, n° 09-13.591 ; D. 2010. 1453, note PORCHY-SIMON.

<sup>255</sup> M. BACACHE, « Réparation du défaut d'information médicale : revirement ou affinement de

responsabilité sur les médecins que de consacrer un droit subjectif à l'information en faveur des personnes malades. Le risque doit s'être réalisé pour qu'il y ait un droit à réparation. De plus, il doit être connu scientifiquement et, à tout le moins, mentionné sur la notice médicamenteuse ou dans le dictionnaire Vidal<sup>256</sup> lorsqu'il s'agit de médicaments. C'est un risque avéré dont le patient aurait dû avoir connaissance, car, à défaut d'information, l'on ne peut pas dire que son consentement à l'acte ou au traitement soit éclairé. Bien que le droit à l'information apparaisse dès lors comme un accessoire du droit à l'intégrité physique, cela n'a pas d'incidence notable sur le régime de la preuve, dans la mesure où, comme en matière d'atteinte aux droits de la personnalité, le préjudice de souffrance est présumé au sein des deux ordres de juridictions<sup>257</sup>.

Au demeurant, le préjudice d'impréparation, qui est d'ordre moral, correspond principalement à l'angoisse ressentie par la personne au moment de la découverte de la réalisation du risque. Certains auteurs font allusion au « choc subi » par le patient<sup>258</sup>. C'est le cas, par exemple, du patient faisant le constat de son impuissance après une adénomectomie prostatique<sup>259</sup>. Le caractère soudain et inattendu de la survenance d'une atteinte corporelle est générateur d'angoisse, la personne se trouvant confrontée à un corps ayant changé sans avoir eu le temps de s'y préparer. Le préjudice recouvre encore, comme son nom l'indique, l'impréparation causée par le défaut d'information. En matière médicale, l'information est un devoir du médecin<sup>260</sup>. Cette information est due au patient pour les investigations, traitements ou actions de prévention qui sont menés, afin qu'il puisse se décider en connaissance de cause. Cette information porte en particulier sur les risques inhérents à l'acte ou au traitement proposé. Si le médecin est invité à informer son patient des risques « fréquents ou graves normalement prévisibles », la jurisprudence se montre plus sourcilleuse en exhortant que tout risque connu soit porté à sa connaissance<sup>261</sup>. Cela démontre combien l'information reçue est importante pour

---

jurisprudence ? », *D.* 2014, p. 594.

<sup>256</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 janv. 2014, n° 12-22.123 ; *D.* 2014. 590, note BACACHE.

<sup>257</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 janv. 2017, n° 15-27.898. – Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 juin 2017, n° 16-21.141. – Comp., CE, 16 juin 2016, n° 382479 ; *Méd. & Droit* 2017, n° 142, p. 11, note BRUNET.

<sup>258</sup> O. GOUT, « L'obligation d'information du médecin à nouveau sur le devant de la scène juridique », *RLDC* 2014, n° 115, p. 22.

<sup>259</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 juin 2010, n° 09-13.591.

<sup>260</sup> CSP, art. R. 4127-35.

<sup>261</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 26 sept. 2012, n° 11-22.384.

le patient, qui peut ainsi prendre la mesure des risques auxquels il s'expose. Si l'anxiété<sup>262</sup> que l'on peut ressentir à l'approche d'une intervention ou d'un traitement existe naturellement compte tenu du danger potentiel à venir, l'information a vocation à la diminuer sans pouvoir cependant prétendre la supprimer. L'anxiété qui demeure permet utilement de se préparer mentalement et matériellement à l'échéance avec les risques qu'elle contient. Ainsi, la personne peut se les figurer, les penser, les partager avec son entourage, qui en sera alors informé ; mais aussi régler ses affaires pour le cas où l'un des risques se réaliserait, par exemple en rédigeant son testament. La privation de ce temps cause justement l'impréparation. Considérée dans son aspect extrapatrimonial, elle correspond à l'impossibilité d'avoir pu se préparer psychologiquement à la réalisation potentielle d'un risque. Mais elle comporte aussi, comme cela vient d'être suggéré, une dimension patrimoniale. Enfin, le préjudice d'impréparation recouvre le « retentissement éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle ». Bien que cette formulation n'ait pas été reproduite par la Cour de cassation dans son arrêt de revirement en date du 23 janvier 2014, il y a lieu de penser que la formule nouvellement utilisée, qui est plus succincte, n'exclut pas, du fait de sa portée générale, cet aspect du préjudice moral subi. En effet, il y est question d'un « préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque [...] ». Or, le défaut d'information, qui est à l'origine de l'impréparation et, partant, de l'angoisse, vicie par ailleurs le consentement de la personne et crée ce ressentiment. Le recueil d'un consentement « libre et éclairé », qui est imposé par l'article L. 1111-4 CSP, est indispensable et sa méconnaissance cause à l'intéressé un préjudice d'ordre moral<sup>263</sup>. Par conséquent, le préjudice d'impréparation implique la réparation de l'ensemble des souffrances d'origine morale endurées par le patient qui a été confronté à la réalisation d'un risque dont il n'a pas été informé, l'angoisse ressentie étant la souffrance la plus aiguë.

**62. Angoisse de mort.** Dans certaines circonstances, la crainte est telle que la victime éprouve une angoisse de mort. L'étude de la jurisprudence révèle que ce préjudice est indemnisé en cas de survie de la victime<sup>264</sup>. C'est le cas, par exemple, d'une femme, « victime d'une

---

<sup>262</sup> *Infra*, n° 67, pour une définition de la notion.

<sup>263</sup> Il convient toutefois de distinguer le vice de consentement de la situation dans laquelle le consentement est absent puisqu'en pareil cas l'atteinte ne se limite pas au droit à l'information mais concerne directement le droit à l'intégrité corporelle, justifiant ainsi une réparation intégrale. Voir, en ce sens, M. BACACHE, « Dommage corporel », *D.* 2017. 2224.

<sup>264</sup> F. GIVORD, *La réparation du préjudice moral*, *op. cit.*, n° 45.

tentative d'assassinat », les juges faisant le constat qu'elle « a vécu un épisode de terreur résultant de la peur de mourir »<sup>265</sup>. C'est aussi le cas d'un automobiliste qui, lors d'un accident de la route, a enduré des souffrances reposant sur « l'angoisse prolongée liée au sentiment de mort imminente »<sup>266</sup>. L'angoisse de mort est particulièrement caractérisée lorsque survient un accident collectif. Dans l'affaire du *Queen Mary II*, les juges ont réparé le préjudice d'angoisse de mort, qui s'est traduit par « la détresse de ceux qui, n'ayant pas perdu conscience ou qui ayant repris leurs esprits, se sont retrouvés corps et ferrailles mêlés, dans le froid et sous la pluie, et ont attendu pendant ce qui ne peut être vécu que comme de longues heures l'organisation des secours, des premiers soins et des transferts vers les structures hospitalières, (...) assistant, impuissants, à la mort et à la souffrance des leurs et d'autrui [...] »<sup>267</sup>. De même, suite au terrible accident d'autocar d'Allinges qui causé la mort de sept enfants, le tribunal correctionnel de Thonon-les-Bains a prononcé l'indemnisation du préjudice d'angoisse de mort imminente subi par les rescapés, qui ont été en mesure de se représenter l'imminence de leur mort<sup>268</sup>.

Lorsque la victime ne survit pas au fait dommageable, le préjudice d'angoisse de mort est également réparable<sup>269</sup>. Ce sont alors les héritiers ou légataires universels qui, par le biais d'une action successorale, demandent réparation<sup>270</sup>. L'on parle alors généralement de « préjudice d'angoisse de mort imminente », quoique cette locution soit aussi utilisée en cas de survie de la victime<sup>271</sup>.

Qu'il y ait ou non décès, l'angoisse de mort, qui se caractérise par « l'effroi de la représentation de sa propre fin »<sup>272</sup>, implique que la victime ait eu conscience de l'imminence

---

<sup>265</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 sept. 2014, n° 13-21.506.

<sup>266</sup> Chambéry, 15 mai 1997, *JurisData* n° 1997-057271.

<sup>267</sup> Rennes, 2 juill. 2009, n° 1166/2009. – Voir également, Aix-en-Provence, 30 juin 2016, n° RG 15/07185 (Préjudice d'angoisse subi par la rescapée d'un crash aérien).

<sup>268</sup> T. corr. Thonon-les-Bains, 26 juin 2013, n° 683/2013 ; *D.* 2014. 47, obs. BRUN et GOUT.

<sup>269</sup> Cass. crim., 23 oct. 2012, n° 11-83.770 ; *RTD civ.* 2013. 125, obs. JOURDAIN. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 avr. 2013, n° 12-18.199 ; *RTD civ.* 2013. 614, obs. JOURDAIN. – Voir, en droit administratif, CE, 24 oct. 2008, n° 301851 ; *Rec. CE* 2008, p. 359 ; *JCP A* 2009. 2168, note PAILLARD.

<sup>270</sup> Cass. ch. mixte, 30 avr. 1976 ; *D.* 1977.185, note M. CONTAMINE-RAYNAUD. – Voir, en droit administratif, CE, 29 mars 2000, AP-HP ; *JCP G* 2000. II. 10360, note DERRIEN.

<sup>271</sup> Chambéry, 15 mai 1997, *JurisData* n° 1997-057271. – T. corr. Thonon-les-Bains, 26 juin 2013, n° 683/2013.

<sup>272</sup> P. JOURDAIN, « L'angoisse d'une mort imminente, une souffrance morale réparable », *RTD civ.* 2013. 125. – Voir également C. PELLEGRINI, « Le préjudice d'angoisse de mort imminente », *Resp. civ. et assur.* 2015, étude



de sa mort. Il importe peu que la conscience de la mort à venir n'ait eu lieu qu'un bref instant<sup>273</sup>. N'ayant pas eu conscience de sa mort à venir, une victime restée dans le coma jusqu'au moment de son décès n'a pas subi ce préjudice<sup>274</sup>. Il est nécessaire que la personne puisse intellectuellement se figurer sa propre fin. À défaut de pouvoir rendre sens de l'épisode douloureux, aucune indemnité ne peut être accordée.

**63. Préjudice inclus dans le poste des souffrances endurées.** Le préjudice d'angoisse de mort peut-il être réparé distinctement des souffrances endurées ? À cette question, la chambre criminelle de la Cour de cassation a répondu favorablement au motif que « les souffrances endurées du fait des blessures » et « l'angoisse d'une mort imminente » sont des « préjudices distincts »<sup>275</sup>. Au contraire, la deuxième chambre civile a soutenu que « le préjudice lié à la conscience de sa mort prochaine, qualifié dans l'arrêt de préjudice d'angoisse de mort imminente, ne peut être indemnisé séparément »<sup>276</sup>, étant précisé que « le préjudice moral lié aux souffrances psychiques et aux troubles qui y sont associés [est] inclus dans le poste de préjudice temporaire des souffrances endurées, quelle que soit l'origine desdites souffrances ». L'angoisse étant une souffrance morale d'ordre intellectuel, c'est faire une lecture orthodoxe de la nomenclature Dintilhac que de l'inclure dans le poste de préjudice des souffrances endurées. Le rapport Dintilhac le présentait comme ayant vocation à intégrer « toutes les souffrances physiques et psychiques, ainsi que des troubles associés, que doit endurer la victime durant la maladie traumatique, c'est à dire du jour de l'accident à celui de sa consolidation »<sup>277</sup>. Ce poste est destiné à intégrer toutes les souffrances sans exception. Malgré cela, un mouvement existe dont l'objet est de soutenir l'autonomisation du préjudice d'angoisse, spécialement lorsqu'il résulte de circonstances exceptionnelles<sup>278</sup>. Si cela est

---

9.

<sup>273</sup> Cass. crim., 26 mars 2013, n° 12-82.600 ; *JCP G* 2013. 675, obs. BAKOUCHE.

<sup>274</sup> Cass. crim., 5 oct. 2010, n° 10-81.743 ; *RTD civ.* 2011. 353, obs. JOURDAIN.

<sup>275</sup> Cass. crim., 23 oct. 2012, n° 11-83.770. – Cass. crim., 15 oct. 2013, n° 12-83.055 ; *D.* 2014. 47, obs. BRUN et GOUT.

<sup>276</sup> Voir, en cas de décès de la victime, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 2 févr. 2017, n° 16-11.411 ; *D.* 2018. 35, obs. BRUN. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 29 juin 2017, n° 16-17.228. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 sept. 2017, n° 16-22.013 ; *D.* 2017. 2224, obs. BACACHE. – Voir, en cas de survie de la victime, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 sept. 2014, n° 13-21.506. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 févr. 2015, n° 14-10.097, préc.

<sup>277</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, juill. 2005, p. 38.

<sup>278</sup> S. PORCHY-SIMON, « Vers l'indemnisation des préjudices d'angoisse et d'attente », *D.* 2017. 696. – En ce

contestable sur un plan conceptuel, l'intérêt principal est de favoriser l'indemnisation de la victime. Selon le Professeur Philippe Brun, « retenir le préjudice d'angoisse comme une simple variable d'ajustement des souffrances endurées pourrait bien à terme conduire les tribunaux à allouer au total des sommes bien moindres qu'en additionnant deux chefs de préjudices »<sup>279</sup>.

**64. Angoisse ressentie indépendamment d'une atteinte corporelle.** L'angoisse ressentie par la victime peut aussi bien ne pas être liée à une menace d'atteinte corporelle. C'est le cas de l'angoisse ressentie par des parents à qui l'on annonce que le car transportant leurs enfants a été accidenté. Le juge a indemnisé un préjudice « d'attente et d'inquiétude »<sup>280</sup>, qui correspond à l'angoisse provoquée par l'annonce de l'accident et au temps d'attente ayant précédé les informations portant sur l'état de santé de leurs enfants. Il peut encore s'agir d'une situation générant « une profonde inquiétude ou [...] une crainte pour sa vie ou sa santé »<sup>281</sup>, qui justifie, le cas échéant, le versement d'une indemnité au titre du préjudice moral. Est réparable le préjudice d'angoisse subi par une patiente à qui l'on a annoncé à tort un cancer du sein<sup>282</sup>.

**65. Évaluation.** L'évaluation du préjudice d'angoisse nécessite de recourir à un expert, spécialement lorsque la victime est par ailleurs atteinte dans son intégrité physique. Ce recours est justifié par la complexité de l'appareil psychique humain. L'évolution des connaissances médicales a mis en lumière les interactions dont il est le théâtre. Celles-ci ne pouvant être complètement appréhendées, un même phénomène peut être interprété de diverses façons<sup>283</sup>. Aussi, la désignation d'un expert psychiatre, qui est le spécialiste des affections mentales, ne peut être que recommandée<sup>284</sup>. Toutefois, il convient de relever que le manque actuel de spécialistes rend inévitable le recours ponctuel à des experts somaticiens.

Lorsqu'il s'agit d'une angoisse de mort, l'expert s'interroge sur la conscience que la victime a eue de l'imminence de sa mort. Pour ce faire, il s'appuie sur le degré et la durée de la

---

sens, voir J. ANDREI, « L'indemnisation des victimes du terrorisme », *AJ. Pén.* 2017.22.

<sup>279</sup> P. BRUN, « Responsabilité civile », *D.* 2018. 35.

<sup>280</sup> T. corr. Thonon-les-Bains, 26 juin 2013, n° 683/2013.

<sup>281</sup> P. JOURDAIN, « Les préjudices d'angoisse », *JCP G* 2015, doct. 739, n° 12.

<sup>282</sup> Angers, 28 févr. 2017, *JurisData* n° 2017-005012.

<sup>283</sup> J.-B. PRÉVOST, « Réflexions sur l'état antérieur et la causalité en matière psychiatrique », *Gaz. Pal.* 30 juin 2015, p. 19.

<sup>284</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, *op. cit.*, n° 172.

prise de conscience et sur les circonstances de la cause, pour déterminer le vécu douloureux, qui est de l'ordre de l'effroi<sup>285</sup>. En cas de survie, l'expert s'appuie sur le récit de la victime pour ajuster son évaluation au sentiment qu'elle exprime. S'agissant d'une réaction naturelle en présence d'une menace immédiate, il importe de déterminer la nature et la proximité du danger auquel la victime a été confrontée<sup>286</sup>, afin de comprendre la réaction qu'il a pu susciter. Rappelons que l'angoisse est une réaction naturelle permettant au corps humain de se préparer à affronter un danger<sup>287</sup>. Que la victime ait ou non survécu, l'expert doit aussi tenir compte des douleurs physiques endurées pendant cette période, puisque l'angoisse génère fréquemment des douleurs épigastriques. Enfin, lorsqu'il est établi que la victime n'a pas pu avoir conscience de l'imminence de son décès, l'expert conclut à l'absence d'angoisse, faute de représentation de la mort à venir<sup>288</sup>.

Afin que l'évaluation du préjudice soit individualisée, l'expert s'appuie sur des éléments relatifs aux circonstances de l'événement, à la prise en charge médicale et au contexte familial et social<sup>289</sup>. S'il peut se référer à des barèmes médico-légaux, leurs approches différentes ont une incidence sur les cotations proposées. Concernant les souffrances psychiques, ces différences vont « du simple au triple »<sup>290</sup>, ce qui peut alimenter le soupçon d'arbitraire de l'évaluation. Celle-ci demeure délicate dans la mesure où l'absence du visible et du manifeste rend la souffrance intellectuelle moins accessible que les souffrances physiques. Si des souffrances physiques seules sont cotées 7/7, les souffrances psychiques les plus importantes ont une cote maximale de 4/7<sup>291</sup>. De toute évidence, « le corps a un privilège exorbitant par rapport à la psyché »<sup>292</sup>. Toutefois, en pratique, cette cote maximale de 4/7 pour les souffrances

---

<sup>285</sup> C. PELLEGRINI, « Le préjudice d'angoisse de mort imminente », *Resp. civ. et assur.* 2015, étude 9, n° 15. L'auteur insiste sur le fait que l'évaluation consiste à mesurer « les souffrances morales provoquées par la conscience de la réduction de cette espérance de vie », d'où la nécessité, pour y parvenir, d'analyser le degré de conscience, sa durée et les circonstances dans lesquelles cette prise de conscience a eu lieu.

<sup>286</sup> S. PORCHY-SIMON, « Vers l'indemnisation des préjudices d'angoisse et d'attente », préc.

<sup>287</sup> *Supra*, n° 58.

<sup>288</sup> Cass. crim., 26 mars 2013, n° 12-82.600. Une conscience, même brève, de l'imminence de son décès, est suffisante pour considérer que le préjudice existe.

<sup>289</sup> C. LIENHARD, « Identification, évaluation et réparation des préjudices, des victimes directes et indirectes, découlant d'un dommage psychique », préc, p. 409.

<sup>290</sup> G. LOPEZ, « Les barèmes d'évaluation actuels sont-ils obsolètes ? », *Gaz. Pal.* 17 févr. 2015, p. 19.

<sup>291</sup> J.-B. PRÉVOST, « L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles », préc.

<sup>292</sup> *Ibid.*

intellectuelles est aujourd'hui fréquemment dépassée dans les affaires d'actes de terrorisme<sup>293</sup>. Quoiqu'il soit, les souffrances psychiques sont évaluées dans le cadre du poste de préjudice des souffrances endurées pour la période temporaire, et dans le cadre du DFP pour la période définitive. L'angoisse intègre en principe ces postes de préjudice.

**66. Prix.** Quel est le prix de l'angoisse ? L'indemnisation généralement confondue des souffrances physiques et psychiques dans de mêmes postes de préjudices, rend ardu l'accès aux données chiffrées. Toutefois, en cas de dommage corporel, nous avons souligné une tendance de la jurisprudence à distinguer le préjudice d'angoisse des autres souffrances en raison de ses spécificités. Selon le Professeur Philippe Brun, cela permettrait une indemnisation plus juste de l'angoisse<sup>294</sup>. C'est dans les accidents collectifs que les sommes les plus importantes sont allouées à ce titre. Dans l'affaire du crash du Yemenia Airways au large des Comores, qui a entraîné la mort de 152 passagers, une jeune fille a survécu, qui a pu décrire précisément le sentiment l'ayant habité avant que l'avion ne s'abîmât en mer : elle « décrit avec ses mots avoir senti l'avion monter, descendre, se stabiliser, recommencer ses mouvements, ainsi que des "tremblements bizarres" avant de sentir "un courant électrique lui parcourir le corps" et de se retrouver dans l'eau accrochée à un morceau d'épave, entendant des cris d'appels à l'aide ». L'arrêt indique que « ce laps de temps entre le fait générateur de dommage et le décès, même réduit, a été source d'un état de détresse pour chaque passager par l'appréhension de sa mort à venir et la certitude de son caractère inéluctable », ajoutant que « la douleur morale née de l'effroi de la représentation de sa propre fin est l'une des plus intenses qui se puisse ressentir »<sup>295</sup>. Aussi, l'indemnité a été fixée à 50.000 € pour chacun des six passagers concernés par la procédure. Certaines victimes d'actes de terrorisme ont été confrontées à une situation d'angoisse au moins aussi importante si l'on considère les 40.000 € ayant été alloués à une vendeuse travaillant dans le magasin jouxtant le commerce Hyper Casher dans lequel un acte de terrorisme et une prise d'otages ont eu lieu. Cette somme correspond aux souffrances morales endurées, qui ont été cotées 4/7 par un expert. Le jugement évoque en particulier la « crainte de mourir pendant plusieurs heures », un « trouble psycho-traumatique », ainsi que la nécessité d'un « suivi psychiatrique »<sup>296</sup>. Un « Livre Blanc sur les préjudices subis lors des

---

<sup>293</sup> Entretien exclusif avec le Dr Catherine Wong, expert psychiatre, Paris, 12 juin 2019.

<sup>294</sup> P. BRUN, « Responsabilité civile », *D.* 2018. 35.

<sup>295</sup> Aix-en-Provence, 30 juin 2016, n° RG 15/07185.

<sup>296</sup> TGI Paris, 24 oct. 2019, *JurisData* n° 2019-025220

attentats »<sup>297</sup>, publié le 7 novembre 2016 à l'initiative de 170 avocats, préconisait l'autonomisation du préjudice d'angoisse, qui pourrait être compensé par une indemnité pouvant s'élever à 175.000 € pour la victime principale dans les cas les plus graves, ce qui nécessite que chacun des critères suivants reçoive une cotation maximale : durée de l'exposition à l'acte terroriste, déshumanisation, peur pour ses proches, proximité des éléments de mort, confinement, proximité du danger de mort immédiate retard de prise en charge par les secours. Cette indication montre que le seul préjudice d'angoisse peut être compensé par des sommes très élevées dans des situations extrêmes. Bien qu'elle n'atteigne pas cette extrémité, le Dr Wong, expert psychiatre, nous a présenté dans le cadre d'un entretien la situation particulièrement grave d'une victime des attentats du 13 novembre 2015 qu'elle a expertisée. Il s'agit d'une jeune femme qui fêtait son anniversaire avec ses amis à la terrasse d'un café. Une fusillade a éclaté, qui a entraîné la mort d'un de ses amis, et l'amputation d'un autre. Elle a elle-même reçu une dizaine de balles, et vécu dans l'attente interminable des secours. Les souffrances morales ont été cotées 7/7, le Dr Wong évoquant une « destruction psychique ». La jeune femme vit avec le sentiment d'être condamnée à vivre<sup>298</sup>. Quant à la souffrance liée à l'angoisse de mort et à l'attente, qui est évaluée de manière autonome, elle est majeure. Dans ce dossier, le prix de l'angoisse ne peut qu'être élevé.

## ***II. L'anxiété liée à une menace future***

**67. Menace à venir.** Alors que l'angoisse est un état de souffrance au cours duquel des mécanismes de défense s'activent face à un danger réel, l'anxiété se définit plutôt comme un « sentiment d'attente menaçante » lié à un « danger imprécis »<sup>299</sup>. La personne est confrontée à la réalisation potentielle d'un dommage corporel ou matériel grave, ce qui est de nature à générer une tension nerveuse. Le risque préjudiciable n'étant qu'éventuel, il convient de parler d'anxiété plutôt que d'angoisse.

**68. Risque hypothétique.** Si le risque de réalisation du dommage n'est qu'« hypothétique », le juge refuse en principe d'accueillir les demandes présentées par les

---

<sup>297</sup> Livre blanc, Avocats du barreau de Paris, 7 nov. 2016.

<sup>298</sup> Entretien exclusif avec le Dr Catherine Wong, expert psychiatre, Paris, 12 juin 2019.

<sup>299</sup> N. GIRAULT, A. PÉLISSOLO, « L'approche psychologique des troubles anxieux : information, soutien et psychothérapies », préc., p. 260-261.

justiciables, car l'existence d'un lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice allégué est douteuse<sup>300</sup>. En l'absence de risque scientifiquement reconnu, l'anxiété peut avoir une autre cause que celle qui est avancée.

Le contentieux des antennes-relais de téléphonie mobile illustre bien ce « préjudice » d'anxiété en présence d'un risque hypothétique. Bien qu'une recommandation du Conseil de l'Union européenne datée du 12 juillet 1999 prévoit, dans un but de protection de la santé, des restrictions de base concernant l'exposition du public aux champs électromagnétiques, il n'existe pas à ce jour d'étude scientifique démontrant la dangerosité des ondes émises par ces antennes. Au plus est-il établi qu'un certain degré d'exposition aux ondes électromagnétiques provoque un « échauffement significatif des tissus »<sup>301</sup>. Mais le seuil est en l'occurrence bien plus élevé que ces restrictions préventives. Aussi, en l'absence d'éléments scientifiques objectivant le risque sanitaire, celui-ci doit être considéré comme hypothétique. Telle est la position adoptée par le juge administratif<sup>302</sup>, qui justifie le rejet des demandes présentées par les plaignants. Malgré tout, certaines juridictions du fond ont admis l'indemnisation du préjudice d'anxiété subi par des riverains en dépit du caractère hypothétique du risque, dès lors que ces derniers rapportaient la preuve d'un lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice d'anxiété<sup>303</sup>.

Le préjudice d'anxiété peut aussi être la conséquence d'un mauvais diagnostic médical. En 1971, une ancienne infirmière de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris a contracté une maladie professionnelle. Des examens médicaux réalisés en 2010 révèlent une lésion sur l'un des poumons, qui indique une rechute de la tuberculose contractée autrefois. Après la détection de cette lésion, le médecin émet l'hypothèse d'un cancer bronchique, qui est finalement écartée après la réalisation d'examens complémentaires. À la suite de cette annonce, la requérante a

---

<sup>300</sup> P. JOURDAIN, « Les préjudices d'angoisse », préc., n° 23.

<sup>301</sup> Circ. interministérielle du 16 octobre 2001 relative à l'implantation des antennes relais de radiotéléphonie mobile, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>302</sup> CE, 30 janv. 2012, n° 344992 ; *AJDA* 2012. 183.

<sup>303</sup> Versailles, 4 févr. 2009, *JurisData* n° 2009-000135 ; *JCP G* 2012. 820, obs. BACACHE. En l'espèce, les juges admettent la réparation du préjudice d'anxiété au motif que l'installation de l'antenne à proximité du domicile des plaignants « a créé indiscutablement un sentiment d'angoisse, dont la manifestation s'infère des nombreuses actions qu'ils ont menées ». – En ce sens, voir TGI Carpentras, 16 févr. 2009, *JurisData* n° 2009-001396 ; *D.* 2009. 2448, obs. TRÉBULLE. Dans cette affaire, le tribunal prononce l'indemnisation d'un préjudice d'anxiété, estimant que les débats scientifiques laissent subsister « un questionnement tout à fait sérieux portant sur le danger potentiel présenté par ce type d'installation ».

sollicité la réparation de l'anxiété qu'elle a ressentie temporairement pendant la période d'investigations. Le rapporteur public estime alors qu'il « s'agit d'une angoisse compréhensible et sans doute réelle, mais somme toute banale, si l'on songe qu'elle peut être ressentie par toute personne présentant, par exemple, un kyste, avant que celui-ci n'ait pu être analysé »<sup>304</sup>. Finalement, le tribunal a indemnisé le préjudice moral, mais il n'a été fait aucune mention de l'anxiété dans le jugement. Or, le juge a maintenu le *quantum* du préjudice fixé par l'expert, qui avait pris en considération l'anxiété. Cela montre la gêne ressentie par le juge au moment de prononcer la réparation de l'anxiété ressentie en présence d'un risque hypothétique.

**69. Risque scientifiquement reconnu.** Au contraire, lorsque le risque est scientifiquement reconnu, le juge se montre plus favorable à la réparation du préjudice d'anxiété. Dans ce cas, le lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice ne fait pas de doute.

Le préjudice d'anxiété se rencontre d'abord lorsqu'une personne a contracté une pathologie ou subi l'implantation d'un appareil défectueux. Un contentieux a notamment concerné des victimes ayant été contaminées par le virus de l'hépatite C par voie transfusionnelle. Ainsi, une personne accidentée de la route a subi plusieurs interventions chirurgicales au cours desquelles d'importantes quantités de sang lui ont été transfusées. À la suite de ces interventions, elle a contracté le virus de l'hépatite C. La victime a obtenu réparation de son préjudice d'anxiété, car « l'évolution de cette affection pouvait être sournoise », qui requiert une « surveillance stricte et régulière »<sup>305</sup>. Outre « le caractère évolutif de la pathologie »<sup>306</sup>, il convient de tenir compte de « la crainte d'une évolution subite et grave »<sup>307</sup>, qui est de nature à aggraver l'anxiété.

La présence, dans le corps de la victime, d'un appareillage défectueux est également source d'anxiété. Il peut s'agir de sondes cardiaques défectueuses, puisque leur présence dans le corps des malades fait naître chez eux « la crainte de subir d'autres atteintes graves jusqu'à l'explantation de sa propre sonde »<sup>308</sup>. Il peut aussi s'agir de prothèses défectueuses qui

---

<sup>304</sup> C. GROSSHOLTZ, *JCP A* 2017. 2032, concl. sous TA Paris, 30 mai 2016.

<sup>305</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 juill. 1996, n° 94-12.868.

<sup>306</sup> CE. 24 oct. 2008, n° 305622.

<sup>307</sup> CE, 19 déc. 2007, n° 289922 ; *JCP A* 2008. 18.

<sup>308</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 déc. 2006, n° 05-15.719 ; *RTD civ.* 2007. 352, obs. JOURDAIN.

suscitent la crainte de nouvelles fractures<sup>309</sup>.

Le préjudice d'anxiété se rencontre encore en cas d'exposition à une substance nocive. Alors, la menace ne se fait pas présente dans le corps de la personne comme c'est le cas dans l'hypothèse d'une pathologie déclarée ou de l'implantation d'un appareil défectueux. En l'occurrence, c'est le fait d'avoir été exposé à une substance nocive qui fait craindre l'apparition d'une maladie. C'est le cas de salariés ayant été exposés à l'amiante, qui ont été indemnisés au titre d'un préjudice d'anxiété parce qu'ils se sont trouvés « par le fait de l'employeur dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante »<sup>310</sup>. C'est un préjudice autonome et hors nomenclature. Sa particularité est de permettre l'indemnisation de victimes qui, bien que n'ayant contracté aucune maladie, se trouvent confrontées à la menace permanente de l'apparition d'une pathologie potentiellement mortelle.

Les contours juridiques du préjudice spécifique d'anxiété ont longtemps suscité des interrogations. Il était effectivement réservé aux seuls salariés pouvant bénéficier de l'allocation de cessation anticipée d'activité (ACAATA) instituée par l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, et dont l'établissement figurait sur une liste établie par arrêté ministériel<sup>311</sup>. Ces salariés n'avaient pas à démontrer la réalité et l'étendue de leur préjudice d'anxiété, dans la mesure où la chambre sociale de la Cour de cassation présumait le préjudice<sup>312</sup>. Bien que l'on puisse aisément se figurer l'anxiété que peut représenter, pour une personne ayant été exposée directement à l'amiante, le risque d'apparition, à moyen ou long terme – parfois plusieurs décennies –, d'une maladie potentiellement mortelle, il y avait lieu d'être surpris que le demandeur en réparation n'eût pas à rapporter la preuve, non seulement de la faute commise par son employeur, mais surtout des « contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse »<sup>313</sup> qu'il était amené à subir, puisque de cette démonstration dépendait la réalité du préjudice subi. À ce titre, la condition d'inscription de l'établissement sur une liste ministérielle permettait certes d'attester que le salarié avait travaillé dans une entreprise dans laquelle on

---

<sup>309</sup> CAA Lyon, 12 déc. 2013, n° 13LY00064.

<sup>310</sup> Cass. soc., 11 mai 2010, n°s 09-42.241 à 09-42.257 ; *RTD civ.* 2010. 564, obs. JOURDAIN.

<sup>311</sup> Cass. soc., 3 mars 2015, n°s 13-20.474 et 13-20.486 ; *D.* 2015. 968, KNETSCH. – Dans le même sens, voir Cass. soc., 25 mars 2015, n° 13-21.716 ; *D.* 2015. 2283, obs. PORCHY-SIMON.

<sup>312</sup> Cass. soc., 2 avr. 2014, n°s 12-28.616 et 12-29.825 ; *JCP G* 2014. 686, note COLONNA et RENAUX-PERSONNIC.

<sup>313</sup> Cass. soc., 11 mai 2010, n°s 09-42.241 à 09-42.257.



était en contact avec l'amiante, mais se révélait insuffisante pour démontrer la réalité et l'étendue du préjudice allégué. Selon le Professeur Jonas Knetsch, « les salariés qui ont travaillé dans un établissement figurant sur la liste » « n'ont pas nécessairement été au contact de fibres d'amiante »<sup>314</sup>. En allégeant la charge de la preuve, la Haute juridiction de l'ordre judiciaire avait contribué à « objectiver un préjudice éminemment subjectif, en s'appuyant sur une fiction juridique »<sup>315</sup>. Cette approche du préjudice spécifique d'anxiété contrastait avec le refus d'indemnisation opposé aux salariés ayant été exposés à l'amiante dans des établissements qui n'étaient pas inscrits sur cette liste, alors même qu'ils démontraient leur état d'anxiété<sup>316</sup>. Aussi, le fait de conditionner la réparation du préjudice spécifique d'anxiété à l'inscription de l'établissement sur la liste visée à l'article 41 de la loi précitée était regrettable car cela privait les salariés anxieux ayant été exposés à l'amiante dans un établissement non-inscrit d'une juste compensation.

Les magistrats du Quai de l'Horloge ont mis fin à cette « iniquité »<sup>317</sup> par un arrêt de revirement rendu le 5 avril 2019. Aux termes de cette décision, « il y a lieu d'admettre, en application des règles de droit commun régissant l'obligation de sécurité de l'employeur, que le salarié qui justifie d'une exposition à l'amiante, générant un risque élevé de développer une pathologie grave, peut agir contre son employeur, pour manquement de ce dernier à son obligation de sécurité, quand bien même il n'aurait pas travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 »<sup>318</sup>. Prenant acte de la décision rendue par l'assemblée plénière, la chambre sociale a adopté cette solution, ce qu'un auteur a qualifié de « désamiantage du préjudice d'anxiété »<sup>319</sup>. Elle a même ouvert la possibilité à des salariés exposés à d'autres substances que l'amiante de demander réparation de leur préjudice d'anxiété,

---

<sup>314</sup> J. KNETSCH, « Les limites de la réparation du préjudice d'anxiété », *D.* 2015. 968.

<sup>315</sup> F. MEYER, « Exposition à l'amiante, renoncement au préjudice d'anxiété et obligation de sécurité », *Rev. trav.* 2016. 272.

<sup>316</sup> Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-26.175 ; *D.* 2015. 1384, chron. WURTZ. En l'espèce, un agent d'EDF-GDF, qui a effectivement été exposé à l'amiante dans le cadre de son activité, n'a pas pu obtenir réparation de son préjudice d'anxiété, celle-ci étant réservée aux seuls bénéficiaires de l'ACAATA. – Voir aussi Cass. soc., 11 janv. 2017, n° 15-17.164 ; *D.* 2017. 2224, note BACACHE.

<sup>317</sup> P. BRUN, *D.* 2020. 40, obs. sous Cass., ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442.

<sup>318</sup> Cass. Ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442 ; *D.* 2019. 922, note JOURDAIN ; *D.* 2019. 2058, obs. GUÉGAN ; *D.* 2020. 40, obs. BRUN.

<sup>319</sup> L. BLOCH, « Le "désamiantage" du préjudice d'anxiété par la chambre sociale », *Resp. civ. et assur.* 2019, n° 12, étude 11.

en considérant qu' « en application des règles de droit commun régissant l'obligation de sécurité de l'employeur, le salarié qui justifie d'une exposition à une substance nocive ou toxique générant un risque élevé de développer une pathologie grave et d'un préjudice d'anxiété personnellement subi résultant d'une telle exposition, peut agir contre son employeur pour manquement de ce dernier à son obligation de sécurité »<sup>320</sup>. En l'absence de présomption de préjudice, la difficulté sera pour le salarié de parvenir à démontrer l'existence d'un risque élevé de développer une pathologie grave et l'anxiété qui en découle.

En dehors du monde du travail, les hommes peuvent être exposés à des agents exogènes chimiques. Un contentieux a porté sur le diéthylstilbestrol (DES) auquel ont été exposées des personnes *in utero*. Les femmes concernées vivent alors dans la crainte de développer des anomalies morphologiques, d'être confrontées à des grossesses difficiles avec un risque accru de fausse-couche, ou d'être atteintes d'un cancer gynécologique. Lorsque la preuve de l'anxiété est faite, par exemple lorsqu'il est fait état d'un suivi médical régulier ou, à tout le moins, d'une « atmosphère de crainte », la réparation peut être prononcée<sup>321</sup>. Un contentieux a aussi concerné l'exposition au formol, le Conseil d'État ayant reconnu le préjudice d'anxiété d'une aide-soignante qui a développé une allergie au formol et vécu dans la crainte de développer des affections sévères en cas d'exposition à l'allergène<sup>322</sup>. Des personnes ont aussi été exposées au benfluorex, qui est la substance contenue dans le Mediator, ce qui donné lieu à un autre contentieux. Si le juge administratif a admis le principe d'une réparation du préjudice d'anxiété, il a souligné, en se fondant sur des études réalisées à ce sujet, que le risque de développer une pathologie cardiaque suite à la prise du Mediator était très faible, ce qui a nécessairement pour conséquence de rendre plus ardue la démonstration de l'anxiété. Dans un arrêt de principe rendu le 9 novembre 2016, le Conseil d'État a ainsi estimé que l'intéressée ne faisait « état d'aucun élément personnel et circonstancié pertinent pour justifier du préjudice qu'elle invoque »<sup>323</sup>. Cela signifie que le fait d'apporter des éléments d'ordre subjectif en soutien d'une demande en réparation est nécessaire pour obtenir gain de cause, mais reste insuffisant. Il faut encore que le risque, reconnu scientifiquement, soit suffisamment grave et probable. Plus le critère de

---

<sup>320</sup> Cass. soc. 11 sept. 2019, n<sup>os</sup> 17-24.879 et 17-18.311 ; *D.* 2020. 558, obs. SILHOL ; *Dr. soc.* 2020. 58, note AUMERAN ; *RTD civ.* 2019. 873, obs. JOURDAIN.

<sup>321</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 2 juill. 2014, n<sup>o</sup> 10-19.206 ; *D.* 2014. 2362, obs. GUÉGAN-LÉCUYER. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 déc. 2014, n<sup>o</sup> 13-27.440. – Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 janv. 2017, n<sup>o</sup> 15-16.282 ; *D.* 2017. 2224, obs. BACACHE.

<sup>322</sup> CE, Ass., 4 juill. 2003, n<sup>o</sup> 211106 ; *Resp. civ. et assur.* 2004. 17, obs. GUETTIER.

<sup>323</sup> CE, 9 nov. 2016, n<sup>o</sup> 393108 ; *JCP G* 2017, p. 89, note ROTOULLIÉ ; *RDSS* 2016. 1165, obs. PEIGNÉ.

« criticité »<sup>324</sup> est élevé, plus la demande a de chances d'être accueillie. Dans l'affaire du Mediator, ce critère était si faible qu'un auteur a pu affirmer que « la consécration d'un préjudice spécifique d'anxiété [...] a de grande chance de rester hypothétique »<sup>325</sup> ; ce, contrairement à d'autres hypothèses – l'exposition au diéthylstilbestrol, par exemple – dans lesquelles le critère de criticité est beaucoup plus élevé.

Enfin, il arrive que les personnes vivent dans la crainte de la réalisation d'un dommage matériel grave. L'étude de la jurisprudence montre que les situations dans lesquelles le préjudice d'anxiété a été réparé relevaient des troubles anormaux du voisinage. Ainsi, le juge judiciaire a indemnisé la propriétaire d'une bâtisse qui se plaignait de dégâts causés à sa propriété, au motif qu'elle se trouvait « contrainte de vivre sous la menace constante d'une projection de balles [de golf] qui devait se produire d'une manière aléatoire et néanmoins inéluctable »<sup>326</sup>. Des propriétaires anxieux de voir un stockage de paille à proximité de leur immeuble d'habitation « compte tenu du risque indéniable » qu'un incendie se déclare puis se propage à leur immeuble<sup>327</sup>, ont également été indemnisés.

En d'autres termes, l'anxiété que les hommes peuvent ressentir en vivant sous la menace d'un risque éventuel de dommage grave, ne peut faire l'objet d'une indemnisation que dans la mesure où ce risque n'est pas une « simple éventualité »<sup>328</sup>, mais un risque reconnu scientifiquement avec une probabilité élevée de réalisation. Dans les cas où une indemnisation a malgré tout été prononcée en présence d'un risque hypothétique, la somme allouée reste modeste<sup>329</sup>. Au contraire, l'indemnité est élevée lorsque le risque est scientifiquement reconnu et présente un haut degré de dangerosité. C'est notamment le cas des pathologies liées à une exposition à l'amiante, car « la souffrance morale du malade est certaine, résultant de la connaissance par le malade du caractère incurable et douloureux de la pathologie et aussi de sa dépendance totale à l'égard de ses proches »<sup>330</sup>. Selon les circonstances, cette indemnité peut

---

<sup>324</sup> J. PEIGNÉ, *RDSS* 2016. 1165, obs. sous CE, 9 nov. 2016, n° 393108.

<sup>325</sup> *Ibid.*

<sup>326</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 juin 2004, n° 03-10.434 ; *RTD civ.* 2004. 738, obs. JOURDAIN.

<sup>327</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 févr. 2005, n° 04-10.362 ; *JCP G* 2005. II. 10110, note TRÉBULLE.

<sup>328</sup> C. GROSSHOLTZ, *JCP A* 2017. 2032, concl. sous TA Paris, 30 mai 2016.

<sup>329</sup> Versailles, 4 févr. 2009, *JurisData* n° 2009-000135 ; *JCP G* 2012. 820, obs. BACACHE. 7.000 € alloués en compensation du préjudice moral lié à l'installation d'une antenne-relais de téléphonie mobile.

<sup>330</sup> Bordeaux, 10 oct. 2013, n° RG 12/06852.

atteindre 100.000 €<sup>331</sup>.

## **§ 2 : Le traumatisme psychique**

**70. Notion.** Il y a traumatisme psychique en cas de pénétration puis de destruction de l'enveloppe psychique. Cela concerne essentiellement les accidents et agressions confrontant la victime au « réel de la mort »<sup>332</sup>, par exemple un viol, une tentative d'assassinat, un accident collectif ou un acte terroriste. Alors, la victime « a le sinistre privilège refusé aux autres hommes d'acquérir une connaissance de ce qu'est réellement la mort comme anéantissement »<sup>333</sup>. Le traumatisme psychique est une effraction du système pare-excitation qui, selon Freud, n'est autre que la confiance que la personne peut avoir en elle-même. Ce système se met en place au cours de l'enfance au contact de la mère<sup>334</sup>. L'installation à demeure de l'objet du traumatisme est d'une grande violence pour la victime<sup>335</sup>. Il s'agit d'une intrusion de l'appareil psychique, qui est aussi une violation de l'intimité de la personne et une menace pour son identité. Le bousculement identitaire qui en découle est source d'un mal-être.

**71. Traumatisme et angoisse.** La nature de l'enveloppe psychique dépend du vécu de la personne, de son expérience, de son environnement social et familial, de sa personnalité et de sa psychologie. Aussi, une même situation ne fera pas traumatisme pour toute personne qui y sera confrontée. Le traumatisme psychique est une expérience pleinement subjective qui se distingue de l'angoisse qui est une réaction naturelle. C'est ainsi que « certaines pertes qui sembleraient à certains logiques, comme la mort d'une vieille maman centenaire, peuvent s'avérer traumatiques, alors qu'on aurait pu les penser préparées depuis longtemps »<sup>336</sup>. Aussi faut-il prêter une attention vigilante aux symptômes présentés par la victime, qui seuls permettent de qualifier une souffrance psychique de traumatisme.

---

<sup>331</sup> *Ibid.*

<sup>332</sup> F. LEBIGOT, « Le traumatisme psychique au risque de la parole. Le rôle du transfert dans les psychothérapies », *Ann. Méd. Psychol.* 2017, n° 175, p. 32.

<sup>333</sup> *Ibid.*

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 33. – Voir également M.-F. BACQUÉ, « Deuils et traumatismes », préc., p. 359.

<sup>335</sup> D. SIBERTIN-BLANC, C. VIDAILHET, « De l'effraction corporelle à l'effraction psychique », *Neuropsych. enf. ado.* 2003, n° 51, p. 3.

<sup>336</sup> M.-F. BACQUÉ, « Deuils et traumatismes », préc., p. 359.

**72. Symptomatologie.** À la suite de l'événement traumatique commence une période de latence. C'est une période asymptomatique pouvant durer plusieurs semaines voire plusieurs mois. Certains troubles sont toutefois visibles, comme un état d'hébétude et d'anxiété, des troubles du caractère, un isolement croissant et une surconsommation d'alcool ou de stupéfiants. C'est à l'issue de cette période de latence qu'une symptomatologie post-traumatique se manifeste<sup>337</sup>. On parle alors d'état de stress post-traumatique. Celui-ci se définit comme l'ensemble des « manifestations succédant à un stress qui aurait été traumatique »<sup>338</sup>. Sur un plan sémantique, cette appellation est maladroitement car le stress dont il est question ne correspond pas à la symptomatologie mais à l'émotion suscitée par l'événement traumatique. Il est possible de classer en trois ordres les symptômes post-traumatiques : la répétition ou reviviscences de la scène traumatique, y compris durant le sommeil, qui est particulièrement confrontante pour la victime puisqu'elle entretient des « éprouvés difficiles d'abandon, de honte et de souillure »<sup>339</sup> ; l'évitement de lieux ou de situations qui présentent un lien avec l'événement traumatique ; l'hyperactivité neurovégétative. D'autres symptômes peuvent également apparaître après un traumatisme psychique, en particulier la dépression qui se manifeste par un isolement de la victime, une tristesse permanente, des émotions changeantes, une perte d'appétit et des troubles du sommeil<sup>340</sup>. Si les circonstances de l'effraction traumatique peuvent certainement favoriser l'apparition d'une dépression, la cause principale demeure « la blessure narcissique indépassable qu'entraîne la fin de l'illusion d'immortalité »<sup>341</sup>. L'on notera encore les possibles retentissements physiologiques, notamment les règles hémorragiques, diarrhées, céphalées, dermatoses, qui peuvent se révéler réfractaires aux traitements<sup>342</sup>. Après quelques mois, voire quelques années, les symptômes s'estompent à mesure que la victime met à distance la scène traumatique en lui prêtant une signification. Une femme victime d'une tentative d'assassinat perpétrée par son ex-mari, qui lui a asséné plusieurs coups de couteaux sur différentes parties du corps, et exercé une strangulation, « sources de

---

<sup>337</sup> E. CAILLON, « Les troubles psycho-traumatiques chez l'adulte », *Gaz. Pal.* 17 févr. 2015, p. 14.

<sup>338</sup> M.-F. BACQUÉ, « Deuils et traumatismes », préc., p. 360.

<sup>339</sup> F. LEBIGOT, « Le traumatisme psychique au risque de la parole. Le rôle du transfert dans les psychothérapies », préc., p. 33.

<sup>340</sup> E. CAILLON, « Les troubles psycho-traumatiques chez l'adulte », préc.

<sup>341</sup> *Ibid.*

<sup>342</sup> Concernant la symptomatologie post-traumatique, voir P. BESSOLES, « Traumatisme sévère et psychose post-traumatique », *L'évolution psychiatrique*, 2012, n° 77, p. 34 à 37.

frayeur intense », a eu un suivi psychiatrique et un traitement psychotrope au long cours – associant anti-dépresseurs et hypnotiques. Un état de stress post-traumatique a été diagnostiqué, qui a été révélé par une dépression et des troubles de la sensibilité, l'expert psychiatre ayant relevé, en dernier lieu, la stabilisation de la symptomatologie et des traitements<sup>343</sup>.

Dans les cas les plus graves, la victime ne parvient pas à reprendre le contrôle de son appareil psychique. La personne souffre alors d'une névrose traumatique. Le traumatisme reste dans l'ordre de l'indicible, de l'inacceptable, la victime ne parvenant pas à rendre sens de cette confrontation à la mort. Le traumatisme a fini par s'enkyster, ce qui condamne la victime à une « éternité de douleurs »<sup>344</sup> en raison de la persistance des symptômes. À terme, cela peut entraîner une « situation de régression affective majeure et de dépendance »<sup>345</sup>. À la suite d'un accident de la circulation, une personne a « conservé une incapacité permanente partielle, consistant en un syndrome postérieur traumatique ayant évolué en une névrose hystérophobique invalidante avec résurgence du sentiment de mort imminente, à l'origine d'un état d'angoisse, de troubles du sommeil et de l'appétit ». L'assureur du conducteur à l'origine de cet accident ayant mis en doute la réalité du diagnostic, l'expert a indiqué que le « caractère théâtral, maniéré, exagéré » de la victime révélait la névrose, « la souffrance psychique s'exprimant corporellement »<sup>346</sup>.

**73. Vulnérabilité de l'enfant.** Lorsqu'un enfant est victime d'un traumatisme psychique<sup>347</sup>, le préjudice constitué par l'état de stress post-traumatique est plus important que chez l'adulte, dans la mesure où celui-ci l'affecte durablement et profondément. Alors que l'adulte a des ressources psychologiques pour mettre à distance le mal qui l'atteint, l'enfant n'est pas encore suffisamment mature pour le repousser. Aussi, l'état de dépendance causé par le traumatisme s'en trouve aggravé. L'enfance étant une période de construction, de développement, d'édification, l'on imagine aisément le caractère destructeur du traumatisme. Selon le philosophe Jean-Baptiste Prévost, le traumatisme est un « stigmatisme » et « c'est toute la

---

<sup>343</sup> Aix-en-Provence, 19 juin 2014, n° RG 13/02946.

<sup>344</sup> P. BESSOLES, « Traumatisme sévère et psychose post-traumatique », préc., p. 44.

<sup>345</sup> E. CAILLON, « Les troubles psycho-traumatiques chez l'adulte », préc.

<sup>346</sup> Grenoble, 29 juill. 2009, n° RG 06/01266.

<sup>347</sup> Voir en particulier, à propos de l'accident d'autocar d'Allinges au cours duquel de nombreux enfants ont été blessés puis indemnisés en raison d'un état de stress post-traumatique, T. corr. Thonon-les-Bains, 26 juin 2013, n° 683/2013.

personnalité qui va se réorganiser autour de la blessure »<sup>348</sup>. Il y a une incidence sur la relation aux autres et à soi-même, sur son amour-propre, son tempérament et ses projets de vie. C'est le cas de l'enfant ayant été abusé sexuellement par ses parents durant l'enfance. Âgé d'un an au moment des faits, l'enfant souffre d'un « traumatisme psychique absolu »<sup>349</sup> qui, s'il ne peut être exprimé, est révélé par son état, puisqu'il est « énurétique et inadapté scolaire grave, qu'il présente une pseudo-débilité complète avec ruine des mécanismes mentaux opératoires, [qu'il] est incapable de raisonner, de soutenir son attention et de se concentrer, l'idéation et l'imaginaire étant durablement anéantis, et qu'enfin son affectivité est marquée du sceau de la culpabilité ». Le rapport ajoute que « les conséquences à long terme seront redoutables et imprévisibles, l'inadaptation présente de l'enfant X laissant présager une désadaptation grave sur le plan scolaire et social ainsi que sur le plan mental ». Plus l'enfant est jeune, plus les séquelles sont profondes.

**74. Application de la nomenclature Dintilhac.** Lorsque l'état de stress post-traumatique est avéré et s'accompagne d'une atteinte à l'intégrité physique, les souffrances intellectuelles sont indemnisées dans le cadre de la nomenclature Dintilhac. Celles endurées au cours de la maladie traumatique sont indemnisée au titre des souffrances endurées, tandis que celles qui présentent un caractère définitif le sont au titre du déficit fonctionnel permanent. En général, la consolidation est acquise deux ans après le traumatisme psychique<sup>350</sup>.

En l'absence de blessures apparentes, un dommage corporel peut tout de même être retenu, notamment lorsqu'une invalidité est constatée. Dans ce cas, l'application de la nomenclature Dintilhac s'impose. La chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé et annulé un arrêt d'appel pour avoir écarté « l'éventualité de préjudices corporels en l'absence de blessures, alors même que le médecin ayant examiné M. X... avait retenu une invalidité consécutive à cet état de stress »<sup>351</sup>. À défaut d'atteinte à l'enveloppe corporelle, l'état de stress post-traumatique est indemnisé au titre du préjudice moral<sup>352</sup>. Sur ce point, une évolution

---

<sup>348</sup> J.-B. PRÉVOST, « L'enfant possible, cet inconnu », *Gaz. Pal.* 10 mars 2012, n° 70, p. 29.

<sup>349</sup> Nancy, 16 mai 2002, *JurisData* n° 2002-202556.

<sup>350</sup> G. MOR, M. GIRARD, C. JONAS, C. ROSTAND, A. SACAZE, « Ateliers de formation de l'après-midi. 2<sup>ème</sup> atelier : souffrance et stress post-traumatique », *Gaz. Pal.* 10 avr. 2010, p. 39.

<sup>351</sup> Cass. crim., 21 oct. 2014, n° 13-87.669 ; *Resp. civ. et assur.* 2015, n° 1, comm. 3.

<sup>352</sup> Bordeaux, 6 mai 2015, n° RG 13/4091 (Attouchements sexuels et viols commis par un père sur sa fille). – Douai, 6 sept. 2007, n° RG 06/04237 (Agression sexuelle). – Aix-en-Provence, 10 mai 2007, n° RG 06/04783 (Agression sexuelle sur l'épouse et la fille de celle-ci). En l'espèce, les faits, qui ont été perpétrés « dans des conditions de violence extrême et dans un contexte de sadisme, de perversité, d'oppression et de terreur, sont d'une

pourrait cependant intervenir, puisque la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile contient un article 1269 aux termes duquel « toute atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne est un dommage corporel »<sup>353</sup>. Son adoption aurait pour conséquence que la seule effraction du psychisme serait suffisante pour permettre l'application de la nomenclature Dintilhac.

**75. Traumatisme de la victime par ricochet.** Un traumatisme psychique peut également frapper une victime par ricochet. L'annonce brutale de l'accident subi par la victime principale ou la violence de l'évènement – accidents collectifs, attentats, assassinats, etc. –, sont des circonstances de nature à entraîner un deuil traumatique<sup>354</sup>. La victime par ricochet est alors dans l'impossibilité d'admettre la perte de l'être cher. Après une période de latence plus ou moins longue, la victime développe une symptomatologie post-traumatique. Lorsqu'elle est accompagnée d'une dépression, celle-ci est généralement plus longue et plus profonde que dans un deuil normal. Il est possible d'observer des troubles de l'humeur, du comportement et du sommeil, ainsi qu'une perte d'appétit<sup>355</sup>. Les complications du deuil, en particulier le déni, se manifestent principalement lorsque celui-ci affecte un enfant, un parent ou une personne âgée, car ce sont « des âges où le deuil est plus difficile »<sup>356</sup>. L'enfant est certainement le plus vulnérable. La perte d'un parent durant l'enfance présente un caractère déstabilisateur dans la mesure où elle compromet « le processus d'individuation dans lequel il était engagé »<sup>357</sup>. Cette perte s'analyse comme un « traumatisme majeur »<sup>358</sup> qui fragilise l'enfant psychologiquement et physiologiquement. Dans les cas les plus graves, la victime présente une névrose traumatique

---

exceptionnelle gravité ; que par la personnalité de criminel "hors norme" de leur auteur, ils ont eu un retentissement également exceptionnel sur le psychisme, l'équilibre et le devenir de ces deux femmes qui ont subies d'extrêmes souffrances psychologiques et psychiques qui perdurent ». En raison de « souffrances à caractère exceptionnel », 45.000 € ont été alloués à chacune des victimes au titre de leur préjudice moral.

<sup>353</sup> Sénat, proposition de loi n° 678 portant réforme de la responsabilité civile, présentée par P. BAS *et al.*, enregistrée le 29 juill. 2020.

<sup>354</sup> M. HANUS, « Deuils normaux, deuils difficiles, deuils compliqués et deuils pathologiques », préc., p. 350.

<sup>355</sup> M.-F. BACQUÉ, « Deuils et traumatismes », préc., p. 362.

<sup>356</sup> M. HANUS, « Deuils normaux, deuils difficiles, deuils compliqués et deuils pathologiques », préc., p. 353.

<sup>357</sup> M. MENTEC, C. FLAHAULT, « Perdre un parent dans l'enfance : état des lieux des connaissances théoriques et des enjeux cliniques. Description et enjeux de la perte d'un parent dans l'enfance », préc., p. 288.

<sup>358</sup> *Ibid.*, p. 289. Psychologiquement, l'enfant est susceptible de développer des « problèmes de santé mentale » comme « l'anxiété, la dépression, les problèmes de conduites déviantes, l'altération des résultats scolaires [...] ». Sur un plan physiologique, le stress accru occasionne fréquemment le développement de maladies physiques comme « l'hypertension, les maladies cardiaques » et infectieuses.



et se trouve exposée au développement de maladies physiques ou mentales.

**76. Application de la nomenclature Dintilhac.** Le « retentissement pathologique » consécutif à la survie handicapée ou au décès de la victime principale doit en principe être indemnisé au titre du préjudice d'affection. C'est en tout cas ce que prévoyait le rapport Dintilhac. Présentant le préjudice d'affection en cas de décès de la victime principale, ce document indiquait qu'« il convient d'inclure, à ce titre, le retentissement pathologique avéré que le décès a pu entraîner chez certains proches »<sup>359</sup>. En cas de survie, il était également précisé qu'« il convient d'inclure à ce titre le retentissement pathologique avéré que la perception du handicap de la victime survivante a pu entraîner chez certains proches »<sup>360</sup>. Cependant, les juges de la Cour de cassation ont souhaité réserver le préjudice d'affection aux seules souffrances affectives éprouvées par les victimes par ricochet, le retentissement pathologique devant être indemnisé séparément<sup>361</sup>. Selon les Hauts magistrats, « les préjudices subis par les proches d'une victime peuvent être de deux ordres, les uns subis dans leur propre corps, les autres résultant du rapport à l'autre »<sup>362</sup>. La peine du cœur doit donc être réparée dans le cadre du préjudice d'affection, tandis que la souffrance intellectuelle est indemnisée au titre des souffrances endurées ou du déficit fonctionnel permanent. La distinction est intéressante sur un plan conceptuel, puisqu'elle met en lumière le fait que « la peine, la tristesse n'ont rien à voir avec la dépression »<sup>363</sup>. De plus, elle signifie qu'en cas d'atteinte à l'intégrité psychique, la victime par ricochet obtient la qualité de victime principale, car ce « n'est pas un dommage par ricochet mais un dommage principal »<sup>364</sup>. De cette manière, elle est en mesure d'obtenir la réparation intégrale de ses préjudices. Ce cumul de qualités se rencontre aussi bien en cas de décès de la victime principale<sup>365</sup> qu'en cas de survie<sup>366</sup>.

**77. Évaluation.** L'évaluation de la souffrance intellectuelle résultant d'un traumatisme psychique est complexe. La première difficulté est liée au fait que la symptomatologie peut se

---

<sup>359</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, juill. 2005, p. 44.

<sup>360</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>361</sup> Cass. crim., 16 nov. 2010, n° 09-87.211 ; *Resp. civ. et assur.* 2011. 42.

<sup>362</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 23 mars 2017, n° 16-13.350 ; *D.* 2017. 1409, obs. BASCOULERGUE.

<sup>363</sup> A. BASCOULERGUE, *D.* 2017. 1409, note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 23 mars 2017, n° 16-13.350.

<sup>364</sup> *Ibid.*

<sup>365</sup> TGI Nantes, 11 sept. 2008 ; *Gaz. Pal.* 8-9 juill. 2009, p. 36, obs. LIENHARD.

<sup>366</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 avr. 2011, n° 10-10.908 ; *JCP S* 2011. 1435.

manifester plusieurs mois voire plusieurs années après l'évènement déclencheur. Cette situation conduit l'expert à s'interroger sur l'existence d'un lien de causalité entre l'évènement considéré et le traumatisme<sup>367</sup>. Une fois cette difficulté écartée, l'expert doit être attentif aux mentions présentes sur le certificat médical initial, qui décrit précisément les premières séquelles. Il convient de repérer les signes d'une confrontation du sujet à la perspective de la mort, par exemple un état d'hébétude<sup>368</sup>. Tenu de saisir le vécu douloureux de la victime, l'expert est confronté à la difficulté de mesurer les souffrances ressenties lors des reviviscences de la scène traumatique dont on sait qu'elles sont particulièrement douloureuses. Pour cela, il convient au préalable d'apprécier leur fréquence et leur retentissement psychique<sup>369</sup>. L'évaluation est également compliquée par le fait que la souffrance peut sourdre sous des formes masquées, difficiles à « recueillir », à « détecter »<sup>370</sup>. La médiation du langage devrait, dans ces conditions, permettre à l'expert d'approcher le ressenti douloureux de la victime. Cependant, celle-ci peut être envahie par des sentiments d'abandon, de honte et de souillure, qui la conduisent à jeter un voile pudique sur ce qu'elle a vécu. L'intrusion de l'appareil psychique étant perçue comme une violation de l'intimité, la personne garde le silence<sup>371</sup>. Dans l'hypothèse dans laquelle un enfant est victime d'un traumatisme psychique<sup>372</sup>, il est nécessaire de garder à l'esprit que cet évènement intervient au cœur d'une période de développement au cours de laquelle l'insouciance et la légèreté occupent, avec l'apprentissage des savoirs, une place centrale. Si

---

<sup>367</sup> G. MOR, M. GIRARD, C. JONAS, C. ROSTAND, A. SACAZE, « Ateliers de formation de l'après-midi. 2<sup>ème</sup> atelier : souffrance et stress post-traumatique », préc., p. 39.

<sup>368</sup> C. LIENHARD, « Identification, évaluation et réparation des préjudices, des victimes directes et indirectes, découlant d'un dommage psychique », préc., p. 407-408. – G. MOR, M. GIRARD, C. JONAS, C. ROSTAND, A. SACAZE, « Ateliers de formation de l'après-midi. 2<sup>ème</sup> atelier : souffrance et stress post-traumatique », préc., p. 41-42. Christine Rostand indique que le certificat médical initial ou procès-verbal de plainte présente souvent un caractère sommaire, ce qui est de nature à compliquer l'appréciation de l'état de stress post-traumatique.

<sup>369</sup> G. MOR, M. GIRARD, C. JONAS, C. ROSTAND, A. SACAZE, « Ateliers de formation de l'après-midi. 2<sup>ème</sup> atelier : souffrance et stress post-traumatique », préc., p. 39.

<sup>370</sup> *Ibid.*

<sup>371</sup> C. DAMIANI, « La réparation psychique », *Méd. & Droit* 2010. 58. Il y a là quelque chose de paradoxal : « [...] comment concilier nécessité de cacher ces blessures de l'intime et nécessité de les exposer publiquement pour être reconnu et obtenir réparation ? ». – D. SIBERTIN-BLANC, C. VIDAILHET, « De l'effraction corporelle à l'effraction psychique », *Neuropsych. enf. ado.* 2003, n° 51, p. 2. Les auteurs évoquent un « mutisme impénétrable et sans concession » auquel le psychiatre fait régulièrement face lors d'une première prise de contact avec les victimes d'un traumatisme psychique. – J.-B. PRÉVOST, « L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles », préc. Le philosophe évoque « la pudeur de certaines victimes qui, de manière pas toujours consciente, rechignent à énoncer ce qu'elles éprouvent par crainte d'être perçues négativement ».

<sup>372</sup> Au sens large, par opposition à un adulte.

l'on ajoute à cela l'incidence du traumatisme sur la construction de la personnalité de l'enfant, l'on prend la mesure des souffrances psychiques qu'il peut avoir endurées. L'expert doit alors faire preuve de vigilance au moment de coter les souffrances endurées et la part douloureuse du déficit fonctionnel permanent, afin que la cotation reflète aussi exactement que possible le vécu douloureux de l'enfant<sup>373</sup>. En toute hypothèse, l'existence d'une névrose traumatique est une difficulté supplémentaire pour l'expert. Cet enkystement du traumatisme au sein du psychisme est à l'origine de symptômes difficilement repérables, en particulier la boulimie et l'alcoolisme, ce qui complique singulièrement l'évaluation de la perception douloureuse<sup>374</sup>. Compte tenu des nombreuses interactions dont l'appareil psychique humain est le siège, la désignation d'un expert psychiatre s'impose en cas de traumatisme psychique. Si l'on peut regretter « la psychiatrisation de toute expérience humaine traumatique »<sup>375</sup>, cette désignation s'explique par le fait qu'il s'agit de son domaine de compétence et que la pratique montre que les experts compétents dans d'autres disciplines médicales ont tendance à majorer les cotations retenues pour prendre en considération la souffrance intellectuelle sans pour autant l'évaluer *in concreto*<sup>376</sup>. Dans le cadre de l'évaluation du traumatisme psychique, l'expert peut s'appuyer en tant que de besoin sur un barème officiel, prévu par le décret du 10 janvier 1992 relatif aux règles et barèmes pour la classification et l'évaluation des troubles psychiques de guerre, qui peut certainement « servir de modèle pour les victimes en temps de paix »<sup>377</sup>.

**78. Prix.** La victime d'un traumatisme psychique, qui a pu évoluer en névrose, est indemnisée au titre des souffrances endurées et du DFP en cas de dommage corporel, et au titre du préjudice moral en l'absence d'atteinte corporelle. En fonction des circonstances, un

---

<sup>373</sup> J.-B. PRÉVOST, « L'enfant possible, cet inconnu », préc. – C. BERNFELD, F. BIBAL, « Réparer le dommage corporel des enfants », *Gaz. Pal.* 10 mars 2012, n° 70, p. 5.

<sup>374</sup> D. MARTIN, « Accident médical et dommages psychiques : éléments de problématique », *RDSS* 2011. 1088. Selon Dominique Martin, la névrose traumatique correspond fréquemment « au temps de l'expertise médico-légale qui se situe toujours plusieurs mois après l'accident ». – Voir également G. MOR, M. GIRARD, C. JONAS, C. ROSTAND, A. SACAZE, « Ateliers de formation de l'après-midi. 2<sup>ème</sup> atelier : souffrance et stress post-traumatique », préc., p. 40. Marc Girard insiste sur les formes parfois masquées de la névrose traumatique, qui compliquent l'évaluation des souffrances post-traumatiques.

<sup>375</sup> G. MOR, M. GIRARD, C. JONAS, C. ROSTAND, A. SACAZE, « Ateliers de formation de l'après-midi. 2<sup>ème</sup> atelier : souffrance et stress post-traumatique », préc., p. 40-41.

<sup>376</sup> Voir, sur ce point, C. BERNFELD, F. BIBAL, « Pour une égalité de traitement des dommages psychiques et physiques », préc.

<sup>377</sup> C. LIENHARD, « Identification, évaluation et réparation des préjudices, des victimes directes et indirectes, découlant d'un dommage psychique », préc., p. 410.

préjudice permanent exceptionnel peut être retenu, même si la Cour de cassation ne semble pas vouloir le reconnaître<sup>378</sup>. Selon le rapport Dintilhac, ce poste permet « d'indemniser, à titre exceptionnel, tel ou tel préjudice extra-patrimonial permanent particulier non indemnisable par un autre biais »<sup>379</sup>, et qui prend une résonance « toute particulière soit en raison de la nature des victimes, soit en raison des circonstances ou de la nature de l'accident à l'origine du dommage »<sup>380</sup>, le rapport évoquant l'hypothèse d'un attentat. À la suite de violences sexuelles, des femmes ont été victimes d'un état de stress post-traumatique et subi « d'extrêmes souffrances psychologiques et psychiques qui perdurent »<sup>381</sup>, ce qui a justifié l'allocation d'une somme de 45.000 € au titre de leur préjudice moral. Comme en matière d'angoisse, les indemnités les plus élevées sont versées en cas d'accidents collectifs – attentats, accidents ferroviaires ou aériens. Ainsi, 30.000 € ont été alloués à la personne ayant perdu la totalité de sa famille à la suite d'un crash aérien, et qui a développé un « état de stress post-traumatique avec épisode dépressif majeur ». De même, 300.000 F (près de 45.000 €) ont été alloués au titre de l'incapacité permanente à une personne présente lors d'un attentat à l'explosif dans la galerie Claridge des Champs Élysées, qui a porté secours à un blessé grave alors qu'elle était dans l'attente de l'heure d'une séance de cinéma. Le syndrome psycho-traumatique dont elle a souffert a évolué en névrose traumatique. L'arrêt rapporte les propos de l'expert, qui indique que « ce syndrome psycho-traumatique et son évolution en névrose traumatique sont directement et exclusivement déterminés par l'attentat du 3 février, et par le choc émotionnel que cet attentat a entraîné ». L'incapacité permanente évaluée à un taux de 32 % est la conséquence du traumatisme, qui comprend notamment les « ruminations mentales morbides »<sup>382</sup>. Le retentissement psychique est plus important encore lorsqu'il s'agit d'une victime principale. Un technicien français en mission à Karachi y a été grièvement blessé dans un attentat survenu le 8 mai 2002. La juridiction saisie de l'affaire a réparé à double titre le

---

<sup>378</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 sept. 2014, n° 13-10.691 (tentative d'assassinat). Les Hauts magistrats ont soutenu « qu'en statuant ainsi, sans caractériser l'existence d'un poste de préjudice permanent exceptionnel distinct du préjudice moral lié aux souffrances psychiques et aux troubles qui y sont associés inclus dans le poste de préjudice du déficit fonctionnel permanent par ailleurs indemnisé, la cour d'appel a violé le texte et le principe susvisés ».

<sup>379</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, juill. 2005, p. 41.

<sup>380</sup> *Ibid.*

<sup>381</sup> Aix-en-Provence, 10 mai 2007, n° RG 06/04783.

<sup>382</sup> Paris, 9 juin 2000, *JurisData* n° 2000-120099.

« retentissement psychique de l'attentat »<sup>383</sup>. Au titre du DFP, une indemnité de 87.500 € a été fixée, qui compense non seulement une incapacité permanente de 35 % et des douleurs physiques définitives, mais aussi « une forte altération des capacités de contrôle émotionnel, d'un syndrome de répétition et de moments d'anxiété majeure ». Les souffrances psychiques indemnisées correspondent à la symptomatologie post-traumatique. Compte tenu du traumatisme psychique consécutif à l'attentat, la juridiction a également retenu un préjudice permanent exceptionnel. En l'occurrence, « l'attentat subi par monsieur E. à Karachi, alors qu'il était en mission professionnelle dans ce pays, a créé un traumatisme exceptionnel, en raison des répercussions propres à la violence d'un attentat », ce qui a justifié l'allocation d'une somme de 100.000 €. Au regard de l'inadaptation du DFP à prendre en compte les souffrances physiques et morales<sup>384</sup> et de la nécessité d'individualiser le préjudice de souffrance, la reconnaissance d'un préjudice permanent exceptionnel était opportune. Il est encore possible d'évoquer la situation de la jeune femme grièvement blessée lors des attentats du 13 novembre 2015 alors qu'elle se trouvait à la terrasse d'un bar pour fêter son anniversaire avec des amis. Elle a assisté à la mort d'un de ses amis et à la détresse d'un autre. Elle a elle-même été touchée par une dizaine de balles au cours de la fusillade. L'expert psychiatre a évalué à 7/7 les souffrances psychiques endurées, la jeune femme présentant un état de stress post-traumatique. L'expert décrit une « culpabilité complexe », un « syndrome du survivant », ainsi qu'un « travail impossible tendant à réparer l'irréparable ». La personne est confrontée à sa « destruction psychique »<sup>385</sup>. Cela doit justifier une indemnité au moins aussi importante que dans l'hypothèse précédente.

**79. Conclusion de chapitre.** Les souffrances d'origine morale sont appréhendées par le droit dans leur diversité. Qu'elles soient affectives ou intellectuelles, elles font l'objet d'une compensation chaque fois qu'une personne en est injustement victime. Seule fait exception la souffrance affective consécutive à une expropriation. L'absence du visible et du manifeste complique leur évaluation, même si l'étude des dossiers médicaux et l'observation clinique du sujet est susceptible d'apporter des éléments d'objectivation du mal, spécialement lorsqu'il

---

<sup>383</sup> Paris, 12 déc. 2008, n° RG 06/13737.

<sup>384</sup> P. BRUN, Lamy Responsabilité, n° 225-70. Selon le Professeur Philippe Brun, « il faut garder à l'esprit que la méthode dite du point aboutit dans les faits à forfaitiser un poste de préjudice dont les composantes éminemment personnelles sont pourtant particulièrement différentes, et dans son appréciation, et dans son évaluation d'un individu à l'autre ».

<sup>385</sup> Entretien exclusif avec le Dr Catherine Wong, expert psychiatre, Paris, 12 juin 2019.

s'agit de souffrances intellectuelles. Le langage conserve par ailleurs un rôle prépondérant. Si l'indemnisation des victimes est en principe recherchée, les dommages-intérêts présentent parfois un caractère punitif, en particulier lorsqu'il est porté atteinte à des droits familiaux<sup>386</sup>. C'est une méconnaissance du principe de la réparation intégrale. Alors que les souffrances d'origine morale ont longtemps pâti de leur "invisibilité", il est aujourd'hui possible d'affirmer que les attaques terroristes ayant frappé notre pays ces dernières années ont favorisé leur prise en considération. Au regard de la gravité des atteintes portées à l'âme, qui pouvaient être de l'ordre de la destruction psychique, les acteurs de la réparation du dommage corporel se sont mobilisés afin que les souffrances des victimes soient correctement évaluées. Le Livre blanc sur les préjudices subis lors des attentats en est une illustration. Cette évolution est de nature à mettre fin au « privilège exorbitant »<sup>387</sup> du corps par rapport à l'âme.

**80. Conclusion de titre.** Qu'il ait une origine physique ou morale, « l'avoir mal » injustement subi fait l'objet d'une réparation. Toutes les composantes de la douleur sont prises en compte. La différence de traitement qui pouvait exister il y a encore quelques années entre les douleurs physiques et morales, et qui profitait aux premières, a fini par s'estomper. Si l'indemnité fixée par le juge ne représente jamais l'équivalent du mal souffert, la victime peut y trouver une consolation. L'évaluation de cette souffrance est effectivement ardue. Alors qu'une approche objective consistant à rechercher la sensibilité commune des hommes placés dans une même situation est possible, une approche subjective s'est imposée, qui consiste à saisir le sens que la victime a donné à son mal. Si cette approche permet d'individualiser la réparation du préjudice, elle est vouée à l'échec en raison de la nature de la souffrance qui est propre à celui qui la vit. Elle aboutit aussi à exclure toute indemnisation lorsqu'il est démontré que la victime ne présentait pas un état de conscience suffisant pour connaître un vécu douloureux. Afin de faciliter l'évaluation des souffrances physiques et morales, certains obstacles pourraient être utilement levés, notamment l'intégration des souffrances permanentes au sein du DFP en cas de dommage corporel. En tout cas, il apparaît que l'intérêt moral de la victime injustement atteinte dans sa sensibilité est pris en considération par le droit. À travers la réparation des souffrances, le droit a réagi au mal déjà infligé. Grâce aux progrès des techniques médicales, leur élimination est devenue possible. À cette lutte, le droit participe activement en se plaçant aux côtés de la médecine.

---

<sup>386</sup> Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 2277.

<sup>387</sup> J.-B. PRÉVOST, « L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles », préc.

## **TITRE 2 : DES SOUFFRANCES À CONJURER**

**81. Présence.** « L'avoir mal » a longtemps été intégré au quotidien des hommes. La souffrance était présente. Si un soulagement pouvait être obtenu par l'utilisation de plantes aux propriétés anxiolytiques et sédatives, leur toxicité en cas de mauvais dosage rendait la démarche risquée. Il y avait dans la souffrance une certaine fatalité<sup>1</sup>. Aussi, le soutien apporté aux malades dans leur épreuve était essentiellement humain. C'était l'œuvre du village, de la paroisse et de l'entourage<sup>2</sup>. Comme le deuil, l'accompagnement était « public et ritualisé »<sup>3</sup>.

**82. Éloignement.** Les progrès accomplis dans le monde de la chimie depuis le XVII<sup>e</sup> siècle ont contribué à la lutte contre la souffrance. L'élaboration de procédés médicamenteux a progressivement permis son élimination et l'apaisement d'une conscience meurtrie par le recours aux pratiques sédatives. Pour autant, cela ne signifie pas que toute souffrance se trouve alors anéantie, puisque la confrontation aux douleurs et la perspective d'une fin de vie sont de nature à bousculer le cours habituel de la vie. La personne peut connaître un état de mal-être. En tout cas, cette évolution avait pour effet d'éloigner la souffrance du quotidien des hommes. Le rapport à la mort était également redéfini, dès lors que l'issue fatale pouvait être repoussée, parfois de plusieurs années, grâce aux progrès des techniques. Par l'utilisation de traitements médicamenteux, la plupart des pathologies pouvaient être vaincues<sup>4</sup>. La mort étant mise à distance dans l'esprit des hommes, la perte des solidarités familiales et locales, des rites, et du sens de la mort, était inévitable<sup>5</sup>. Au cours de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, un renversement s'est opéré concernant la prise en charge de la fin de vie. Alors qu'elle était autrefois confiée aux familles, ces dernières l'ont déléguée à l'hôpital. La mort elle-même se trouvait éloignée

---

<sup>1</sup> N. AUMONIER, B. BEIGNIER, P. LETELLIER, *L'euthanasie*, PUF, coll. Que sais-je ?, 6<sup>e</sup> éd., 2012, p. 9. – En ce sens, voir également N. DANZIGER, « La perception de la douleur d'autrui », *Ann. méd. psychol.*, 2014, n° 172, p. 115.

<sup>2</sup> M. DE HENNEZEL, *Nous ne nous sommes pas dit au revoir*, éd. Robert Laffont, coll. Pocket, 2000, p. 17-18.

<sup>3</sup> J. PIQUET, *Ne les laissez pas mourir seuls*, éd. Desclée de Brouwer, 1997, p. 13.

<sup>4</sup> J.-F. MATTEI, J.-M. LA PIANA, « Fin de vie », in *Questions d'éthique biomédicale*, J.-F. MATTEI (dir.), éd. Flammarion, coll. Nouvelle bibliothèque scientifique, 2008, p. 310. – M. ABIVEN, *Une éthique pour la mort*, éd. Desclée de Brouwer, 1995, p. 31. L'auteur affirme que « de palliative qu'elle était essentiellement, la médecine est devenue, pour beaucoup de maladies, curative. Elle a maintenant, grâce à toute une série de procédés thérapeutiques, le moyen d'infléchir le cours d'une pathologie auparavant fatale ».

<sup>5</sup> K. SADLER, « Comment soigner en étant soi-même touché par la douleur de l'autre ? », *Méd. palliat.* 2014, p. 268.

du quotidien des hommes<sup>6</sup>.

**83. Encadrement.** Le droit est intervenu activement aux côtés de la médecine afin d'encadrer les pratiques. Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, la déontologie médicale a été adaptée dans le sens d'une prise en compte systématique des souffrances. « Le médecin doit s'efforcer d'apaiser les souffrances de son malade »<sup>7</sup>. La législation elle-même a été modifiée dans cette optique. Sous l'impulsion du sénateur Neuwirth, il a été imposé aux établissements de santé de mettre en œuvre les moyens utiles au soulagement des souffrances des patients qu'ils accueillent<sup>8</sup>. La formation des professionnels de santé a fait l'objet d'ajustements en ce sens. Des droits ont ensuite été reconnus aux patients, parmi lesquels on compte l'accès aux soins palliatifs et à un accompagnement pour les personnes dont l'état le requiert, et le soulagement des souffrances<sup>9</sup>.

Cet encadrement était nécessaire, non seulement pour faire en sorte que la médecine prenne effectivement en charge les souffrances physiques et morales, mais encore pour veiller à ce que les traitements médicamenteux ne fassent pas l'objet d'un mésusage. L'élimination des souffrances étant devenu possible, la rendre effective était devenue une priorité de santé publique, car elle participe à la sauvegarde de la dignité humaine en préservant la liberté des hommes. Une souffrance non soulagée peut devenir obsédante<sup>10</sup>. En focalisant sur elle l'attention du malade, elle restreint les libertés, elle enlève le désir de vivre. « L'avoir mal » a des effets délétères sur le corps et sur l'âme<sup>11</sup>, raison pour laquelle il était indispensable de se donner les moyens de sa conjuration. La succession de plans nationaux de lutte contre la douleur montre qu'il s'agit d'une priorité pour nos gouvernants. Alors qu'un rapport du comité consultatif national d'éthique (CCNE) sur le débat public concernant la fin de vie a mis en lumière la peur de mal-mourir<sup>12</sup>, cette intervention du droit devrait également contribuer à ce que la fin de vie soit plus paisible.

À la faveur d'interventions législatives successives, le droit de la santé publique s'est

---

<sup>6</sup> D. LE BRETON, « L'individualisation du rapport à la mort », in *Les proches et la fin de vie médicalisée*, B. FEUILLET-LIGER (dir.), éd. Bruylant, coll. Droit, Bioéthique et Société, 2013, p. 27.

<sup>7</sup> Décr. n° 79-506, 28 juin 1979, *JO* 30 juin.

<sup>8</sup> L. n° 95-116, 4 févr. 1995, *JO* 5 févr.

<sup>9</sup> L. n° 99-477, 9 juin 1999, *JO* 10 juin.

<sup>10</sup> Y. CAMBERLEIN, « L'approche somatique du malade en fin de vie », in *Pour une mort plus humaine*, M. ABIVEN (dir.), InterEditions, 1990, p. 73.

<sup>11</sup> D. LE BRETON, *Expériences de la douleur*, éd. Métailié, coll. Traversées, 2010, p. 33.

<sup>12</sup> CCNE, Rapport sur le débat public concernant la fin de vie, 21 oct. 2014, p. 8.



enrichi de nombreux dispositifs de lutte contre « l'avoir mal ». Certains contribuent à une prise en charge ordinaire des souffrances, tandis que d'autres sont tournés vers l'élimination des souffrances réfractaires aux traitements. Nous les envisagerons successivement. Les moyens ordinaires de lutte contre les souffrances, d'abord (**Chapitre 1**) ; les moyens extraordinaires, ensuite (**Chapitre 2**).



# Chapitre 1 : Les moyens ordinaires de conjuration des souffrances

**84. Accompagner.** Le philosophe Patrick Verspieren soutenait que « porter remède à la souffrance n'est pas une pure affaire de technique médicale »<sup>1</sup>. Il est vrai qu'avant que celle-ci ne se développât, le moyen de conjuration des souffrances était humain. Il n'y avait pas d'autre solution que d'accompagner la personne malade dans l'épreuve qu'elle subissait. Malgré l'apport de la technique, la présence des autres est un soutien moral indispensable que notre droit organise (**Section 1**).

**85. Traiter.** Avec le déploiement de la technique médicale, les souffrances des malades ont pu être traitées. De cette façon, des moyens techniques se sont ajoutés aux moyens humains pour les conjurer. De nos jours, chacun doit pouvoir bénéficier d'une prise en charge de ses souffrances, quel que soit son état de santé. C'est un devoir qui incombe aux professionnels de santé, et un droit des personnes soignées (**Section 2**).

## Section 1 : L'accompagnement des personnes malades

**86. Solitude.** La souffrance est la cause de l'isolement de la personne malade. Elle « divise le monde en deux »<sup>2</sup>, séparant les souffrants des bien-portants. L'accompagnement, qui se définit comme le fait de « marcher [aux côtés du malade] en le laissant libre de choisir son chemin et le rythme de son pas »<sup>3</sup>, est un moyen sûr d'y remédier en accueillant sa souffrance<sup>4</sup>. L'homme est un être social. Aussi est-il naturel d'entrer en relation avec l'autre afin de s'arracher à la solitude. Pourtant, celle-ci frappe un grand nombre de Français en fin de vie, puisqu'il a été constaté que seul un Français sur quatre décède en étant accompagné par un proche<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> P. VERSPIEREN, *Face à celui qui meurt*, éd. Desclée de Brouwer, 9<sup>e</sup> éd., 1999, p. 187.

<sup>2</sup> D. LE BRETON, *Expériences de la douleur*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>3</sup> P. VERSPIEREN, *Face à celui qui meurt*, *op. cit.*, p. 183.

<sup>4</sup> L. DESPINOY, « L'accompagnement », in *Questions d'éthique biomédicale*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>5</sup> M. DUPONT, FM Litec – Droit médical et hospitalier, fasc. 36, n° 2-1.

**87. Développement de l'accompagnement.** Afin de répondre à cet isolement croissant, le législateur a pris des mesures destinées à favoriser l'accompagnement des malades. Depuis 1999, toute personne dont l'état le requiert a droit d'accéder à un accompagnement<sup>6</sup>. Afin de faciliter l'exercice de ce droit, un congé spécifique au bénéfice de certains membres de la famille a été créé et des associations de bénévoles d'accompagnement ont été mises en place<sup>7</sup>. Conscient de l'importance que représente le cadre de vie habituel pour un malade qui termine sa vie<sup>8</sup>, le législateur a reconnu la spécificité de l'hospitalisation au domicile par une loi du 31 juillet 1991<sup>9</sup>. Cela favorise le maintien d'un cadre de vie familial tout en facilitant l'accompagnement par la famille et par les proches. En outre, l'accompagnement du malade a été systématisé en cas d'arrêt de traitement vital<sup>10</sup>.

**88. Distinction.** L'accompagnement du malade n'est pas un acharnement relationnel. Dans le premier cas, l'accompagnant chemine aux côtés du malade en respectant son rythme. Dans le second cas, la présence est constante, qui tend à la fusion. L'acharnement relationnel nie « [l']impuissance » et ignore les moments « où [l'on] ne [peut] rien pour lui »<sup>11</sup>. Il faut donc voir dans l'accompagnement une démarche respectueuse par laquelle l'accompagnant ajuste humblement sa présence aux besoins d'autrui. S'il encourage cet élan vital nécessaire pour être dans le monde<sup>12</sup>, il n'a pas vocation à indiquer le chemin à suivre. Le droit à l'accompagnement est une déclinaison du droit au respect de sa dignité<sup>13</sup>.

**89. L'accompagnement par la famille.** L'accompagnement est généralement l'œuvre de la famille, car « le patient est rassuré par la présence à ses côtés d'un parent »<sup>14</sup>. Alors que la douleur et la maladie qu'elle annonce parfois sont source d'anxiété, l'accompagnement favorise son élimination.

---

<sup>6</sup> CSP, art. L. 1110-9.

<sup>7</sup> CSP, art. L. 1110-11.

<sup>8</sup> M. TAVERNIER, *Les soins palliatifs*, PUF, coll. Que sais-je ?, 4<sup>e</sup> éd., 2000, p. 33.

<sup>9</sup> L. n° 91-748, 31 juill. 1991, JO 2 août.

<sup>10</sup> CSP, art. L. 1110-5-1, al. 3 et R. 4127-38, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>11</sup> M. DERZELLE, « "Palliativement correct" (et respecter le malade dans ce qu'il vit) », *Le courrier de l'A.P.M.*, 1999, n° 9, p. 13-14.

<sup>12</sup> L. DESPINOY, « L'accompagnement », in *Questions d'éthique biomédicale*, op. cit., p. 155.

<sup>13</sup> A. GUILLOTIN, « La dignité du mourant », in *Mél. Ch. Bolze*, éd. Economica, 1999, p. 319. Selon cet auteur, « respecter la dignité du mourant, c'est [...] l'accompagner au terme de sa vie et lui redonner la parole ».

<sup>14</sup> M. TAVERNIER, *Les soins palliatifs*, op. cit., p. 34.

**90. Acteurs désignés.** Cependant, tous les membres de la famille ne sont pas en mesure d'accompagner la personne malade, car cet accompagnement n'est possible que dans la mesure où celle-ci l'a permis. La dimension affective est ici déterminante. La circulaire du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées précise à ce sujet que les personnes malades arrivées au terme de leur existence sont accompagnées par leur famille ou leurs proches « si elles le souhaitent », et par les personnes « de leur choix »<sup>15</sup>. La désignation peut s'opérer verbalement ou par un simple comportement<sup>16</sup>. Alors, le critère de désignation est moins la proximité de parenté que la qualité du lien d'affection. C'est un choix discrétionnaire, qui peut aboutir à l'exclusion de proches parents. Ainsi, un mineur peut légitimement ne pas souhaiter être accompagné par ses parents. Si cela peut avoir pour effet de blesser ceux qui avaient exprimé le souhait d'accompagner le mourant, c'est au malade qu'il incombe de désigner ceux avec lesquels il a une proximité affective<sup>17</sup>. Néanmoins, cette désignation des « accompagnants personnels »<sup>18</sup> du malade peut être contrariée par l'institution d'une personne de confiance<sup>19</sup>. La présence d'un accompagnant principal peut avoir pour effet d'écartier les proches pourtant désignés par le malade. Un équilibre est alors à trouver afin que cette institution ne finisse pas par « les effacer en tant que protagonistes de la fin de vie »<sup>20</sup>.

Afin que cet accompagnement soit effectif, le législateur a créé un congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie. Initialement limitée aux ascendants, descendants et aux personnes cohabitant avec la personne malade, la mesure a été étendue aux frères et sœurs et à la personne de confiance<sup>21</sup>. Le législateur prend en compte aussi bien la « famille selon la loi » que la « famille selon le cœur »<sup>22</sup>. Ce dispositif ne concerne que les

---

<sup>15</sup> Circ. n° DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A/2006/90, 2 mars 2006, relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée, II.

<sup>16</sup> F. KERNALEGUEN, « Proches et fin de vie médicalisée en droit français : la famille redessinée par la perspective de la mort ? », in *Les proches et la fin de vie médicalisée*, op. cit., p. 76.

<sup>17</sup> P. VERSPIEREN, *Face à celui qui meurt*, op. cit., p. 192.

<sup>18</sup> I. THERY, « L'agonisant et le triangle des proches pour une approche relationnelle de la fin de vie », in *Les proches et la fin de vie médicalisée*, op. cit., p. 53-54.

<sup>19</sup> CSP, art. L. 1111-6.

<sup>20</sup> I. THERY, « L'agonisant et le triangle des proches pour une approche relationnelle de la fin de vie », in *Les proches et la fin de vie médicalisée*, op. cit., p. 38.

<sup>21</sup> L. n° 2010-209, 2 mars 2010, JO 3 mars.

<sup>22</sup> F. KERNALEGUEN, « Proches et fin de vie médicalisée en droit français : la famille redessinée par la perspective de la mort ? », in *Les proches et la fin de vie médicalisée*, op. cit., p. 76.

personnes se trouvant à un stade avancé ou terminal d'une affection grave et incurable<sup>23</sup>. Le congé dure en principe trois mois et peut être renouvelé une fois. Afin d'inciter l'entourage à y recourir, une loi du 2 mars 2010 a instauré une allocation journalière d'accompagnement<sup>24</sup>. Elle est versée par l'assurance maladie et ne peut excéder vingt et une journées<sup>25</sup>, à moins que l'accompagnant ne continue de travailler à temps partiel<sup>26</sup>. Plusieurs membres de la famille peuvent y recourir, mais seulement dans cette limite de vingt et une allocations journalières<sup>27</sup>. Pour sûr, elle participe d'un « meilleur accompagnement »<sup>28</sup> de la personne en fin de vie.

**91. Acteurs institués.** Le malade a la faculté d'instituer lui-même un acteur de son accompagnement : la personne de confiance. La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a permis à toute personne majeure de désigner une personne de confiance. L'institution peut se faire à tout moment, dès lors que la personne qui y procède est majeure. Depuis la loi "Claeys-Leonetti" du 2 février 2016, le médecin traitant est tenu d'informer ses patients de la possibilité qui leur est légalement reconnue de désigner cette personne de confiance. Elle est instituée par un écrit qu'elle doit cosigner. Il doit s'agir d'un parent, d'un proche ou du médecin traitant. Cette limitation des personnes pouvant être désignées est nécessaire pour que l'on soit assuré du fait qu'elle est "de confiance". Dans « ce travail de réappropriation de soi »<sup>29</sup> qu'implique l'accompagnement, une relation de confiance s'impose.

La personne de confiance a un rôle important. Aux termes de l'article L. 1111-6, al. 2, CSP, « si le patient le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions ». Cette mission est à la discrétion de la personne malade. Si elle y consent, la personne de confiance devient l'accompagnant principal en accédant à l'ensemble des informations relatives à son état de

---

<sup>23</sup> CSS, art. L. 168-1.

<sup>24</sup> L. n° 2010-209, 2 mars 2010, JO 3 mars.

<sup>25</sup> CSS, art. L. 168-4.

<sup>26</sup> CSS, art. D. 168-8. Dans ce cas, la durée maximale est de 48 allocations journalières, et le montant de l'allocation est diminué de moitié.

<sup>27</sup> CSS, art. L. 168-4, *in fine*.

<sup>28</sup> Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille*, éd. Sirey, coll. Université, 20<sup>e</sup> éd., 2018, n° 806.

<sup>29</sup> I. THERY, « L'agonisant et le triangle des proches pour une approche relationnelle de la fin de vie », *in Les proches et la fin de vie médicalisée, op. cit.*, p. 48.

santé. Par exception à la règle fixée à l'article L. 1111-2 du même instrument<sup>30</sup>, il lui est possible d'assister aux entretiens au cours desquels les professionnels de santé délivrent à la personne malade l'ensemble des informations relatives à son état de santé. Sa présence est soutenante, en particulier lorsque l'entretien porte sur les choix thérapeutiques à venir<sup>31</sup>. Elle a un rôle d'aide et de conseil, et contribue à l'apaisement de la personne malade. Mais celle-ci peut aussi bien ne pas souhaiter associer la personne de confiance à ses démarches. Alors, la vocation d'accompagnant se trouve limitée sans pour autant être écartée. La personne de confiance reste le premier témoin de la volonté du malade. À ce titre, le médecin est tenu d'informer et de recueillir son témoignage en cas d'arrêt des thérapeutiques lorsque le malade se trouve hors d'état d'exprimer sa volonté<sup>32</sup>. Elle est encore informée du choix effectué par le médecin de recourir à des traitements à double effet afin de répondre aux souffrances réfractaires du malade, car cette information permet d'organiser un dernier accompagnement<sup>33</sup>. À travers cette figure de la personne de confiance, il faut voir un « éloge de l'autonomie du patient »<sup>34</sup> dont la volonté continue d'être respectée malgré l'obscurcissement de sa conscience.

La loi impose également aux professionnels de santé d'accompagner la personne malade. Aux termes de l'article R. 4127-38 CSP, « le médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments ». C'est une règle déontologique. Le médecin ne peut, sans risquer des poursuites disciplinaires, se soustraire à son devoir d'accompagnement. Celui-ci requiert la présence, l'écoute et la parole. Ces attitudes sont de nature à l'apaiser, à diminuer sa légitime appréhension de la souffrance et de la mort. Dans cette optique, Patrick Verspieren rappelle l'importance d'« une parole assez technique, explicative, donnée par un thérapeute connaissant bien ses techniques »<sup>35</sup>. Une relation de confiance entre le médecin et son patient suppose la transparence dans l'information, en particulier lorsqu'il est question du pronostic vital. De cette façon, le médecin peut susciter chez son patient « l'espérance [...] de ne pas souffrir puis de ne

---

<sup>30</sup> CSP, art. L. 1111-2, al. 3.

<sup>31</sup> S. AMAR, A. BOULANGER, S. MOISDON-CHATAIGNER, J.-P. PIERRON, « Le choix du traitement médical : dialogue entre juristes, psychologue et philosophe », *RJPF* 2020-3/2, p. 11 à 15.

<sup>32</sup> CSP, art. L. 1110-5-1, al. 1<sup>er</sup> et R. 4127-37-2, I.

<sup>33</sup> CSP, art. L. 1110-5-3, al. 2.

<sup>34</sup> I. THERY, « L'agonisant et le triangle des proches pour une approche relationnelle de la fin de vie », in *Les proches et la fin de vie médicalisée*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>35</sup> P. VERSPIEREN, *Face à celui qui meurt*, *op. cit.*, p. 105-106.

pas être abandonné et enfin d'être accompagné jusqu'au bout »<sup>36</sup>. Au reste, la souffrance des parents et des proches n'est pas ignorée. En effet, le médecin est tenu de « reconforter son entourage »<sup>37</sup>. C'est un des « principes de la démarche palliative » définis par la circulaire du 25 mars 2008 relative à l'organisation des soins palliatifs<sup>38</sup>. Dans cette dernière phase de la vie du malade, la famille et les proches doivent être soutenus afin que, le moment venu, chacun puisse « faire le deuil d'un avenir en commun »<sup>39</sup>. Le médecin y prend sa part en les préservant de « l'écueil du déni » et « du deuil anticipé »<sup>40</sup>. C'est par la présence et l'écoute ainsi qu'une juste et préalable information sur l'état de santé du malade et les modalités de son accompagnement<sup>41</sup>, qu'il apporte un apaisement.

L'infirmier est aussi tenu de respecter des règles déontologiques dont certaines sont relatives à l'accompagnement du patient<sup>42</sup>. Un décret du 25 novembre 2016 a doté la profession d'un Code de déontologie<sup>43</sup>. Celui-ci impose notamment à l'infirmier, « en toutes circonstances », d'accompagner moralement ses patients<sup>44</sup>. Cela ne concerne pas nécessairement la fin de vie. Chargé de prodiguer les soins du quotidien, l'infirmier a cette disponibilité qui lui permet d'entendre et de recevoir les tourments de son patient<sup>45</sup>. Mais il importe qu'il conserve une distance respectueuse de la personne et de son autonomie, et ait conscience du « grand investissement personnel »<sup>46</sup> que cela suppose. Considéré par certains comme une « interface »<sup>47</sup> entre le patient et le médecin, l'infirmier a le devoir « d'aider le

---

<sup>36</sup> J. PIQUET, *Ne les laissez pas mourir seuls*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>37</sup> CSP, art. R. 4127-38, al. 1<sup>er</sup>, *in fine*.

<sup>38</sup> Circ. DHOS/O2 n° 2008-99 du 25 mars 2008 relative à l'organisation des soins palliatifs, *BO Santé – Protection sociale – Solidarités*, p. 189.

<sup>39</sup> M. DE HENNEZEL, « Le rôle du psychologue », *in Pour une mort plus humaine*, *op. cit.*, p. 174.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> CSP, art. R. 4127-37-4, *in fine*. « [Le médecin] veille également à ce que l'entourage du patient soit informé de la situation et reçoive le soutien nécessaire ».

<sup>42</sup> CSP, art. R. 4132-19 à 4132-21.

<sup>43</sup> Décr. n° 2016-1605, 25 nov. 2016, *JO* 27 nov.

<sup>44</sup> CSP, art. R. 4312-19, al. 1<sup>er</sup>, *in fine*.

<sup>45</sup> M. DE HENNEZEL, *Nous ne nous sommes pas dit au revoir*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>46</sup> J. PIQUET, *Ne les laissez pas mourir seuls*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>47</sup> G. DEVERS, « La douleur et le droit », *Droit, Déontol. & Soins*, 2004, vol. 4, p. 302.



patient dont l'état le requiert à accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement »<sup>48</sup>. Cela s'impose lorsqu'il intervient en amont de la fin de vie, spécialement lorsqu'il exerce à titre libéral. Mais il peut aussi bien avoir à prodiguer des soins à un mourant. Alors, il est déontologiquement tenu d'« accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments »<sup>49</sup>. En principe, il a reçu une formation spécifique au cours de ses études, ce que recommandait la circulaire du 26 août 1986 relative à l'organisation des soins et à l'accompagnement des malades en phase terminale. Cet accompagnement implique la présence, l'écoute et l'attention, et contribue à l'apaisement de la personne malade. Auprès de l'entourage, l'infirmier a le devoir « d'accompagner » et de « reconforter »<sup>50</sup>. Comme le médecin, l'infirmier fait partie de « ces soignants [qui] tiennent notre place auprès des mourants d'aujourd'hui »<sup>51</sup>.

Enfin, il faut compter sur les bénévoles qui ont pour mission d'accompagner les personnes malades et leur entourage. C'est la loi du 9 juin 1999 qui a fixé les conditions de leur intervention. En principe, elle est limitée à l'« ultime accompagnement du malade »<sup>52</sup>, ce qui renvoie à la phase terminale<sup>53</sup>. À l'origine de l'intervention du bénévole, il y a un acte de volonté désintéressé, ce qui en fait son originalité. Mais la finalité reste la même puisqu'il s'agit de cheminer aux côtés des malades et de participer, « en concours avec l'équipe de soins »<sup>54</sup>, à leur apaisement. À la différence des soignants, les bénévoles ont du temps à leur consacrer, ces derniers pouvant, « sans avoir le sentiment de déranger »<sup>55</sup>, partager un fardeau parfois trop lourd à porter. L'accord préalable du malade est requis<sup>56</sup>. Leur intervention peut se faire aussi bien en structure qu'au domicile, mais dans ce dernier cas, ils doivent appartenir à une association ayant conclu une convention relative aux conditions d'intervention des bénévoles. Quel que soit le lieu de l'intervention, leur mission ne se limite pas à la seule personne malade.

---

<sup>48</sup> CSP, art. R. 4312-20, al. 2.

<sup>49</sup> CSP, art. R. 4312-21, al. 1<sup>er</sup>, *in limine*.

<sup>50</sup> CSP, art. R. 4312-20.

<sup>51</sup> J. PIQUET, *Ne les laissez pas mourir seuls*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>52</sup> CSP, art. L. 1110-11, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>53</sup> B. LEGROS, *Le droit de la mort dans les établissements de santé*, LEH Édition, coll. Tout savoir sur, 1998, p. 54-55.

<sup>54</sup> CSP, art. L. 1110-11, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>55</sup> M.-A. DU JEU, « Les bénévoles dans l'unité de soins palliatifs », *in Pour une mort plus humaine*, *op. cit.*, p. 196-197.

<sup>56</sup> CSP, art. L. 1110-11, al. 1<sup>er</sup>.

La circulaire du 25 mars 2008 relative à l'organisation des soins palliatifs a insisté sur « la logique de non-abandon et de non-marginalisation de la personne « en souffrance »<sup>57</sup> qui doit la conduire. C'est une démarche empreinte de « solidarité humaine » qui concerne autant le malade que son entourage et vise à « témoigner d'une attention à l'égard des personnes en souffrance »<sup>58</sup>. En d'autres termes, « leur champ d'action ne connaît pas de limite fixée à l'avance »<sup>59</sup> et s'inscrit dans une complémentarité avec l'équipe soignante.

**92. Bienfaits de l'accompagnement.** Grâce à l'accompagnement qu'elle peut recevoir de son entourage et des professionnels et bénévoles intervenant dans le milieu de la santé, la personne malade peut obtenir un apaisement. La présence d'autrui rassure. Encore faut-il qu'elle soit de « qualité », car une présence stérile est vaine. Lorsque cette présence est assortie d'une parole, celle-ci doit être « habitée »<sup>60</sup>. L'accompagnement nécessite que le malade soit reconnu et entendu dans sa souffrance. L'indifférence ou la sèche technique n'ont d'autre effet que de l'aggraver.

Lorsque les conditions d'une présence contenante et rassurante sont réunies, l'accompagnement participe à l'élimination de la souffrance, en particulier celle qui a une origine morale. En rompant « le cercle infernal de la dépression et de la solitude »<sup>61</sup>, l'accompagnement agit directement contre l'anxiété et favorise le mieux-être de la personne. De cette façon, il est une réponse adaptée aux demandes de mort<sup>62</sup>. De plus, l'accompagnement est susceptible d'avoir des effets sur certains symptômes physiologiques, puisque l'on sait que l'anxiété et le sentiment d'abandon peuvent en être à l'origine ou être un facteur aggravant. L'accompagnement apparaît ainsi comme étant un complément nécessaire aux traitements antalgiques et sédatifs<sup>63</sup>.

Malgré cela, ses vertus demeurent limitées. Que peut-il face à « cette souffrance pour

---

<sup>57</sup> Circ. DHOS/O2 n° 2008-99 du 25 mars 2008 relative à l'organisation des soins palliatifs, préc., Annexe V, p. 205.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> M.-A. DU JEU, « Les bénévoles dans l'unité de soins palliatifs », in *Pour une mort plus humaine*, op. cit., p. 196-197.

<sup>60</sup> D. LE BRETON, « L'individualisation du rapport à la mort », in *Les proches et la fin de vie médicalisée*, op. cit., p. 31.

<sup>61</sup> N. AUMONIER, B. BEIGNIER, P. LETELLIER, *L'euthanasie*, op. cit., p. 11.

<sup>62</sup> A. GUILLOTIN, « La dignité du mourant », in *Mél. Ch. Bolze*, op. cit., p. 335.

<sup>63</sup> P. VERSPIEREN, *Face à celui qui meurt*, op. cit., p. 111-112.

laquelle il n'existe pas de remède car elle est inévitable »<sup>64</sup> ? Le malade est nécessairement anxieux face à la perspective de la mort, il souffre de devoir quitter les siens ou de constater sa perte d'autonomie. Les limites de l'accompagnement se mesurent également dans le temps car, en toute fin de vie, il semble que la solitude finisse par reprendre ses droits. La psychanalyste Martine Derzelle l'illustre bien, en indiquant qu' « à l'heure de mourir, [les êtres sont] jetés sur la scène à un seul acte et un seul personnage »<sup>65</sup>. Telles sont les inévitables fragilités d'un homme confronté à sa finitude.

Les bienfaits de l'accompagnement se mesurent également dans l'entourage du malade. Celui-ci permet aux parents et aux proches d'investir le temps présent de manière adaptée. Lorsque le malade est en fin de vie, l'anticipation du deuil est un mécanisme de défense classique, mais il a pour effet d'entraîner un détachement sur le plan affectif. Or, la personne en fin de vie n'en est pas moins vivante et doit être considérée comme telle par les siens. De ce point de vue, l'apport de l'accompagnement est important. Il doit encore les réconforter dans cette « crise »<sup>66</sup> que constitue la perte de l'être cher. Partant, le soutien apporté à l'entourage est non seulement utile pour le temps présent, mais il « est sans aucun doute une force pour la période qui va suivre le décès »<sup>67</sup>.

## **Section 2 : Le droit au soulagement des souffrances**

**93. Déploiement des moyens techniques.** C'est au cours du XIX<sup>e</sup> siècle que des progrès techniques concernant le soulagement des souffrances ont eu lieu<sup>68</sup>. À cette époque, l'on découvre les propriétés de la morphine<sup>69</sup>, du chloroforme<sup>70</sup> et de l'acide acétylsalicylique, révélé en 1852 et commercialisé en 1899 sous le nom d'aspirine<sup>71</sup>. La complexité de ces

---

<sup>64</sup> M. DE HENNEZEL, *Nous ne nous sommes pas dit au revoir*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>65</sup> M. DERZELLE, « « Palliativement correct » (et respecter le malade dans ce qu'il vit) », *préc.*, p. 14.

<sup>66</sup> M. DE HENNEZEL, « Le rôle du psychologue », *in Pour une mort plus humaine*, *op. cit.*, p. 155.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>68</sup> P. VERSPIEREN, *Face à celui qui meurt*, *op. cit.*, p. 121-125.

<sup>69</sup> R. REY, *Histoire de la douleur*, éd. La Découverte, 2011, p. 175.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 279.

substances a rendu difficile leur maîtrise par les chimistes de l'époque. Entre le temps de la découverte et celui de la commercialisation s'écoulaient parfois plusieurs dizaines d'années. Mais il était indispensable, pour que ces découvertes se traduisissent par un changement des pratiques, que les mentalités prissent en compte ces changements. Velpeau, célèbre chirurgien de l'époque, affirmait en 1840 qu' « [...] éviter la douleur par des moyens artificiels est une chimère qu'il n'est plus possible de poursuivre aujourd'hui »<sup>72</sup>. Il fallait encore que les recherches, toutes disciplines confondues, fussent menées dans une même direction, avec un objectif commun. Finalement, c'est dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle que ces découvertes ont eu le plus grand retentissement. Depuis les années cinquante, l'approche de la souffrance est « pragmatique et multidisciplinaire : pragmatique, parce qu'elle est centrée sur la prévention et le traitement de la douleur de l'homme (consultations de la douleur) ; pluridisciplinaire, parce qu'elle mobilise toutes les compétences autour de thèmes concrets dans le cadre de réunions périodiques nationales et internationales »<sup>73</sup>. En France, ce changement s'est matérialisé par la multiplication des centres anti-douleur, qui se sont implantés sur l'ensemble du territoire nationale afin d'œuvrer, dans la pluridisciplinarité, à l'éradication des souffrances<sup>74</sup>.

**94. Utilisation.** Parce que les techniques médicales n'ont pas toujours été utilisées convenablement, un soulagement efficace des souffrances a parfois été retardé. Des dysfonctionnements ont été mis en lumière par le sénateur Lucien Neuwirth dans un rapport d'information. Alors que les antalgiques mineurs étaient utilisés normalement par la population, un faible recours aux morphiniques était par ailleurs observé malgré leur efficacité en présence de douleurs importantes<sup>75</sup>. Il y avait dans la population une méfiance à leur égard en raison de leur effet soporifique<sup>76</sup>. Avec le temps, cette méfiance a diminué, ce qui a permis une augmentation progressive de leur utilisation. Parfois, c'est un défaut de prise en charge des souffrances qui a été constaté, alors que les moyens techniques de leur élimination étaient connus. Le rapport évoque en particulier les douleurs cancéreuses et post-opératoires, les douleurs de l'enfant et du sujet âgé, ou encore celles liées au sida<sup>77</sup>. L'obligation faite aux

---

<sup>72</sup> A. VELPEAU, *Leçons orales de clinique chirurgicale*, t. 1, éd. Germer Baillière, 1840, p. 66.

<sup>73</sup> J. CAMBIER, « La douleur au temps présent », in *Histoire de la douleur*, R. REY, *op. cit.*, p. 388.

<sup>74</sup> M. DUMONT, C. BERGOIGNAN-ESPER, *Droit hospitalier*, Dalloz, coll. Cours, 2017, n° 809.

<sup>75</sup> Sénat, Commission des affaires sociales, rapport n° 138 : Rapport d'information sur les problèmes posés, en France, par le traitement de la douleur, fait par L. NEUWIRTH, 12 déc. 1994, p. 16.

<sup>76</sup> P. VERSPIEREN, *Face à celui qui meurt*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>77</sup> Sénat, Commission des affaires sociales, rapport n° 138 : Rapport d'information sur les problèmes posés, en

établissements de santé de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires au soulagement des souffrances a été la réponse à ces carences<sup>78</sup>.

Désormais, toute personne a un droit au soulagement des souffrances. C'est un droit de portée générale, indépendant de l'état de santé, en vertu duquel chaque personne est en droit de recevoir des traitements antalgiques et sédatifs en réponse à ses souffrances (§ 1). Lorsque la personne est en fin de vie, un droit d'accéder à des soins palliatifs est également reconnu, qui permet de répondre aux souffrances globales que l'on rencontre dans les situations de fin de vie (§ 2).

### **§ 1 : Le droit de toute personne au soulagement de sa souffrance**

**95. Un droit subjectif.** Aux termes de l'article L. 1110-5-3 CSP, « toute personne a le droit de recevoir des traitements et des soins visant à soulager sa souffrance ». Le soulagement de la souffrance est un droit de « toute personne ». C'est un droit subjectif, un *droit à*, qui s'inscrit dans le cadre général fixé par l'article L. 1110-5 CSP. Il s'agit d'un « principe général fondant tous les droits spécifiques de la personne »<sup>79</sup> malade. C'est aussi une déclinaison du droit au respect de la dignité<sup>80</sup>, qu'une doctrine avertie considère comme un principe matriciel de notre droit<sup>81</sup>. Prendre en charge la souffrance d'autrui est une manière de reconnaître son humanité, car elle est de nature à le priver de sa liberté. L'« alliance thérapeutique »<sup>82</sup> qui se noue entre le soignant et le patient et qui a pour objet de « gommer la tragédie de la douleur »<sup>83</sup>, est respectueuse de la personne humaine.

**96. Souffrance.** C'est la « souffrance » qui doit être prise en charge. Notons que la terminologie a évolué à la suite de l'adoption de la loi Claeys-Leonetti. Précédemment, l'article

---

France, par le traitement de la douleur, fait par L. NEUWIRTH, préc., p. 22.

<sup>78</sup> L. NEUWIRTH, « Le rapport du sénat sur la douleur », *Méd. & Droit* 1995, n° 15, p. 1.

<sup>79</sup> V. LARRIBAU-TERNEYRE, « De 2005 à 2016, les lois françaises sur la fin de vie », in *Mort et droit de la santé : les limites de la volonté*, G. NICOLAS et A.-C. RÉGLIER (dir.), LEH Édition, Les cahiers de droit de la santé, n° 23, déc. 2016, p. 26.

<sup>80</sup> CSP, art. L. 1110-2.

<sup>81</sup> M.-L. MOQUET-ANGER, *Droit hospitalier*, LGDJ, coll. Manuel, 2<sup>e</sup> éd., 2012, n° 409.

<sup>82</sup> C. JOUSSELLIN, *Douleur, tu perds ton temps*, éd. La Méridienne/Desclée de Brouwer, 2005, p. 50.

<sup>83</sup> C. GEORGANTELIS, « Douleur et souffrance », in *Questions d'éthique biomédicale*, op.cit., p. 163.

L. 1110-5 CSP envisageait « le droit de recevoir des soins visant à soulager sa *douleur* ». Dans le cadre de la loi Claeys-Leonetti, il est question du « droit de recevoir des traitements et des soins visant à soulager sa *souffrance* ». Au regard de la dimension globalisante de la souffrance, qui renvoie au sens que la personne donne au mal qu'elle subit, le législateur a manifestement eu l'intention de faciliter la prise en charge des douleurs morales et du mal-être des personnes, qui est une souffrance existentielle<sup>84</sup>. Les souffrances intellectuelles et existentielles peuvent être très importantes, par exemple lorsqu'une personne se sait atteinte d'une maladie grave lentement évolutive<sup>85</sup>.

**97. Temporalité.** La souffrance doit être, « en toutes circonstances, prévenue, prise en compte, évaluée et traitée »<sup>86</sup>. Son élimination s'inscrit dans une temporalité. Aussi, chaque étape doit être respectée<sup>87</sup>. La démarche est d'abord préventive, ce qui suppose une vigilance de la part des professionnels de santé, par exemple à l'égard de l'état cutané du patient. À son apparition, la souffrance doit être prise en compte. Les plaintes exprimées par le patient doivent être entendues. En l'absence de paroles, le faciès peut également révéler un épisode douloureux. Prendre en considération la souffrance, c'est aussi adapter l'environnement et la prise en charge à cette réalité. L'on évite les mobilisations inappropriées ainsi que les actes médicaux qui auraient pour effet d'aggraver inutilement cet état. Pour que la prise en charge de la souffrance soit efficiente, son évaluation est requise. Elle incombe au patient, car lui seul est en mesure de le faire. Néanmoins, l'autoévaluation reste sous le contrôle de l'équipe de soins, qui tient compte de son comportement, de son apparence<sup>88</sup>, mais aussi de l'émotion qu'il exprime et qui peut avoir pour effet de modifier son appréciation<sup>89</sup>. Pendant la phase de traitement, l'évaluation se poursuit, le médecin devant ajuster son traitement en fonction de l'efficacité des produits

---

<sup>84</sup> P. VÉRON, F. VIALLA, « La loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie : un nouvel équilibre décisionnel ? », *Méd. & Droit* 2016, n° 139, p. 93.

<sup>85</sup> R. AUBRY, V. BLANCHET, M.-L. VIALARD, « La sédation pour détresse chez l'adulte dans des situations spécifiques et complexes », *Méd. palliat.* 2010, n° 2, p. 75.

<sup>86</sup> CSP, art. L. 1110-5-3.

<sup>87</sup> C. COUSIN, « Du droit du patient de recevoir des soins antalgiques à l'obligation du médecin de prendre en charge la douleur », *Méd. & Droit* 2012, n° 116, p. 159.

<sup>88</sup> R. ZITTOUN, « Détresse en fin de vie : questionnement éthique sur la sédation », *Presse méd.* 2011, p. 488.

<sup>89</sup> C. JOUSSELLIN, *Douleur, tu perds ton temps*, *op. cit.*, p. 18-19.

administrés<sup>90</sup>. Le traitement de la souffrance est une sorte de « haute couture clinique »<sup>91</sup>. Grâce à l'évaluation, il est ajusté aux besoins du patient. C'est par « des traitements et des soins »<sup>92</sup> qu'un soulagement peut être obtenu. Le traitement est tout ce qui aide à guérir ou à soulager des symptômes, tandis qu'un soin renvoie à tout ce qui permet de « retrouver son corps, retrouver un bien-être du corps, mais aussi retrouver une image de soi plus satisfaisante du point de vue narcissique [...] »<sup>93</sup>, par exemple la kinésithérapie, l'ostéopathie, mais aussi des soins de confort comme un bain, un soin de bouche ou même une coiffure.

**98. Particularités.** Cela étant observé, certaines situations particulières appellent quelques remarques. Ainsi, l'appréhension de la souffrance éprouvée par un enfant est délicate. L'enfant confronté à une souffrance importante a tendance à s'isoler, à se refermer sur lui-même comme prisonnier de ses tourments. Cela complique la prise en considération et l'évaluation de la souffrance. De même, il est difficile de prendre en charge la souffrance d'un malade se trouvant hors d'état d'exprimer sa volonté. Seul l'examen clinique est susceptible d'apporter des informations.

**99. Devoir des soignants.** C'est aux soignants qu'il incombe de prendre en charge la souffrance du patient. Si leur devoir « ne se résume pas à une exigence technique »<sup>94</sup>, la technique est importante, qui doit être employée dès que les soignants ont constaté la souffrance et l'ont évaluée.

Le médecin est déontologiquement tenu de prendre en considération la souffrance de son patient<sup>95</sup>. Aux termes de l'article R. 4127-37 CSP, « en toutes circonstances, le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances du malade par des moyens appropriés à son état et l'assister moralement ». La règle s'impose au médecin « en toutes circonstances », quel que soit l'état de santé du patient<sup>96</sup>. À cet égard, le médecin généraliste a une responsabilité particulière en tant qu'il administre et coordonne les soins visant à soulager la souffrance et, en cas de

---

<sup>90</sup> C. COUSIN, « Du droit du patient de recevoir des soins antalgiques à l'obligation du médecin de prendre en charge la douleur », préc., p. 160.

<sup>91</sup> S. NOWAK, J.-P. MARTIN, C.-H. RAPIN, « Entre souffrance et douleur », préc., p. 339.

<sup>92</sup> CSP, art. L. 1110-5-3.

<sup>93</sup> A.-M. CARLIER, « Vers une globalité des soins infirmiers », in *Pour une mort plus humaine*, op. cit., p. 117.

<sup>94</sup> G. DEVERS, « Le droit et la douleur », préc., p. 301.

<sup>95</sup> Décr. n° 79-506, 28 juin 1979, JO 30 juin. L'article 20 énonçait alors que « le médecin doit s'efforcer d'apaiser les souffrances de son malade ».

<sup>96</sup> B. LEGROS, *Le droit de la mort dans les établissements de santé*, op. cit., p. 49.

besoin, prend contact avec des structures spécialisées dans la prise en charge des douleurs<sup>97</sup>. Le médecin étant par ailleurs tenu de dispenser des soins consciencieux, dévoués, et conformes aux données actuelles de la science<sup>98</sup>, celui qui manque d'écoute et de compassion à l'égard d'un patient qui endure des souffrances prolongées et, d'autre part, laisse souffrir cette personne sans s'en préoccuper, commet une faute<sup>99</sup>. Cela montre que les « moyens appropriés »<sup>100</sup> visant à soulager la souffrance du patient sont autant techniques qu'humains. En d'autres termes, le médecin est tenu d'agir techniquement « dans un cadre relationnel et d'assistance morale »<sup>101</sup>. Afin de renforcer les savoirs des futurs praticiens au sujet de la prise en charge de la souffrance, un arrêté du 4 mars 1997 a introduit dans leur cursus des séminaires et modules obligatoires<sup>102</sup>.

De la même façon, l'infirmier a l'obligation de prendre en considération la souffrance de son patient<sup>103</sup>. Il doit s'efforcer en toutes circonstances « de soulager les souffrances du patient par des moyens appropriés à son état »<sup>104</sup>. La proximité qu'il a avec le malade dans la relation de soin lui donne la possibilité de recueillir ses plaintes ou de percevoir les premiers signes de la souffrance. Lorsqu'elle est avérée, il participe, sur prescription médicale, à son soulagement. Les soins infirmiers ont notamment pour objet « de participer à la prévention, à l'évaluation et au soulagement de la douleur et de la détresse physique et psychique des personnes »<sup>105</sup>.

Plus largement, il est fait obligation aux établissements de santé de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à son éradication. L'article L. 1112-4 CSP impose à tous les établissements de santé, publics et privés, de mettre en œuvre « les moyens propres à prendre en charge la douleur des patients qu'ils accueillent ». S'ils ne sont pas tenus d'obtenir le soulagement du patient, ils sont contraints d'être en mesure d'y parvenir<sup>106</sup>. Afin que le

---

<sup>97</sup> CSP, art. L. 4130-1.

<sup>98</sup> CSP, art. R. 4127-32.

<sup>99</sup> CDNOM, 4 juill. 2014, *Dr. Olivier K.*, n° 11502.

<sup>100</sup> CSP, art. R. 4127-37.

<sup>101</sup> G. DEVERS, « Le droit et la douleur », préc., p. 301.

<sup>102</sup> Arrêté, 4 mars 1997, *JO* 26 mars.

<sup>103</sup> Décr. n° 93-345, 15 mars 1993, *JO* 15 mars.

<sup>104</sup> CSP, art. R. 4312-19.

<sup>105</sup> CSP, art. R. 4312-2.

<sup>106</sup> D. TRUCHET, *Droit de la santé publique*, Dalloz, coll. *Mémentos*, 9<sup>e</sup> éd., 2017, p. 158.



personnel ait les compétences requises, les centres hospitaliers et universitaires doivent organiser la formation initiale et continue des professionnels de santé à prendre en charge la souffrance. Ils sont tenus de promouvoir la recherche, qui permet de mettre à jour les moyens de sa conjuration<sup>107</sup>. Les établissements de santé doivent encore se doter des outils et produits utiles et d'en faire usage lorsque les circonstances l'imposent. Au sein des établissements publics de santé, c'est la commission médicale d'établissement, dont la mission consiste à veiller aux conditions d'accueil et de prise en charge des usagers, qui élabore la politique d'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins en ce qui concerne la prise en charge de la douleur<sup>108</sup>. Au sein des établissements de santé privé, cette mission incombe à la conférence médicale d'établissement<sup>109</sup>. Lorsque les moyens de prise en charge des souffrances font défaut ou s'avèrent insuffisants, la responsabilité de l'établissement peut être recherchée. Ainsi, un centre hospitalier a vu sa responsabilité engagée pour n'avoir pas prescrit à un malade en fin de vie les antalgiques, même mineurs, que son état nécessitait<sup>110</sup>.

**100. Un droit du patient de souffrir ?** S'il ne fait pas de doute que la personne a un droit au soulagement de sa souffrance, le libre exercice de ce droit lui permet certainement de s'exposer volontairement à la souffrance. Pour un motif quelconque, la personne accepte pleinement la souffrance que la maladie ou la fin de vie lui impose. Elle est en droit de refuser les traitements antalgiques que pourrait lui proposer le personnel médical. Sauf urgence ou impossibilité de recueillir le consentement de l'intéressé, le médecin ne saurait administrer de force un traitement antalgique à son patient<sup>111</sup>. L'avènement d'un modèle autonome dans lequel le patient est associé à la prise de décision médicale, valide cette approche.

## **§ 2 : Le droit des personnes en fin de vie à l'accès aux soins palliatifs**

**101. Notion de soins palliatifs.** Avant que la médecine ne gagnât en technicité, il est permis de dire qu'elle était essentiellement palliative. Incapable de guérir, elle s'efforçait de

---

<sup>107</sup> M.-L. MOQUET-ANGER, *Droit hospitalier*, op. cit., n° 407.

<sup>108</sup> CSP, art. R. 6144-2.

<sup>109</sup> CSP, art. R. 6164-3.

<sup>110</sup> CAA Bordeaux, 13 juin 2006, *JurisData* n° 2006-305165.

<sup>111</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 3.

soulager les malades en leur prodiguant des soins palliatifs<sup>112</sup>. De nos jours, la médecine demeure à certains égards uniquement palliative. C'est le cas lorsque le médecin n'agit pas sur la maladie mais sur les symptômes, par exemple en cas de grippe<sup>113</sup>. La notion de soins palliatifs est alors entendue *lato sensu*.

Pour ce qui nous intéresse, nous entendrons par soins palliatifs l'ensemble des traitements et soins dispensés aux malades en fin de vie. L'objectif n'est alors plus de le guérir, mais de soulager. Concrètement, il s'agit de « soins palliatifs terminaux »<sup>114</sup>.

**102. Développement.** Le développement des soins palliatifs en France est récent. Une circulaire du 26 août 1986<sup>115</sup> a défini la pratique et envisagé leur mise en œuvre au domicile comme en institution. Depuis une loi du 31 juillet 1991<sup>116</sup>, leur délivrance est une mission essentielle des établissements de santé<sup>117</sup>. La Haute autorité de santé (HAS) reste vigilante à leur mise en œuvre, qui prévoit un critère 13a dans son manuel de certification des établissements de santé concernant la prise en charge palliative des patients<sup>118</sup>.

**103. Un droit subjectif.** L'accès aux soins palliatifs est un droit des personnes malades depuis la loi du 9 juin 1999<sup>119</sup>. Elle les présente comme des « soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile, [qui] visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage »<sup>120</sup>. Ce droit d'accès est théorique, puisqu'en pratique deux patients sur dix nécessitant des soins palliatifs y accèdent effectivement. Cela s'explique par des inégalités régionales, certaines étant mieux dotées que d'autres, et par un manque global de moyens économiques<sup>121</sup>.

---

<sup>112</sup> M. ABIVEN, *Une éthique pour la mort*, *op. cit.*, p. 29-30.

<sup>113</sup> M. ABIVEN, « Les soins palliatifs : pour qui ? pour quoi ? », in *Pour une mort plus humaine*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> Circ. DGS/3 D, 26 août 1986, relative à l'organisation des soins et à l'accompagnement des malades en phase terminale.

<sup>116</sup> L. n° 91-778, 31 juill. 1991, *JO* 2 août.

<sup>117</sup> CSP, art. L. 6111-1.

<sup>118</sup> HAS, Manuel de certification des établissements de santé v2010, édition janvier 2014, p. 54.

<sup>119</sup> L. n° 99-477, 9 juin 1999, *JO* 10 juin.

<sup>120</sup> CSP, art. L. 1110-10.

<sup>121</sup> A. CLAEYS, J. LEONETTI, Rapport de présentation et texte de la proposition de loi créant de nouveaux droits

**104. Graduation.** La prise en charge palliative est graduée. Au premier échelon, la prise en charge est réalisée dans un service hospitalier dépourvu de lits identifiés. À un deuxième échelon, la personne est orientée vers des lits identifiés ou, dans les cas les plus complexes, vers une unité de soins palliatifs (USP). Une prise en charge palliative au domicile du malade peut aussi être envisagée<sup>122</sup>. Sans doute doit-elle être recherchée chaque fois que possible, car le malade est maintenu dans son cadre de vie habituel. Par-delà cette graduation, les équipes mobiles de soins palliatifs ont un rôle déterminant de conseil et de soutien auprès des équipes de soins. Pluridisciplinaires, elles interviennent auprès des établissements ou au domicile en apportant leur expertise sur des questions techniques. Leurs interventions facilitent la prise en charge palliative<sup>123</sup>.

**105. Temporalité.** Les soins palliatifs n'interviennent qu'au dernier stade de la vie, ce qui ne se limite pas toutefois aux derniers jours d'existence<sup>124</sup>. Leur mise en œuvre commence concrètement au moment où la personne se trouve confrontée à une impasse thérapeutique. Il peut encore lui rester plusieurs semaines voire plusieurs mois de vie. Alors, l'objectif n'est plus que de l'accompagner et, sur un plan technique, de prendre en charge sa souffrance. C'est « tout ce qu'il reste à faire quand il n'y a plus rien à faire »<sup>125</sup>. La conjuration de la souffrance est prioritaire, car le malade ne peut rester prisonnier de ses tourments qui l'empêchent de se préparer à la mort. L'objectif est précisément de « libérer la mort »<sup>126</sup>. Aussi, au début de sa prise en charge en soins palliatifs, le malade est évalué afin de déterminer la nature et l'intensité de sa souffrance<sup>127</sup>. Cette démarche, qui est appuyée par la circulaire 25 mars 2008 relative à l'organisation des soins palliatifs<sup>128</sup>, montre que le soulagement de la souffrance est une mission prioritaire des soins palliatifs.

---

en faveur des malades et des personnes en fin de vie, 12 déc. 2014, p. 7.

<sup>122</sup> CSP, art. L. 6111-1.

<sup>123</sup> Circ. DHOS/O2 n° 2008-99, 25 mars 2008, relative à l'organisation des soins palliatifs, p. 195-196.

<sup>124</sup> B. LEGROS, *L'euthanasie et le droit. État des lieux sur un sujet médiatisé*, LEH Édition, 2<sup>e</sup> éd., 2006, p. 55.

<sup>125</sup> T. VANIER, citée par A. BRONKHORST, « Une loi pour créer des liens avec la mort », *Droit, déontol. & soin*, sept. 2005, p. 371.

<sup>126</sup> P. BATAILLE, *À la vie, À la mort. Euthanasie : le grand malentendu*, éd. Autrement, coll. Haut et fort, 2012, p. 48.

<sup>127</sup> Y. CAMBERLEIN, « L'approche somatique du malade en fin de vie », in *Pour une mort plus humaine, op. cit.*, p. 66-67.

<sup>128</sup> Circ. DHOS/O2 n° 2008-99, 25 mars 2008, relative à l'organisation des soins palliatifs, p. 189.

**106. Soins et techniques utilisés.** De nombreuses techniques sont utilisées en soins palliatifs afin de « neutraliser la partie souffrante »<sup>129</sup> de la personne. Il y a les traitements antalgiques et sédatifs visés à l'article L. 1110-5-3, mais aussi les soins pouvant être dispensés par une équipe pluridisciplinaire. L'ostéopathie, la kinésithérapie, la musicothérapie ou l'arthérapie sont des disciplines sollicitées dans le milieu des soins palliatifs. Il y a également les soins de confort comme le bain, la coiffure ou le maquillage. Dans tous les cas, la place laissée aux relations humaines est centrale. Le patient en fin de vie est vivant avant d'être un mourant, et cette vie l'est en intensité<sup>130</sup>. Bien que le soin soit d'une grande importance en soins palliatifs, un palliatologue, le Docteur Jean-Michel Riou, a rappelé qu'« il ne faut pas sous prétexte d'une prise en charge globale de la personne, ignorer le symptôme et sous-estimer la technique. C'est la technique qui peut permettre de faire céder la douleur »<sup>131</sup>. C'est une fois encore indiquer que les moyens humains de conjuration des souffrances viennent en complément de moyens techniques efficaces. Malgré cela, il ne faut pas perdre de vue que les soins palliatifs ne solutionnent pas toutes les difficultés de la fin de vie. S'ils peuvent efficacement répondre aux « ravages du corps détérioré »<sup>132</sup>, ils ne peuvent éliminer la souffrance nécessairement générée par la perspective de la mort. Comme la solitude, l'angoisse et le mal-être finissent souvent par prendre le dessus dans les derniers instants<sup>133</sup>.

**107. Devoirs des soignants.** Là encore, les médecins et infirmiers ont une part de responsabilité, car c'est à eux qu'il incombe de dispenser les soins palliatifs. Leur déontologie les oblige. Ainsi, le médecin est tenu d'« assurer par des soins et mesures appropriés la qualité d'une vie qui prend fin »<sup>134</sup>. Il les dispense notamment lorsqu'il procède à l'arrêt d'un traitement vital dans le cadre du refus de toute obstination déraisonnable<sup>135</sup>, ou à la demande du patient ayant été préalablement informé de la gravité de sa décision<sup>136</sup>. De même, l'infirmier a « le devoir de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour assurer à chacun une vie digne

---

<sup>129</sup> A.-M. CARLIER, « Vers une globalité des soins infirmiers », préc., p. 120.

<sup>130</sup> J. PIQUET, *Ne les laissez pas mourir seuls*, op. cit., p. 27.

<sup>131</sup> J.-M. RIOU, cité par A. AUDOUARD, *Une maison au bord du monde*, Gallimard, coll. Folio, 2001, p. 85.

<sup>132</sup> P. BATAILLE, *A la vie, A la mort. Euthanasie : le grand malentendu*, op. cit., p. 35.

<sup>133</sup> M. DERZELLE, « Palliativement correct », préc., p. 12.

<sup>134</sup> CSP, art. R. 4127-38, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>135</sup> CSP, art. L. 1110-5-1, *in fine*.

<sup>136</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 3.

jusqu'à la mort »<sup>137</sup>. Lorsque les circonstances l'exigent, il est tenu d'aider son patient à accéder à des soins palliatifs<sup>138</sup>. Parfois, l'infirmier se trouve seul en mesure de soigner un patient terminant ses jours à son domicile. Sa responsabilité s'en trouve alors exhaussée puisqu'il lui incombe, en cas d'urgence ou de détresse psychologique avérée, de mettre en œuvre les protocoles de soins établis, datés et signés par le médecin en charge du patient<sup>139</sup>, ce qui comprend notamment la délivrance et l'adaptation des traitements antalgiques<sup>140</sup>. En dehors de tout protocole préétabli, l'infirmier « décide des gestes à pratiquer en attendant que puisse intervenir un médecin »<sup>141</sup>. Confronté à l'urgence, l'infirmier ne peut pas abandonner le patient à son sort, sa déontologie lui imposant au contraire de l'assister par des moyens techniques et humains.

**108. Carences.** Lorsque les soins palliatifs n'ont pas été correctement dispensés, il y a lieu d'engager la responsabilité de l'établissement ou du professionnel de santé ayant manqué de diligence. À cet égard, il importe peu que l'établissement ne dispose pas d'unité de soins palliatifs, puisqu'il a été vu précédemment que la prise en charge palliative est graduée. Elle peut intervenir dans un service dépourvu de lits ou d'unité spécialisés. C'est ainsi qu'un centre hospitalier a vu sa responsabilité engagée pour n'avoir pas prescrit de traitements antalgiques à une personne mourante admise au service des urgences et décédée le même jour<sup>142</sup>. De même, un établissement hospitalier a été condamné à devoir dédommager le conjoint survivant d'une patiente bénéficiant de soins palliatifs du fait de la poursuite d'actes et de traitements médicaux incompatibles avec cette prise en charge<sup>143</sup>. De façon plus grave, la carence des pouvoirs publics à prendre des mesures destinées à faciliter l'accès de certaines personnes – les pensionnaires des EHPAD, par exemple – aux soins palliatifs dans le cadre d'une pandémie, justifierait qu'il soit imposé à l'État de prendre ces mesures pour que soit assuré un égal accès aux soins palliatifs à toutes les personnes en fin de vie. Toutefois, dans le cadre de la récente pandémie de coronavirus, « il n'est pas établi [...] que les pouvoirs publics n'ont pas pris, au plan général,

---

<sup>137</sup> CSP, art. R. 4312-20, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>138</sup> CSP, art. R. 4312-20, al. 2.

<sup>139</sup> CSP, art. R. 4311-14, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>140</sup> CSP, art. R. 4311-8.

<sup>141</sup> CSP, art. R. 4311-14, al. 2.

<sup>142</sup> CAA Bordeaux, 13 juin 2006, *JurisData* n° 2006-305165.

<sup>143</sup> CAA Lyon, 17 juin 2008, *JurisData* n° 2008-007836.

des mesures en vue de faciliter l'accès par les personnes malades, en EHPAD ou à domicile, souffrant d'une infection susceptible d'être imputée au covid-19, à des soins palliatifs »<sup>144</sup>. Néanmoins, il est permis de se demander si la responsabilité de l'État ne pourrait pas être engagée pour n'avoir pas pris des mesures destinées à garantir l'accès aux soins palliatifs à tous les patients qui en ont besoin, étant constaté que huit patients sur dix n'ont pas la possibilité d'y accéder.

**109. Conclusion de chapitre.** Ainsi, le droit mobilise des moyens humains et techniques afin que les souffrances des hommes soient prises en charge. Leur ajustement en fonction de l'état de santé de la personne est de nature à permettre leur élimination. L'objectif est de préserver la liberté et de sauvegarder la dignité des hommes. Pourtant, certaines souffrances sont réfractaires aux traitements, ou doivent être impérieusement évitées. Alors, le droit prévoit des moyens extraordinaires afin de répondre à ces difficultés.

---

<sup>144</sup> CE, réf., 15 avr. 2020, n° 439910.

## **Chapitre 2 : Les moyens extraordinaires de conjuration des souffrances**

**110. L'ultime combat.** Dans un dernier « combat contre la douleur »<sup>1</sup>, alors que la mort est proche, les traitements et soins médicaux, complétés par un accompagnement, peuvent ne plus suffire<sup>2</sup>. Souvent intriqués, les symptômes réfractaires sont comme installés à demeure. L'on parle de souffrance totale. La souffrance a une origine physique et morale, et est portée à son paroxysme. Surtout, elle résiste aux traitements. Selon le sociologue David le Breton, cette situation est critique car « la douleur rebelle [...] est comme une condamnation à perpétuité que les médecins sont impuissants à rompre »<sup>3</sup>. Face au sentiment d'abandon que vit alors le malade, la tentation pourrait être de s'obstiner dans la poursuite de ces traitements. Mais l'on peut aussi bien, dans un cadre réglementé, recourir à un ensemble de traitements antalgiques et sédatifs, malgré le risque d'un décès du malade (**Section 1**).

**111. L'impasse.** Dans d'autres circonstances, la décision est prise, en présence d'une obstination déraisonnable sur un plan thérapeutique et dans le respect de la volonté exprimée par le patient, d'arrêter les traitements. Ce moyen est extraordinaire, car cette circonstance témoigne d'une acceptation de la mort. L'existence d'une impasse thérapeutique commande de mettre fin aux traitements afin d'éviter au malade des souffrances supplémentaires (**Section 2**).

### **Section 1 : Les moyens extraordinaires de soulagement des souffrances**

**112. Éliminer.** La loi Leonetti du 22 avril 2005<sup>4</sup> a introduit dans le Code de la santé publique la possibilité pour le médecin de recourir dans certaines circonstances à un traitement à double effet, qui permet de lutter efficacement contre les souffrances réfractaires (**§ 1**). Soucieux de renforcer l'autonomie des personnes malades tout en assurant la sauvegarde de leur dignité, le législateur a récemment créé un droit du patient de recourir en toute fin de vie à la sédation profonde et continue maintenue jusqu'au décès (SPCMD) (**§ 2**). Ces dispositifs

---

<sup>1</sup> J. RICOT, *Dignité et euthanasie*, éd. Pleins Feux, 2003, p. 42.

<sup>2</sup> P. VERSPIEREN, *Face à celui qui meurt*, op. cit., p. 109.

<sup>3</sup> D. LE BRETON, *Expériences de la douleur. Entre destruction et renaissance*, op. cit., p. 51.

<sup>4</sup> L. n° 2005-370, 22 avr. 2005, JO 23 avr.

s'inscrivent dans une perspective de conjuration de la souffrance.

### **§ 1 : Le traitement à double effet**

**113. Phase avancée ou terminale.** Le médecin a la faculté de mettre en place « l'ensemble des traitements analgésiques et sédatifs pour répondre à la souffrance réfractaire du malade en phase avancée ou terminale, même s'ils peuvent avoir comme effet d'abrèger la vie »<sup>5</sup>. La mise en œuvre de ce dispositif ne peut se faire que dans le cas où le patient se trouve en phase avancée ou terminale. La première correspond au stade de la maladie au cours duquel les traitements sont impuissants à rompre sa progression<sup>6</sup>. La seconde implique une situation d'impasse thérapeutique<sup>7</sup>. Le texte ne faisant plus aucune référence à la maladie, le traitement à double effet peut aussi bien être délivré à la suite d'un accident que d'une pathologie. Sur ce point, le domaine du traitement à double effet se trouve élargi par rapport à l'ancienne rédaction<sup>8</sup>.

**114. Souffrance réfractaire.** Le traitement à double effet contribue à l'élimination d'une « souffrance réfractaire ». Cela signifie que l'ensemble des traitements disponibles en l'état actuel de la science ont été vainement utilisés. Soit le soulagement n'a pas été obtenu, soit il le serait dans un délai ou dans des conditions inacceptables. Sur le plan du soulagement de la souffrance, le personnel médical est confronté à une impasse thérapeutique<sup>9</sup>.

C'est une souffrance réfractaire qu'il faut éliminer. Mais de quelle souffrance s'agit-il ? Il doit nécessairement s'agir d'une souffrance que l'on peut traiter. Une souffrance d'origine physique ou morale peut être soulagée par le recours à des antalgiques et sédatifs. En fin de vie, il est fréquent que la souffrance soit globale, et que les symptômes soient intriqués. Aux douleurs physiques et morales s'ajoute fréquemment un état de mal-être dont la cause réside

---

<sup>5</sup> CSP, art. L. 1110-5-3, al. 2.

<sup>6</sup> AN, commission des Affaires sociales, Rapport n° 2585 : proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, fait par A. CLAEYS et J. LEONETTI, p. 68-69.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> V. LARRIBAU-TERNEYRE, « De 2005 à 2016, les lois françaises sur la fin de vie », in *Mort et droit de la santé : les limites de la volonté, op. cit.*, p. 33.

<sup>9</sup> N. CHERNY et R. PORTENOY, « *Sedation in the management of refractory symptoms : guidelines for evaluation and treatment* », *J Palliat Care*, 1994, 10 (2) : 31 – 8.



dans la prise de conscience d'une vie qui prend fin<sup>10</sup>. Alors, l'administration d'un traitement à double effet ne pose pas de difficulté, dès lors que le recours aux thérapeutiques n'a pas été concluant. Au contraire, une souffrance purement existentielle, qui serait liée à la perturbation du cours habituel de la vie, n'entre pas dans le champ du traitement à double effet, car il est difficile de la qualifier de réfractaire, cette observation étant également valable en cas de SPCMD<sup>11</sup>. Comment pourrait-on soutenir que tout a été mis en œuvre pour répondre à la lassitude de vivre ? Dans de telles circonstances, l'avis d'un psychiatre s'impose.

**115. Bienfaisance.** L'intention dans laquelle le médecin recourt au traitement à double effet doit être scrutée<sup>12</sup>, car ce traitement est « à double effet » : il y a le soulagement, et la mort du patient. Seul le soulagement doit être recherché par le médecin, le texte indiquant que ce traitement vise à « répondre à la souffrance réfractaire ». La mort n'est qu'une éventualité : « *même s'ils* peuvent avoir pour effet ». Dans une ancienne rédaction, il était question d'un « traitement qui peut avoir pour *effet secondaire* d'abrégé sa vie »<sup>13</sup>. Cela pouvait être mal interprété, puisque la mort pouvait être vue comme « l'accessoire » du soulagement de la souffrance, et donc recherchée au même titre que le soulagement. La reformulation écarte le risque d'une interprétation déviante de la loi<sup>14</sup>. L'intention doit être bienfaisante. Lorsqu'il est bien exécuté, le traitement à double effet n'est pas un acte euthanasique, puisqu'il n'y a pas d'*animus necandi*<sup>15</sup>. Seulement, il est difficile d'apprécier l'intention du médecin. D'aucuns considèrent qu'une « déclaration d'intention peut masquer la mauvaise foi »<sup>16</sup>. Aussi, l'intention bienfaisante est présumée lorsque les conditions du recours au traitement à double effet sont réunies. À défaut, la présomption est renversée.

**116. Proportionnalité.** Une autre condition de mise en œuvre du traitement à double

---

<sup>10</sup> P. ROQUEBERT, « Une nouvelle approche de la souffrance globale de personnes en fin de vie », *Méd. palliat.* 2009, n° 2, p. 94.

<sup>11</sup> HAS, Guide du parcours de soins, Comment mettre en œuvre une sédation profonde et continue maintenue jusqu'au décès ?, févr. 2018, p. 12.

<sup>12</sup> J.-F. MATTEI, J.-M. LA PIANA, « Fin de vie », in *Questions d'éthique biomédicale, op. cit.*, p. 310.

<sup>13</sup> CSP, anc. art. L. 1110-5, al. 5.

<sup>14</sup> AN, commission des Affaires sociales, Rapport n° 2585 : proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, fait par A. CLAEYS et J. LEONETTI, préc., p. 102.

<sup>15</sup> R. CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Hors collection, 23<sup>e</sup> éd., 2017, n° 300.

<sup>16</sup> J.-C. FONDRAS, S. RAMEIX, « Questions éthiques associées à la pratique de la sédation en phase terminale », *Méd. palliat.* 2010, n° 3, p. 123.

effet est la proportionnalité. Le médecin « met en place l'ensemble des traitements analgésiques et sédatifs *pour répondre* à la souffrance réfractaire ». La posologie est bonne lorsqu'elle est adaptée à l'état du patient<sup>17</sup>. C'est dans la mesure des traitements utilisés qu'une exigence de proportionnalité s'impose. Un mauvais dosage pourrait avoir pour conséquence l'absence de soulagement du patient ou la précipitation de sa mort. Dans ce dernier cas, l'acte pourrait être qualifié d'euthanasique. La proportionnalité est, en toute hypothèse, une règle déontologique<sup>18</sup>.

**117. Information.** Avant de mettre en œuvre le traitement, le médecin doit avoir informé le malade, la personne de confiance, la famille ou, à défaut, un des proches du malade. La décision médicale de recourir au traitement à double effet est suffisamment grave par ses conséquences pour être communiquée au malade et à son entourage. Les parents et les proches du malade doivent savoir que les traitements utilisés pour éliminer la souffrance peuvent « abrégé la vie ». L'information leur permet donc de se préparer à cette éventualité.

**118. Publicité.** Le médecin doit également veiller à la publicité de la décision médicale en inscrivant l'ensemble de la procédure suivie dans le dossier médical. C'est une exigence de transparence du processus décisionnel, qui permet à l'équipe de soins et aux personnes habilitées à accéder à ces données d'en prendre connaissance. C'est aussi un moyen de vérifier l'intention du médecin prescripteur.

**119. Mise en oeuvre.** Lorsque ces conditions sont réunies, le médecin peut mettre en œuvre le traitement. Il s'agit de garantir la qualité d'une vie qui prend fin en se gardant de toute obstination déraisonnable. Le traitement contribue à éliminer la souffrance réfractaire qui ne pouvait qu'altérer la qualité de vie. Lorsque la mort est proche, l'important n'est pas la quantité mais la qualité de celle-ci<sup>19</sup>. Notons que d'autres pays dont l'Allemagne prévoient des dispositifs comparables<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Y. CAMBERLEIN, « L'approche somatique du malade en fin de vie », in *Pour une mort plus humaine, op. cit.*, p. 97.

<sup>18</sup> CSP, art. R. 4127-32.

<sup>19</sup> P. VÉRON, F. VIALLA, « La loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie : un nouvel équilibre décisionnel ? », préc., p. 93.

<sup>20</sup> R. HORN, *Le droit de mourir. Choisir sa fin de vie en France et en Allemagne*, préf. S. BATEMAN, PUR, coll. Essais, 2013, p. 145

## § 2 : Le droit à la sédation profonde et continue maintenue jusqu'au décès

**120. Notion de sédation.** Sur un plan sémantique, la sédation est une anesthésie réservée à de petites interventions en bloc opératoire, par exemple « pour réparer une luxure d'épaule »<sup>21</sup>. C'est dans les années 1990 que la notion a commencé à être utilisée dans le champ des soins palliatifs pour désigner l'induction du sommeil en fin de vie. Il est possible de parler de « pratiques sédatives », car l'obscurcissement de la conscience peut être plus ou moins long, plus ou moins profond. Il y a un ajustement de la sédation à l'état de la personne malade, qui répond aux exigences déontologiques consistant, pour le médecin, « à assurer personnellement au patient des soins consciencieux »<sup>22</sup>, proportionnés, faisant suite à un diagnostic élaboré « avec le plus grand soin »<sup>23</sup>.

**121. SPCMD.** La SPCMD est une pratique exceptionnelle, réservée aux derniers jours de vie. Demandée par le patient, elle permet « d'éviter toute souffrance et de ne pas subir d'obstination déraisonnable »<sup>24</sup>. Le législateur a entendu la réserver « aux cas de perte de contrôle de la douleur au moment où la maladie tue »<sup>25</sup>. Il s'agit d'une « dernière option »<sup>26</sup>, d'un traitement « de dernier recours »<sup>27</sup>. En effet, la mise en œuvre de la SPCMD n'aura pas d'autre dénouement que la mort, puisque l'obscurcissement de la conscience est maintenu jusqu'à ce terme. Seules des circonstances exceptionnelles justifient d'y avoir recours.

Si le dispositif conçu par le législateur s'inscrit dans une démarche bienfaisante, l'utilisation de la SPCMD à des fins euthanasiques est un risque qu'il ne faut pas exclure. Le rapport Sicard promouvait le recours à une sédation à visée euthanasique<sup>28</sup>. Plus récemment, un avis du conseil économique, social et environnemental en date du 10 avril 2018 allait dans le

---

<sup>21</sup> C. PEYRARD, « De quoi la sédation est-elle le nom ? », *Éth. & Santé* 2016, n° 1, p. 34-35.

<sup>22</sup> CSP, art. R. 4127-32.

<sup>23</sup> CSP, art. R. 4127-33.

<sup>24</sup> CSP, art. L. 1110-5-2.

<sup>25</sup> P. BATAILLE, *À la vie, À la mort. Euthanasie : le grand malentendu*, éd. Autrement, coll. Haut et fort, 2012, p. 101.

<sup>26</sup> K. SADLER, « Comment soigner en étant soi-même touché par la douleur de l'autre ? », préc., p. 267.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Rapport à François Hollande Président de la République Française, Penser solidairement la fin de vie, Commission de réflexion sur la fin de vie en France, 18 décembre 2012, p. 93. Le rapport évoque l'opportunité de légaliser un geste létal qui prendrait la forme d'une sédation.

même sens<sup>29</sup>. Les traitements sédatifs pourraient être utilisés de façon à ce que le décès du patient soit précipité. Dans l'affaire *Bonnemaison*, dans laquelle plusieurs patients ont été euthanasiés, le médecin avait notamment recouru au midazolam, qui est un produit couramment utilisé dans les SPCMD<sup>30</sup>. À l'étranger, certaines législations autorisent le recours à la sédation à visée euthanasique. C'est le cas du Québec depuis une loi du 5 juin 2014 concernant les soins de fin de vie. L'article 24 de cette loi dispose que la sédation peut être mise en œuvre à la demande d'une « personne en fin de vie » bénéficiant de soins palliatifs. Son pronostic doit être « réservé », ce qui est manifestement plus souple que l'exigence d'un « pronostic vital engagé à court terme ». Dans les États du Benelux, le recours à la sédation terminale se ferait parfois à des fins euthanasiques, permettant opportunément aux médecins en charge des patients de n'avoir pas à déclarer aux commissions *ad hoc* l'euthanasie pratiquée<sup>31</sup>.

**122. Condition de fond.** En France, la SPCMD est encadrée par les dispositions de l'article L. 1110-5-2 du CSP. Elle est strictement conditionnée. Sa mise en œuvre suppose « la demande du patient », ce qui interdit toute incitation médicale à accepter une induction du sommeil. L'exigence d'une demande du malade la distingue du traitement à double effet qui est à l'initiative du médecin<sup>32</sup>. La demande doit être libre et éclairée. Lorsque le patient demandeur présente des atteintes d'ordre psychique, la HAS recommande de solliciter l'avis d'un spécialiste, par exemple un neurologue ou un psychiatre<sup>33</sup>. L'exigence d'un caractère libre et éclairé de la demande implique de vérifier que la personne s'exprime en connaissance de cause. Cela nécessite qu'elle ait été informée au sujet de la SPCMD, en particulier des modalités de

---

<sup>29</sup> CESE, Avis, Fin de vie : La France à l'heure des choix, 10 avril 2018, p. 47. L'avis préconise de légaliser un « droit à l'aide à mourir », qui permettrait à une personne majeure et capable, atteinte d'une affection incurable à un stade avancé, et souffrant dans son corps ou son esprit, de demander qu'une « médication expressément létale » lui soit délivrée. – Voir aussi M. DESOLNEUX, « Fin de vie : la France à l'heure des choix », *RJPF* 2018-5/2.

<sup>30</sup> P. VÉRON, F. VIALLA, « La loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie : un nouvel équilibre décisionnel ? », *préc.*, p. 93-94.

<sup>31</sup> Observatoire national de la fin de vie, Rapport 2011, Fin de vie : un premier état des lieux, 15 févr. 2012, p. 159. L'on apprend dans ce rapport que près de la moitié des euthanasies pratiquées en Belgique ne sont pas déclarées, et que le recours à des opioïdes ou sédatifs s'élèverait à 92,1 % dans les hypothèses d'euthanasies non-déclarées. – Voir aussi X. MATTELAER, R. AUBRY, « Pratique de la sédation aux Pays-Bas : preuve du développement des soins palliatifs ou dérive euthanasique ? », *Méd. palliat.* 2012, n° 3, p. 138. Selon ces auteurs, « le recours à ce traitement comme euthanasie lente existe probablement ».

<sup>32</sup> Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille, op. cit.*, n° 808.

<sup>33</sup> HAS, Guide du parcours de soins, Comment mettre en œuvre une sédation profonde et continue maintenue jusqu'au décès ?, févr. 2018, p. 14.

sa mise en œuvre et de ses effets. Elle ne doit subir aucune pression, familiale ou économique.

La SPCMD peut être mise en œuvre dans plusieurs circonstances qui sont chacune conditionnées. Deux d'entre-elles concernent la personne pouvant exprimer une demande. Dans le premier cas, la SPCMD contribue à éliminer la souffrance réfractaire, alors que dans le second cas elle vise à prévenir des souffrances insupportables. Dans les deux cas, le patient est atteint d'une affection grave et incurable.

Dans la première hypothèse, le « pronostic vital est engagé à court terme », c'est-à-dire dans les heures ou jours à venir<sup>34</sup>. Ce pronostic est établi sur la base de signes cliniques laissant présager l'issue fatale<sup>35</sup>. À défaut, seule une sédation réversible proportionnée à l'état du patient est envisageable<sup>36</sup>. La SPCMD ne précipite pas la mort du patient, elle accompagne un processus de mort naturelle. Le patient doit également présenter une « souffrance réfractaire aux traitements ». En toute fin de vie, il s'agit fréquemment d'une intrication de symptômes physiques et moraux<sup>37</sup>. La proximité de la mort étant communément génératrice d'angoisse et d'un état de mal-être, la HAS préconise la mise en œuvre d'une sédation transitoire et réversible en présence d'une souffrance psychique ou existentielle isolée<sup>38</sup>. Cette souffrance devant être réfractaire aux traitements, l'équipe médicale doit avoir mis en œuvre l'ensemble des thérapeutiques nécessaires à son élimination et constaté leur insuffisance. Le cas échéant, un avis d'expert est utile pour affirmer le caractère réfractaire<sup>39</sup>.

Dans la seconde hypothèse, la SPCMD suppose que le patient ait pris la décision d'arrêter un traitement vital. C'est cette décision qui engage le pronostic vital à court terme. L'arrêt d'une ventilation assistée, d'une dialyse ou de transfusions sanguines chez un patient atteint d'hémopathie, justifient la mise en place d'une SPCMD<sup>40</sup>. Dans ce cas, la sédation a une

---

<sup>34</sup> AN, commission des Affaires sociales, Rapport n° 3091 : proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, fait par A. CLAEYS et J. LEONETTI, 30 sept. 2015, p. 27-28.

<sup>35</sup> AN, commission des Affaires sociales, Rapport n° 2585 : proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, fait par A. CLAEYS et J. LEONETTI, 17 févr. 2015, p. 67.

<sup>36</sup> HAS, Guide du parcours de soins, Comment mettre en œuvre une sédation profonde et continue maintenue jusqu'au décès ?, févr. 2018, p. 12.

<sup>37</sup> M. GIROUD, É. SELIER, G. LAVAL, « Utilisation du midazolam chez les patients hospitalisés : analyse des pratiques », *Bull. Cancer* 2013, p. 813.

<sup>38</sup> HAS, Guide du parcours de soins, Comment mettre en œuvre une sédation profonde et continue maintenue jusqu'au décès ?, févr. 2018, p. 12.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 11-12.

<sup>40</sup> Sénat, commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et

vocation préventive puisqu'elle évite que le malade n'ait à subir des souffrances insupportables à la suite de l'arrêt du traitement. Les situations d'étouffement et de détresse hémorragique sont visées.

La SPCMD peut encore être mise en œuvre dans le cas où le patient se trouve dans un état d'inconscience irréversible. Le législateur a prévu une systématisation de la SPCMD en cas d'arrêt d'un traitement de maintien en vie, afin de prévenir toute souffrance, en particulier l'étouffement du malade. Des palliatologues ont soutenu qu'il s'agissait d'un « pari de la souffrance [...] compte tenu du doute »<sup>41</sup>. Le patient peut néanmoins s'y être opposé dans ses directives anticipées, auquel cas sa volonté doit être respectée<sup>42</sup>.

La mise en place d'une sédation en cas d'arrêt de traitement vital n'est pas une innovation de la loi Claeys-Leonetti. Depuis un décret du 29 janvier 2010<sup>43</sup>, le Code de déontologie médicale autorisait le médecin à faire usage d'antalgiques et de sédatifs afin d'accompagner la personne en cas d'arrêt d'un traitement vital. L'apport de la loi nouvelle est d'avoir précisé et clarifié les conditions du recours à la sédation en tenant davantage compte de la volonté exprimée par la personne.

**123. Modalités préalables à la mise en oeuvre.** En toute hypothèse, la SPCMD ne peut être mise en oeuvre qu'après l'accomplissement d'un certain nombre de formalités. Une procédure collégiale doit notamment être respectée<sup>44</sup>. Elle permet de vérifier que les conditions légales sont réunies. Le médecin en charge du patient, un médecin désigné en qualité de consultant ainsi que les membres présents de l'équipe de soins sont tenus d'y participer. L'équipe de soins, au sens de l'article L. 1110-12 du CSP, comprend non seulement les infirmiers et aides-soignants, mais aussi les professionnels paramédicaux dont l'ostéopathe et le kinésithérapeute, puisqu'ils « participent directement [...] à la réalisation d'un acte diagnostique, thérapeutique, de compensation du handicap, de soulagement de la douleur ou de

---

d'administration générale, Avis n° 506 : proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, fait par F. PILLET, p. 11. – Concernant l'arrêt de la ventilation mécanique, voir R. ZITTOUN, « Détresse en fin de vie : questionnement éthique sur la sédation », *Presse méd.* 2011, t. 40, n° 5, p. 490.

<sup>41</sup> R. AUBRY, V. BLANCHET, M.-L. VIALARD, « La sédation pour détresse chez l'adulte dans des situations spécifiques et complexes », préc., p. 74

<sup>42</sup> CSP, art. R. 4127-37-3, II.

<sup>43</sup> Décr. n° 2010-107, 29 janv. 2010, *JO* 30 janv.

<sup>44</sup> CSP, art. R. 4127-37-2, III.

prévention de perte d'autonomie ». S'il n'a pas à y participer, le médecin traitant doit avoir été consulté, car il est en mesure d'apporter des informations concernant le suivi médical de la personne<sup>45</sup>.

C'est au médecin en charge du patient qu'incombe l'organisation et la coordination de la procédure collégiale<sup>46</sup>. Il est tenu de désigner le médecin consultant et de tenir informés l'ensemble des participants de la date et du lieu de la réunion, qui est le point culminant de la procédure. À cette occasion, chacun des participants exprime librement son avis sur la situation en présence. Il convient de se prononcer sur la capacité de discernement du patient, le caractère libre et éclairé de la demande, et de vérifier que les autres conditions légales sont respectées. La confrontation des points de vue participe à l'objectivation de la situation en mettant à distance la charge émotionnelle générée par la prise en charge du patient. L'avis du médecin consultant a son importance car il a un regard extérieur sur la situation. C'est un médecin indépendant, puisqu'il ne présente aucun lien hiérarchique avec le médecin en charge du patient<sup>47</sup>.

L'organisation de cette procédure au domicile ou en EHPAD présente des difficultés spécifiques. Ainsi, il peut être difficile pour le médecin consultant de se rendre sur place, auquel cas la HAS recommande-t-elle de recourir à la vidéoconférence<sup>48</sup>. À moins qu'il ait été en mesure de voir préalablement le patient, ce recours est critiquable, car il ne permet pas de saisir correctement la situation. Au demeurant, cette recommandation met en lumière les difficultés pratiques pouvant être rencontrées lorsque la SPCMD n'est pas mise en oeuvre en établissement de santé.

Bien que la procédure soit collégiale, la décision est prise par le médecin. L'avis donné par le médecin consultant n'a pas de valeur contraignante<sup>49</sup>. La procédure doit avoir éclairé son

---

<sup>45</sup> HAS, Guide du parcours de soins, Comment mettre en œuvre une sédation profonde et continue maintenue jusqu'au décès ?, févr. 2018, p. 10.

<sup>46</sup> Si la SPCMD est organisée au domicile du patient ou en établissement accueillant des personnes âgées, l'organisation et la coordination peut incomber, selon les cas, au professionnel coordinateur de HAD, à l'EMSP, au SSIAD ou au référent LISP, lorsque les conditions ne permettent pas au médecin prenant en charge le patient ou au médecin traitant d'y procéder.

<sup>47</sup> CSP, art. R. 4127-37-2, III.

<sup>48</sup> HAS, Guide du parcours de soins, Comment mettre en œuvre une sédation profonde et continue maintenue jusqu'au décès ?, févr. 2018, p. 26.

<sup>49</sup> CSP, art. R. 4127-37-2, 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 ».

jugement en dissipant les éventuelles volontés immorales ou déviantes. La décision doit être motivée et transcrite dans le dossier médical du patient, puis communiquée à ce dernier. Lorsqu'elle concerne un patient hors d'état de s'exprimer, l'exigence de publicité est renforcée puisqu'il faut, d'une part, ajouter dans le dossier les volontés que le malade a pu exprimer dans des directives anticipées ou, à défaut, le témoignage de la personne de confiance ou, en son absence, de la famille ou de l'un des proches ; et, d'autre part, les tenir informés des motifs du recours à la sédation<sup>50</sup>.

Ces modalités sont essentielles, puisqu'elles apportent au médecin un recul suffisant pour se prononcer, et contribuent à éliminer les volontés illicites. La publicité participe à cette élimination, puisqu'« en matière de moralité, ce que l'on expose dans l'espace public n'est pas nécessairement moral mais ce que l'on ne peut pas exposer est immoral »<sup>51</sup>. Néanmoins, ces garde-fous prévus par le législateur – la collégialité, la publicité – comportent des failles. Ainsi, les participants à la procédure collégiale, ou certains d'entre eux, peuvent être animés par une intention malfaisante. Quant au médecin en charge du patient, il est en droit de passer outre les avis contraires exprimés par les autres participants en décidant de mettre en oeuvre une SPCMD qui ne respecterait pas les conditions légales. Aussi semble-il être opportun de rendre contraignant l'avis du médecin consultant et, en cas de dissensus, d'imposer la désignation d'un commun accord d'un troisième médecin dont l'avis serait décisif. À cela pourrait s'ajouter un contrôle *a posteriori* de la décision médicale, qui prendrait la forme d'une déclaration à une commission *ad hoc*. C'est une procédure que l'on retrouve dans les pays du Benelux.

**124. Mise en oeuvre.** Lorsque la décision est prise de mettre en oeuvre la SPCMD, le médecin est invité à prescrire les produits nécessaires à l'« altération de la conscience ». Celle-ci doit être maintenue jusqu'au décès<sup>52</sup>. En première intention, le médecin prescrit couramment du midazolam. Mais ses inconvénients, en particulier les difficultés à le manier, justifient parfois de recourir à d'autres molécules comme le diazépam. En cas d'inefficacité, il peut être utile de recourir à des molécules de maniement complexe comme le propofol, sous réserve que l'équipe de soins maîtrise l'ensemble des aspects techniques<sup>53</sup>. La sédation est obligatoirement

---

<sup>50</sup> CSP, art. R. 4127-37-3, II.

<sup>51</sup> J.-C. FONDRAS, S. RAMEIX, « Questions éthiques associées à la pratique de la sédation en phase terminale », préc., p. 124.

<sup>52</sup> CSP, art. L. 1110-5-2, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>53</sup> HAS, Guide du parcours de soins, Comment mettre en oeuvre une sédation profonde et continue maintenue jusqu'au décès ?, févr. 2018, p. 19-20.



associée à un maintien de l'analgésie. En effet, les produits sédatifs permettent d'altérer la conscience, mais sont impuissants à éliminer la souffrance<sup>54</sup>. C'est par le cumul des antalgiques et des sédatifs que sa conjuration devient possible. Toutefois, elle n'est pas garantie, puisque l'on ignore encore à ce jour quel est le vécu sous sédation<sup>55</sup>. Il est encore requis de procéder « à l'arrêt de l'ensemble des traitements de maintien en vie », y compris ceux de substitution aux fonctions vitales. L'hydratation et la nutrition artificielles sont dorénavant considérées comme des traitements<sup>56</sup>. *A priori*, cela est contestable car la nutrition et l'hydratation sont des besoins fondamentaux, raison pour laquelle elles ont longtemps été qualifiées de soins. Il y a une charge émotionnelle et culturelle forte. Cependant, il faut considérer qu'il s'agit de traitements puisqu'elles sont prescrites à des personnes qui ne sont plus en mesure de s'alimenter ou de s'hydrater naturellement ou de manière suffisante. Au demeurant, il est scientifiquement reconnu que le bénéfice est inversement proportionnel à l'avancée de la maladie. En toute fin de vie, l'hydratation et la nutrition artificielles peuvent avoir des effets délétères en suscitant par exemple un encombrement. Alors que la sensation de faim et de soif diminue dans les derniers jours de vie, leur arrêt s'inscrit dans un processus de mort naturelle et dans le refus de toute obstination déraisonnable.

Dans tous les cas, une surveillance régulière du patient s'impose, puisqu'il faut maintenir la profondeur de la sédation et réagir rapidement aux éventuels effets indésirables liés à la sédation. Des vomissements, une détresse respiratoire ou un réveil de la personne malade en sont la manifestation. Il faut encore veiller au bien-être du malade en contrôlant son état cutané, et en prodiguant des soins de confort, par exemple des soins de bouche. Au regard du temps qu'il est nécessaire de consacrer à la personne sédaturée, nous prenons la mesure des difficultés que pose la mise en œuvre d'une SPCMD au domicile ou en EHPAD. Cela implique un personnel en nombre suffisant et capable d'utiliser cette technique. Aussi, la HAS recommande, avant d'entreprendre toute démarche, d'accorder une attention particulière « à la faisabilité opérationnelle de la sédation, au résultat attendu (profondeur de la sédation), notamment en matière de confort et de sécurité pour la personne malade, à la place et au vécu

---

<sup>54</sup> V. GAMBLIN, A. DA SILVA, S. VILLET, L. LADRAT, « La sédation en médecine palliative : un soin de la limite et du paradoxe », *Éth. & Santé* 2014, n° 3, p. 178.

<sup>55</sup> M. TOMCZYK, M.-L. VIALARD, S. BELOUCIF, M.-F. MAMZER, C. HERVÉ, « Sédation continue maintenue jusqu'au décès : comment en informer le malade et recueillir son consentement ? », *Méd. palliat.* 2015, n° 2, p. 114.

<sup>56</sup> CSP, art. L. 1110-5-1, al. 2. – En ce sens, voir antérieurement CE, ass., 14 févr. 2014, *Lambert*, n° 375081 ; *AJDA* 2014. 790, chron. BRETONNEAU et LESSI.

des proches »<sup>57</sup>.

Si la mise en œuvre de la SPCMD requiert des moyens techniques, des moyens humains sont indispensables. La sédation rend plus difficile la communication avec la personne malade. Aussi, un accompagnement de l'entourage, qui peut être en souffrance, est requis. La situation doit être expliquée, et il importe de préciser de quelle manière il est encore possible de se rendre présent aux côtés du malade. Rappelons que « la personne endormie reste une personne vivante, susceptible de percevoir la présence des autres et d'être sensible à leur contact »<sup>58</sup>. Le personnel soignant peut aussi souffrir de ne pas comprendre les motifs du recours à la SPCMD ou de la voir se prolonger dans le temps, raison pour laquelle la HAS préconise la mise en place, après le décès du patient sédaté, d'espaces de parole animés par un professionnel extérieur et, en cas de souffrance morale persistante, le suivi par un psychologue clinicien ou un psychiatre<sup>59</sup>.

Dans le milieu des soins palliatifs, la pratique de la SPCMD peut déconcerter, car elle semble inconciliable avec une philosophie centrée sur l'accompagnement et la démedicalisation<sup>60</sup>. Selon la philosophe Marie de Hennezel, celle-ci pourrait inciter les équipes de soins à ne plus prendre le temps « de s'asseoir, d'écouter, et d'essayer de comprendre ce qui se passe réellement »<sup>61</sup>. De même, le fait que l'entourage reste dans l'attente du dénouement est une situation problématique. Pour autant, il convient de souligner que les conditions légales de la SPCMD rendent cette pratique exceptionnelle.

**125. Respect de la dignité.** Lorsqu'elle est exécutée dans les conditions et selon les modalités fixées par le législateur, la SPCMD est profondément respectueuse de la dignité de la personne humaine. Il s'agit d'une dignité *en soi*, qui est « une qualité intrinsèque de la personne humaine »<sup>62</sup>. La sédation à la fin de la vie participe à l'éloignement des dernières souffrances du mourant, préserve la liberté, tout en respectant le processus de mort naturelle.

---

<sup>57</sup> HAS, Antalgie des douleurs rebelles et pratiques sédatives chez l'adulte : prise en charge médicamenteuse en situations palliatives jusqu'en fin de vie, janv. 2020, p. 24.

<sup>58</sup> M. DE HENNEZEL, *Nous ne nous sommes pas dit au revoir*, op. cit., p. 270.

<sup>59</sup> HAS, Guide du parcours de soins, Comment mettre en œuvre une sédation profonde et continue maintenue jusqu'au décès ?, févr. 2018, p. 22-23.

<sup>60</sup> V. GAMBLIN, A. DA SILVA, S. VILLET, L. LADRAT, « La sédation en médecine palliative : un soin de la limite et du paradoxe », préc., p. 180.

<sup>61</sup> M. DE HENNEZEL, *Nous ne nous sommes pas dit au revoir*, op. cit., p. 268.

<sup>62</sup> B. TEYSSIÉ, *Droit des personnes*, LexisNexis, coll. Manuel, 20<sup>e</sup> éd., 2018, n° 104.

L'on est ici « à l'extrême bout de la vie, lorsque décline la lumière du soleil »<sup>63</sup>.

**126. Vers une évolution du droit positif ?** Le droit français refuse tout acte "médical" dont la finalité serait de précipiter le décès du patient<sup>64</sup>. Pourtant, certains mouvements revendiquent la légalisation de l'euthanasie au nom du respect de la dignité. L'euthanasie se définit comme l'acte par lequel une personne provoque intentionnellement la mort d'autrui afin de lui éviter des souffrances<sup>65</sup>. Ces revendications sont exprimées depuis le début des années 1980. En 1978, un philosophe allemand se disait « fort curieux » en constatant l'apparition, « depuis peu, de la question d'un droit de mourir »<sup>66</sup>. Il ajoutait que « ce l'est d'autant plus que l'on recherche communément les droits pour promouvoir un bien, et que la mort passe pour un mal ou, au mieux, pour une réalité à laquelle il faut se résigner »<sup>67</sup>. Seulement, la mise à distance de la mort par le progrès des techniques médicales, et la périlclitation des liens sociaux, familiaux et religieux sur lesquels il était possible de s'appuyer pour affronter l'épreuve de la mort, ont alimenté la peur de celle-ci. C'est sur cette base qu'un "droit de mourir dans la dignité" a pu être revendiqué. Le Comité consultatif national d'éthique français a ainsi émis un avis favorable à la légalisation d'« une sorte d'exception d'euthanasie »<sup>68</sup>, même s'il s'est montré plus mesuré dans un récent avis en manifestant sa préférence pour le développement des soins palliatifs et la mise en place d'« une sédation jusqu'au décès dans les derniers jours de [l']existence »<sup>69</sup>. Le législateur français s'est même emparé à plusieurs reprises de cette question sur l'initiative de certains parlementaires<sup>70</sup>. Récemment, le député Jean-Louis Touraine a conduit une proposition de loi visant à légaliser une assistance médicalisée active à mourir<sup>71</sup>.

---

<sup>63</sup> *Ibid.*, n° 103.

<sup>64</sup> CSP, art. R. 4127-38.

<sup>65</sup> N. AUMONIER, B. BEIGNIER, P. LETELLIER, *L'euthanasie, op. cit.*, p. 6.

<sup>66</sup> H. JONAS, *Le Droit de mourir*, trad. de l'allemand par P. Ivernel, éd. Payot et rivages, coll. Rivages poche, 1996, p. 15.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> CCNE, Avis « Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie », 27 janvier 2000, n° 63, p. 10.

<sup>69</sup> CCNE, Avis « Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir », 13 juin 2013, n° 121, p. 51-52.

<sup>70</sup> AN, proposition de loi n° 788 relative au droit de finir sa vie dans la liberté, présentée par J.-P. DUPRÉ *et al.*, 10 avril 2003. – AN, proposition de loi n° 1814 portant reconnaissance de l'exception d'euthanasie et de l'aide active à mourir, présentée par G. PEIRO, 8 juill. 2009. – AN, proposition de loi n° 1960 relative au droit de finir sa vie dans la dignité, présentée par J.-M. AYRAULT *et al.*, 7 oct. 2009.

<sup>71</sup> AN, proposition de loi n° 185 portant sur la fin de vie dans la dignité, présentée par J.-L. TOURAINE *et al.*, 27

Les tenants d'une légalisation de l'euthanasie soutiennent que cette pratique mettrait fin à la situation d'indignité dans laquelle se trouverait le malade en fin de vie du fait de ses souffrances et de ses incapacités. Ils ajoutent qu'elle participerait à l'autodétermination de la personne. Seulement, cette argumentation ne convainc pas. C'est une vision relative de la dignité qui est proposée. Celle-ci ne serait pas conciliable avec la « déchéance tant physique que morale, mais aussi, par extension, [la] souffrance intolérable et [la] dégradation de la conscience »<sup>72</sup>. La dignité ne pouvant être attribuée qu'aux bien-portants, une distinction est opérée entre les hommes en fonction de leurs capacités respectives. Manifestement, cette démarche n'est pas respectueuse de la dignité *en soi*, mais d'une dignité *pour soi*, qui est « strictement individuelle »<sup>73</sup>. Il est alors difficile de déterminer à partir de quel état de souffrance ou d'incapacité l'homme est indigne. Une vision relative de la dignité est potentiellement dangereuse en raison du « risque d'abus qui ferait passer quasi-insensiblement de l'euthanasie volontaire des malades terminaux à l'euthanasie des patients comateux et des nouveau-nés malformés, pour arriver finalement à la mise à mort des malades mentaux irrécupérables, des vieillards qui deviennent une charge de plus en plus lourde pour la société »<sup>74</sup>. Concernant l'autodétermination de la personne, il faudrait aussi tenir compte de l'ambivalence de la volonté du malade, spécialement lorsqu'il est en fin de vie et se trouve confronté à d'intolérables souffrances.

En l'état du droit positif, le professionnel de santé qui se rendrait coupable d'un acte euthanasique peut être poursuivi pénalement<sup>75</sup> et s'expose à une sanction disciplinaire<sup>76</sup>. L'existence d'un mobile "compassionnel" est indifférente<sup>77</sup>. Alors qu'« aucune norme de nature constitutionnelle ou conventionnelle ne pourrait par principe faire obstacle à une législation

---

sept. 2017.

<sup>72</sup> A. GUILLOTIN, « La dignité du mourant », in *Mél. Ch. Bolze, op. cit.*, p. 317-318.

<sup>73</sup> B. TEYSSIÉ, *Droit des personnes, op. cit.*, n° 104.

<sup>74</sup> A. GUILLOTIN, « La dignité du mourant », in *Mél. Ch. Bolze, op. cit.*, p. 328.

<sup>75</sup> J. LARGUIER, P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Mémentos, 22<sup>e</sup> éd., 2014, p. 72. –M. BÉNÉJAT-GUERLIN, « Droit pénal et fin de vie », *AJDA* 2016. 523.

<sup>76</sup> CSP, art. R. 4127-38 et R. 4312-21, *in fine*.

<sup>77</sup> CE, 30 déc. 2014, n° 381245 ; *AJDA* 2015. 749, obs. LESSI et DUTHEILLET DE LAMOTHE. « Considérant que, dès lors qu'elle a retenu que M. B... avait " à plusieurs reprises, provoqué délibérément la mort ", la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins n'avait pas à tenir compte des circonstances que M. B... aurait agi dans le but de soulager la souffrance des patients et en concertation avec leurs familles, qui n'étaient pas de nature à enlever leur caractère fautif aux actes commis [...] ».

instaurant un droit à pouvoir bénéficier d'une assistance médicalisée pour mourir »<sup>78</sup>, une évolution du droit reste possible. Toutefois, la France n'y est pas contrainte. Aucune norme européenne n'impose à l'État français de revoir sa législation. En 1999, le Conseil de l'Europe a insisté sur la nécessaire protection de la dignité humaine dont il a souligné le caractère « inviolable » et permanent – une dignité *en soi* –, et affirmé « l'interdiction absolue de mettre intentionnellement fin à la vie des malades incurables et des mourants »<sup>79</sup>. Plus récemment, la CEDH a certes reconnu que le droit de décider du moment et de la façon de terminer sa vie est un des aspects du droit au respect de la vie privée énoncé à l'article 8 de la CESDH<sup>80</sup>, mais elle laisse aux États une marge d'appréciation compte tenu de l'absence de consensus sur cette question. Elle précise que l'article 2 relatif au droit à la vie ne peut en aucun cas être entendu comme établissant un droit à la mort<sup>81</sup>. Au demeurant, une évolution du droit positif n'est pas souhaitable, car l'euthanasie n'est pas un moyen de conjuration de la souffrance, celle-ci ne concernant que les vivants. « Une personne morte n'est pas une personne non souffrante, puisqu'elle n'est théoriquement plus une personne »<sup>82</sup>. À l'épreuve des souffrances de la personne malade ou accidentée, la légalisation de l'euthanasie ou d'une forme quelconque d'assistance médicalisée pour mourir, affaiblirait la dimension thérapeutique du droit qui, en l'état actuel de la législation, se place aux côtés de la médecine en prévoyant des dispositifs destinés à soulager les personnes malades et à sauvegarder leur dignité. À partir du moment où la personne décide du moment et de la manière de terminer sa vie, c'est la volonté, accompagnée par la médecine, qui est son propre remède, la personne déterminant les circonstances portant atteinte à sa dignité. Quand bien même une pathologie serait médicalement diagnostiquée, la perspective n'est plus celle de la conjuration de la souffrance, mais un anéantissement programmé de l'être.

---

<sup>78</sup> V. LARRIBAU-TERNEYRE, « De 2005 à 2016, les lois françaises sur la fin de vie », in *Mort et droit de la santé : les limites de la volonté*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>79</sup> Conseil de l'Europe, Recommandation n° 1418 relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants, 25 juin 1999, n° 9 c.

<sup>80</sup> CEDH, 20 janv. 2011, aff. *Haas c/ Suisse*, n° 31322/07, § 51, 53, 55 et 61 ; *D.* 2011. 925, note MARTINENT, REYNIER et VIALLA.

<sup>81</sup> CEDH, 29 avr. 2002, aff. *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 39 ; *RTD civ.* 2002. 482, obs. HAUSER.

<sup>82</sup> N. AUMONIER, B. BEIGNIER, P. LETELLIER, *L'euthanasie*, *op. cit.*, p. 65.

## **Section 2 : Les moyens extraordinaires de prévention des souffrances**

**127. Acceptation de la mort.** Grâce aux progrès des techniques médicales, il est aujourd'hui possible d'enrayer la progression de pathologies autrefois fatales<sup>83</sup>. Du côté du médecin, le risque est de se croire tout-puissant<sup>84</sup> et, du côté du patient, de se persuader qu'il est possible de repousser sans fin l'ultime échéance. La mort s'est éloignée du quotidien des hommes, à tel point que la société se fait une certaine idée du bonheur, qui s'accommode mal de la mortalité<sup>85</sup>. Dans la prise en charge d'une personne malade ou accidentée, il est pourtant indispensable de s'interroger sur la pertinence de l'introduction ou de la poursuite d'un traitement nécessaire à sa survie. Lorsque la balance entre les avantages et les inconvénients est défavorable, il est préférable de s'abstenir plutôt que d'exposer le patient à d'autres souffrances. L'extraordinaire s'apprécie également dans la capacité des hommes à accepter la mort.

**128. Obstination déraisonnable.** Le législateur commande au médecin de s'abstenir de toute obstination déraisonnable. La règle est récente, puisqu'elle n'a été introduite qu'en 1995 dans le code de déontologie médicale. Auparavant, l'on parlait d'acharnement thérapeutique. Cette expression avait le mérite de dénoncer vertement les excès de la pratique mais souffrait d'un caractère vague et péjoratif qui ne permettait pas un débat sain et serein<sup>86</sup>. Au contraire, l'expression d' « obstination déraisonnable » a des vertus pédagogiques. Elle enseigne qu'il est possible de s'obstiner sur un plan thérapeutique, mais qu'il convient de s'abstenir lorsque la démarche ne présente plus de bénéfice thérapeutique ou devient excessivement risquée. Cette approche est respectueuse de la personne humaine, car l'obstination déraisonnable ne peut se faire qu'« au prix de souffrances supplémentaires »<sup>87</sup>.

**129. Actes médicaux.** L'obstination déraisonnable concerne d'abord les « actes de prévention et d'investigation »<sup>88</sup>. Il s'agit des consultations médicales, des radiographies, scanners et autres actes exploratoires. Elle concerne ensuite les actes « de traitements et de

---

<sup>83</sup> M. ABIVEN, *Une éthique pour la mort*, op. cit., p. 31.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 45. Dans ce passage sur le rôle du médecin, le docteur Abiven insiste sur la fonction « modeste » du médecin : « de même qu'il ne donne pas la vie mais se contente dans quelques cas de la rendre possible, le plus souvent de l'accoucher, de même il ne peut avoir pour fonction de donner la mort ».

<sup>85</sup> J.-F. MATTEI, J.-M. LA PIANA, « Fin de vie », préc., p. 304-305.

<sup>86</sup> P. VERSPIEREN, *Face à celui qui meurt*, op. cit., p. 25.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>88</sup> CSP, art. L. 1110-5 et L. 1110-5-1.

soins », c'est-à-dire l'ensemble des actes dont l'objet est de guérir ou de soulager les symptômes. C'est le cas, par exemple, de la chimiothérapie, de l'immunothérapie ou de la radiothérapie, que l'on utilise fréquemment dans le traitement des cancers ; des transfusions sanguines, nécessaires en cas d'hémopathies ; de l'antibiothérapie, en cas d'infection bactérienne ; de la dialyse ; de la nutrition et de l'hydratation artificielles, ou encore de la ventilation mécanique<sup>89</sup>, dont l'intérêt est de corriger les dysfonctionnements de la respiration spontanée.

Au contraire, les soins palliatifs n'entrent pas dans le champ de l'obstination déraisonnable<sup>90</sup>, car ces soins sont ce qui reste à faire en dernier lieu. Aux termes de l'article L. 1110-5-1, il est précisé qu'en cas d'arrêt des thérapeutiques poursuivies par une obstination déraisonnable, « 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 ». C'est un ensemble de moyens humains et techniques destinés à apaiser le mourant.

**130. Appréciation.** La difficulté est de déterminer le moment à partir duquel l'obstination devient déraisonnable. Le législateur a fixé des critères devant guider l'appréciation médicale. « 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 ». L'inutilité correspond à l'absence de tout bénéfice thérapeutique. Cela signifie que l'acte médical entrepris ou envisagé ne favoriserait pas la guérison ou le soulagement du malade. La disproportion suppose que cet acte présente plus d'inconvénients que de bénéfices pour le malade. Ainsi, selon les circonstances, la réanimation ne participe au maintien de la vie qu'au prix de « souffrances chaque jour renouvelées »<sup>91</sup>. Il faut enfin avoir égard aux actes médicaux qui n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie. Il peut s'agir de traitements lourds dont bénéficie une personne capable de s'exprimer, par exemple une ventilation mécanique ou une dialyse, qui sont indispensables à sa survie. Mais il peut aussi bien s'agir de traitements de substitution aux fonctions vitales prolongeant artificiellement la vie d'une personne en état pauci-relationnel ou végétatif. Dans ce dernier cas, le médecin est invité à se fonder sur des éléments médicaux et non médicaux propres à chaque situation. Selon une jurisprudence établie, les éléments médicaux, qui doivent couvrir une période suffisamment

---

<sup>89</sup> CE, ord., 8 mars 2017, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille*, n° 408146.

<sup>90</sup> A.-M. CARLIER, « Vers une globalité des soins infirmiers », préc., p. 115.

<sup>91</sup> P. VERSPIEREN, *Face à celui qui meurt*, op. cit., p. 21

longue, concernent essentiellement l'état actuel du patient, l'évolution de son état, la souffrance ressentie et le pronostic clinique. Les éléments non médicaux renvoient à la volonté exprimée par le patient<sup>92</sup>. En principe, « la seule circonstance qu'une personne soit dans un état irréversible d'inconscience ou, à plus forte raison, de perte d'autonomie la rendant tributaire d'un tel mode de suppléance des fonctions vitales ne saurait caractériser, par elle-même, une situation dans laquelle la poursuite de ce traitement apparaîtrait injustifiée au nom du refus de l'obstination déraisonnable ». Cela a été rappelé récemment dans une affaire dans laquelle un patient victime d'un accident vasculaire cérébral hémorragique s'est trouvé plongé dans un coma « profond » mais non « dépassé »<sup>93</sup>.

**131. Volonté exprimée.** Le médecin doit tenir compte de la volonté exprimée par le patient, car c'est à lui de consentir à l'intervention médicale. Sous l'empire de la loi Leonetti, il était ainsi précisé « ces actes *ne doivent pas* être poursuivis par une obstination déraisonnable »<sup>94</sup>, et que « lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils *peuvent* être suspendus ou ne pas être entrepris ». Il n'y avait pas d'incohérence textuelle<sup>95</sup>, mais le souci de prendre en considération la volonté du patient avant d'entreprendre un arrêt thérapeutique. Celui-ci était en droit d'opposer son refus à l'intention médicale d'y procéder. Cette interprétation ne laisse désormais plus de doute, puisque le législateur a reformulé ce texte en précisant que l'arrêt thérapeutique ne peut se faire que « conformément à la volonté du patient »<sup>96</sup>. Cela nous rappelle que « toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé »<sup>97</sup>. Le patient est associé à la prise de décision médicale. Par conséquent, malgré une situation d'obstination déraisonnable, le médecin peut être contraint d'agir si le patient exprime cette volonté. Néanmoins, il doit s'assurer que la personne est dotée de discernement, et que sa volonté est libre et éclairée. Le patient doit avoir été informé des risques en présence. En tant que de besoin, il peut solliciter l'avis d'un expert,

---

<sup>92</sup> CE, 24 juin 2014, n° 375081 ; *RDSS* 2014. 1101, note THOUVENIN. – CE, ord., 8 mars 2017, n° 408146 ; *RDSS* 2017. 698, note THOUVENIN ; *JCP G* 2017, n° 14, p. 666, note VIALLA.

<sup>93</sup> TA Cergy-Pontoise, réf., 18 févr. 2020, n° 2001274 ; *RJPF* 2020-5/16.

<sup>94</sup> CSP, anc. art. L. 1110-5.

<sup>95</sup> B. LEGROS, *Le droit de la mort dans les établissements de santé*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>96</sup> CSP, art. L. 1110-5-1.

<sup>97</sup> CSP, art. L. 1111-4.



psychologue ou psychiatre.

Dans le cas où le patient est hors d'état de s'exprimer, sa volonté doit être contrôlée par le médecin dans le cadre d'une procédure collégiale<sup>98</sup>. S'il a rédigé des directives anticipées, celles-ci doivent être respectées, sans quoi la responsabilité du médecin pourrait être engagée sur un plan disciplinaire voire pénal. À défaut, le témoignage de la personne de confiance doit être recueilli lorsqu'elle a été désignée et, à défaut, celui des membres de l'entourage, « en s'efforçant de dégager une position consensuelle »<sup>99</sup>. Ces témoignages servent à reconstituer la volonté de la personne. Toutefois, en l'absence de valeur contraignante, le médecin en charge du patient n'est pas tenu de les respecter<sup>100</sup>. Dans l'affaire *Vincent Lambert*, ce sont les interrogations sur sa volonté qui ont alimenté un conflit familial. En l'absence de directives anticipées et de désignation d'une personne de confiance, le risque existe d'une opposition entre les témoignages. En réaction à cette affaire, le député Olivier Falorni a porté une proposition de loi visant à hiérarchiser les témoignages des proches<sup>101</sup>. Cela mériterait d'être réfléchi, car cela est effectivement susceptible de prévenir des conflits intrafamiliaux. Mais il ne faut pas perdre de vue, d'une part, que la recherche d'un consensus, qui est actuellement de rigueur dans cette hypothèse, est certainement le moyen le plus efficace pour cerner la volonté antérieure du patient, étant par ailleurs observé que la hiérarchie familiale n'est pas nécessairement celle du cœur ; d'autre part, que l'affaire Vincent Lambert n'est pas représentative des situations d'arrêt des thérapeutiques.

**132. Mise en œuvre.** Lorsque l'obstination s'avère déraisonnable, les actes médicaux concernés « ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis ». Il y a *limitation* des thérapeutiques lorsqu'il est décidé de ne plus traiter une éventuelle complication, par exemple

---

<sup>98</sup> CSP, art. R. 4127-37-2.

<sup>99</sup> CE, ord., 8 mars 2017, n° 408146.

<sup>100</sup> TA Lyon, 9 nov. 2016, n° 1607855 ; D. 2016. 2345, obs. VIALLA et VÉRON. En l'espèce, un patient âgé de 79 ans se trouvait en état pauci-relationnel. Des membres de sa famille ont fait valoir leur désaccord concernant un éventuel arrêt des traitements de maintien artificiel en vie. Malgré ce témoignage et le peu de temps s'étant écoulé entre le moment de l'accident et la décision, le juge administratif a considéré que la décision médicale était conforme à la loi.

<sup>101</sup> AN, proposition de loi n° 2220 visant à instituer la hiérarchisation de la parole portée par la famille et les proches concernés par une décision d'arrêt des traitements d'une personne, susceptible d'entraîner le décès, présentée par O. FALORNI *et al.*, 11 sept. 2019. Ces parlementaires proposent d'insérer aux articles L. 1111-4 et L. 1111-12 CSP la hiérarchie suivante : « l'époux ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin ou, à défaut, le ou les enfants majeurs ou, à défaut, le ou les parents ou, à défaut, le ou les frères ou la ou les sœurs majeurs aient été consultés ».

sur le plan respiratoire. Alors, la décision est prise de ne pas « mettre en œuvre » le traitement concerné. Il y a *arrêt* de traitement lorsqu'il est au contraire décidé de ne pas le poursuivre, par exemple la nutrition et l'hydratation artificielles ou un dispositif de ventilation assistée. Quoiqu'il en soit, la limitation ou l'arrêt des thérapeutiques actives est réalisé dans l'intérêt de la personne malade ou accidentée. Il serait « profondément anti-humain et attentatoire à la dignité de la personne »<sup>102</sup> de s'acharner vainement, car l'on condamnerait la personne à un surcroît de souffrances<sup>103</sup>. Au demeurant, la responsabilité du médecin et de l'établissement de santé pourrait être engagée<sup>104</sup>. Procéder à une limitation ou à un arrêt des thérapeutiques ne signifie pas que l'on abandonne le patient à son sort. Dans ces circonstances, le médecin a l'obligation de sauvegarder la dignité du patient en lui dispensant des soins palliatifs.

**133. Conclusion de chapitre.** En cas de souffrance réfractaire aux traitements, le droit propose des dispositifs extraordinaires permettant au médecin d'agir efficacement pour la faire céder. L'obscurcissement de la conscience, combiné au maintien des antalgiques, est une voie privilégiée. Si le recours à la technique dans le parcours thérapeutique des malades et des personnes accidentées est de nos jours incontournable compte tenu des progrès réalisés, il convient d'éviter les excès, car cela ferait courir à la personne le risque de souffrances supplémentaires. Aussi le médecin est-il invité à ne pas s'obstiner de façon déraisonnable. Lorsque ce seuil est atteint, une limitation ou un arrêt des thérapeutiques doit être appliqué. Ces dispositifs exceptionnels de conjuration des souffrances sont respectueux du processus de mort naturelle.

**134. Conclusion de titre.** Les moyens mis par le droit au service de la conjuration des souffrances sont nombreux. Les moyens humains viennent en complément de moyens techniques rendus particulièrement efficaces grâce aux progrès de la science. Un principe de bienfaisance commande cependant de ne jamais précipiter le décès de la personne. Il n'est pas davantage permis de s'obstiner déraisonnablement sur le plan thérapeutique, car cela risquerait d'ajouter des souffrances à celles qui ont déjà été endurées. Le respect de la dignité de la

---

<sup>102</sup> A. GUILLOTIN, « La dignité du mourant », in *Mél. Ch. Bolze, op. cit.*, p. 320.

<sup>103</sup> B. LEGROS, *L'euthanasie et le droit, op. cit.*, p. 52.

<sup>104</sup> TA Nîmes, 2 juin 2009, n° 0622251 ; D. 2009. 2874, obs. CHEYNET DE BEAUPRÉ. – Décision infirmée en appel par CAA Marseille, 12 mars 2015, n° 10MA03054 ; *AJDA* 2015. 861, chron. HOGEDÉZ. En l'espèce, des médecins ont conduit des opérations de réanimation sur un enfant né en état de mort apparente. Le tribunal administratif a jugé que les médecins ne pouvaient pas ignorer les séquelles que conserverait l'enfant qui, pendant une demi-heure, a subi une anoxie cérébrale. La responsabilité du centre hospitalier a alors été retenue.

personne humaine fait figure de principe directeur en la matière. Par l'élaboration de ces dispositifs, le droit se fait auxiliaire médical. Il assiste la médecine dont la mission est de conjurer les souffrances éprouvées par les hommes. La légalisation d'une assistance médicalisée pour mourir compromettrait la vocation thérapeutique du droit, puisque l'objectif poursuivi ne serait plus l'élimination de la souffrance mais celle de l'être.

**135. Conclusion de partie.** « L'avoir mal » est la première dimension de la souffrance, cette dimension sensible que l'on peut apprécier dans son immédiateté. Le droit s'en saisit dans le droit civil de la réparation en accordant à la victime une indemnité compensatrice. Il réagit au mal déjà infligé. En principe, toutes les manifestations douloureuses sont prises en compte, qu'elles aient une origine physique ou morale. Même si l'on constate parfois que l'allocation de dommages-intérêts conserve une fonction de peine privée, l'indemnité compensatrice est généralement évaluée sur la base de ce qui a été effectivement vécu. C'est une approche subjective du préjudice de souffrance, qui aboutit à exclure l'indemnisation de ceux dont les facultés mentales ne permettent pas la mise en pensée du phénomène douloureux. Malgré cela, l'appréhension de l'avoir mal est contrariée dans le droit du dommage corporel par l'absence d'autonomie des souffrances permanentes, celle-ci étant de nature à compromettre le droit à réparation intégrale des victimes. Sur ce point, un aménagement de la nomenclature des préjudices corporels est nécessaire. En droit médical, « l'avoir mal » est saisi de manière plus active, le droit agissant directement aux côtés de la médecine contre la souffrance présentement vécue par la personne. Dans cette optique, il mobilise un ensemble de moyens humains et techniques dans le respect du processus conduisant à la mort naturelle des hommes. Sa vocation est thérapeutique. Celle-ci serait néanmoins affaiblie en cas de légalisation d'une assistance médicalisée pour mourir, dès lors que la technique ne serait plus mise au service de la conjuration de la souffrance, mais de l'anéantissement de l'être. Que ce soit dans le droit civil de la réparation ou dans le droit médical, il existe un mouvement tendant à prendre en considération le mal-être des hommes. Cet axe moderne d'appréhension de la souffrance a pris racine grâce au progrès des techniques qui ont bouleversé le quotidien des hommes. La mort ayant été mise à distance, la recherche du bien-être est devenue prioritaire.



## PARTIE 2 : L'ÊTRE MAL

**136. Être mal.** Dans toute souffrance, il y a le fait de supporter quelque chose de pénible. L'étymologie latine, *sufferentia*, renvoie à l'idée de patience, de tolérance, face à l'épreuve endurée. Ce qu'il y a de commun à toute souffrance, c'est le mal, qui, selon *Le Robert*, est ce qui cause de la douleur, de la peine, du malheur à quelqu'un. Alors que le fait d'avoir mal correspond à la douleur ressentie par la personne, qui procède de bouleversements d'ordre physiologique, affectif ou psychologique, le mal-être traduit le sentiment pénible de celui dont la vie ne suit plus un cours normal. Cette distinction, bien que s'appuyant sur une réalité tangible, n'est pas parfaitement étanche, dans la mesure où toute douleur engendre un bouleversement des conditions d'existence, tandis que le mal-être s'accompagne fréquemment de manifestations physiologiques ou psychologiques, par exemple un état d'anxiété voire d'angoisse. Selon le philosophe François Chirpaz, « toute douleur provient, certes, d'un trouble organique ou psychique, mais c'est l'intégralité de l'existence qu'elle affecte. Quand bien même ce n'est qu'une région de mon corps qui est affectée, c'est moi qui ai mal et qui souffre »<sup>1</sup>. Le mouvement inverse existe, qui est décrit en ces termes par le sociologue et anthropologue David le Breton : « le sujet souffre dans sa vie et [...] utilise sa douleur comme le seul médiateur susceptible pour faire reconnaître son existence aux autres et maintenir pour lui-même une identité qui, sinon, n'aurait plus de sens »<sup>2</sup>. Il y a un langage du corps permettant de signifier les perturbations existentielles souffertes. Cela nous enseigne que « le tout est plus que la somme de ses parties, le corps qui donne visage à l'homme et enracine sa présence n'est pas une collection d'organes. De même l'homme est quelque chose de plus que son corps »<sup>3</sup>.

Malgré ces liens qui les unissent, l'avoir mal et l'être mal sont des réalités distinctes, qui ne partagent pas la même nature. L'avoir mal présente un *aspect passager*. Il est vrai que la

---

<sup>1</sup> F. CHIRPAZ, « Pâtir et interpréter la vie », in *La douleur et la souffrance*, C. PERROTIN, M. DEMAISON (dir.), Les Éditions du Cerf, 2002, p. 79. – Voir, dans le même sens, D. LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité*, PUF, coll. Quadrige, 7<sup>e</sup> éd., 2013, p. 151. Selon l'anthropologue, « une douleur tenace, la fatigue, la maladie, un membre cassé par exemple, restreignent le champ d'action de l'homme et introduisent le sentiment pénible d'une dualité qui rompt l'unité de la présence : l'individu se sent captif d'un corps qui l'abandonne ».

<sup>2</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité*, *op. cit.*, p. 195.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 267.

souffrance, même chronique, se vit dans son « actualité »<sup>4</sup> et laisse une « trace »<sup>5</sup>, une empreinte. Quand bien même elle s'inscrit dans le temps, la souffrance « connaît des intensités variables allant du pointillé distillant ses effets pénibles et altérant le plein épanouissement de la vie quotidienne, à la continuité d'une douleur qui paralyse la plupart des activités sans le réconfort d'une issue prochaine »<sup>6</sup>. « L'avoir mal » se vit dans une instantanéité. À cet aspect passager s'oppose l'état de mal-être. Nous ne sommes plus dans l'actualité mais dans une « position d'existence »<sup>7</sup> qui se trouve nécessairement bousculée par des circonstances malheureuses. L'existence connaît une situation de crise, plus ou moins marquée, car la souffrance liée à un événement indésirable a placé entre le monde et la personne un « écran »<sup>8</sup>. Selon la philosophe Catherine Perrotin, « souffrir, c'est avoir mal et supporter »<sup>9</sup>. Le mal-être consiste à supporter un mal et, partant, se résoudre à ce que notre vie ne soit pas celle que l'on avait pensée ou qui se dessinait : « En pensant à tous les paysages indifférents qui allaient s'illuminer et qui, la veille encore, ne m'eussent rempli que du désir de les visiter, je ne pus retenir un sanglot »<sup>10</sup>. Celui qui connaît un mal-être ne peut mener une vie habituelle car le voilà « dans l'impossibilité de la jouissance de la vie »<sup>11</sup>. En effet, la souffrance « modifie ses comportements, transforme ses relations avec le réel, corrompt sa propre image idéalisée et déstructure son environnement culturel. La souffrance établit le sujet dans une existence menacée, dont l'avenir défie simultanément son savoir, son vouloir et son pouvoir »<sup>12</sup>.

**137. Rejet social du mal-être.** Le droit ne s'est préoccupé du mal-être que récemment. Il y a lieu de penser que ce sentiment participait autrefois d'une certaine fatalité dont il fallait bien s'accommoder. Depuis peu, dans nos sociétés occidentales, la recherche du bien-être et,

---

<sup>4</sup> C. PERROTIN, « Perspective », in *La douleur et la souffrance*, op. cit., p. 18.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie de la douleur*, éd. Métailié, 2006, p. 29.

<sup>7</sup> C. PERROTIN, « Perspective », in *La douleur et la souffrance*, op. cit., p. 18.

<sup>8</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie de la douleur*, op. cit., p. 30. – Voir aussi C. THOMAS, *Souffrir*, éd. Payot & Rivages, coll. Rivages poche, 2004, p. 19. L'auteur évoque un « écran de ténèbres que l'extrême souffrance interpose entre le monde et nous, entre le désir de vivre et nous, [qui] est peut-être encore plus dur à supporter en restant dans le monde, en ne changeant rien à nos habitudes ».

<sup>9</sup> C. PERROTIN, « Perspective », in *La douleur et la souffrance*, op. cit., p. 19.

<sup>10</sup> M. PROUST, *À la recherche du temps perdu*, t. III, éd. Gallimard, coll. Bibliothèque de la pléiade, 1988, p. 512.

<sup>11</sup> P. GIRE, « Douleur et philosophie », in *La douleur et la souffrance*, op. cit., p. 73.

<sup>12</sup> *Ibid.*

partant, d'une certaine qualité de vie, s'est développée. Le XXe siècle en a été le théâtre. Le préambule de la Constitution de 1946 illustre assez bien ce mouvement en indiquant que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs [...] ». Notre société aspire à bien vivre, ce qui implique d'avoir la santé et le sentiment d'être en sécurité, de pouvoir vivre ensemble, d'être en mesure de s'épanouir dans le travail et par l'accès aux loisirs, enfin d'avoir un confort de vie en accédant à des installations et équipements adéquats. Ce changement trouve certainement sa cause dans les nouvelles « conditions sociales d'existence »<sup>13</sup>, qui ont précarisé « l'enracinement anthropologique »<sup>14</sup> de l'homme occidental. Dans ce monde où la célérité est devenue la norme, l'homme moderne, soucieux de s'épargner les troubles physiologiques et psychologiques pouvant en résulter, manifeste une « préoccupation croissante pour la santé et la prévention [...] », afin de « restaurer un équilibre rompu, ou délicat à maintenir [...] »<sup>15</sup>. Prenant conscience de ces nouvelles aspirations, des chercheurs ont souhaité repenser l'économie ou le travail par le bonheur<sup>16</sup>. En outre, le fait que cette préoccupation soit commune à de nombreuses Nations a justifié la reconnaissance d'une journée mondiale du bonheur par l'assemblée générale des Nations Unies<sup>17</sup>. Cela est révélateur d'une quête partagée de bien-être.

Dans ce contexte, la prise en considération du mal-être injustement subi s'imposait. En effet, la qualité de vie est devenue, d'une certaine façon, un bien de l'âme dont il convenait d'assurer la protection. Plus encore, il est apparu nécessaire de prévoir des dispositifs destinés à la favoriser, de telle manière que chacun puisse accéder à une existence considérée comme normale. À l'épreuve de la vie (**Titre 1**) et de la mort (**Titre 2**), la personne éprouvant un mal-être peut ainsi espérer obtenir un réconfort.

---

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> G. FERRÉOL, « Qu'entend-on par bien-être ? Un éclairage socio-économique », *Jurisport* 2015, n° 151, p. 31.

<sup>17</sup> Ass. gén., rés. n° 66/281 du 28 juin 2012.





# **TITRE 1 : L'ÊTRE MAL ET LA VIE**

**138. Expérience.** Le mal-être est fréquemment subi à la suite d'une atteinte à l'intégrité physique ou morale, car cette situation crée des déséquilibres physiologiques et psychologiques et suscite des douleurs venant parasiter le cours normal de la vie. À ces pertes s'ajoute alors une perturbation existentielle. Si l'atteinte à l'intégrité de la personne, qui la frappe dans son intimité et parfois dans sa capacité d'agir, est en soi bouleversante, il nous faut bien voir que la douleur qui en découle « n'écrase pas le corps, elle écrase l'individu, elle brise l'écoulement de la vie quotidienne et transforme la relation aux autres »<sup>1</sup>. La sensibilité bousculée fait naître une profusion de sentiments, une plainte, ayant pour conséquence une rupture dans la continuité du temps. Le philosophe Jean-Philippe Pierron évoque de manière générale « le retentissement du fait biologique dans l'évènement biographique »<sup>2</sup>, la « reconfiguration »<sup>3</sup> de son histoire. Selon le parcours de vie de la personne blessée, le retentissement est plus ou moins significatif. L'expérience du mal-être se vit dans la singularité d'une histoire. L'âge, la position sociale et professionnelle, la culture, les habitudes que l'on s'est forgées, sont à prendre en compte au moment de mesurer le bouleversement existentiel souffert.

Le fait d'avoir mal provoque un état de mal-être, celui-ci ayant pour effet de mettre la personne à l'écart du monde, dans une situation d'anormalité, la douleur étant par nature incommunicable. Pourtant, d'autres circonstances sont susceptibles de la placer dans un tel état. En effet, le mal-être correspond à cet « état d'étrangeté face au corps, face à soi et face aux autres »<sup>4</sup>. La mise à l'écart peut aussi bien survenir par la distance qui sépare la personne des valeurs communément partagées dans une société. Ainsi par « la naissance, les conditions familiales, les événements vécus »<sup>5</sup>. L'éloignement des valeurs et repères communs est de nature à alimenter ce sentiment d'étrangeté.

**139. Injuste épreuve.** À l'épreuve de la vie, la personne peut en de nombreuses circonstances se trouver, injustement et contre son gré, confrontée à un état de mal-être. Cette

---

<sup>1</sup> D. LE BRETON, « Douleur et sens : les modulations de la souffrance », *Douleurs*, 2010, n° 11, p. 178.

<sup>2</sup> J.-P. PIERRON, « Douleur, souffrance et mal », *Méd. palliat.*, 2009, n° 8, p. 40.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> A. RODRIGUEZ, « La souffrance. Effondrement et refondation des valeurs », *Éth. & Santé* 2004, n° 1, p. 65.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 67.

existence diminuée est aujourd'hui considérée comme préjudiciable, du fait qu'il a été porté atteinte au patrimoine moral de la personne. En raison de la perte subie, la réparation de l'entier préjudice est attendue. Il est alors question d'un être mal imputable (**Chapitre 1**).

**140. Fatalité.** À défaut, une certaine fatalité s'impose, la personne devant assumer les épreuves, aussi écrasantes soient-elles. Alors que le mal-être n'est en principe pas imputable, le droit semble de nos jours attentif à ces situations en tant qu'elles suscitent l'exclusion et portent en elles le risque d'une mise en péril de la cohésion sociale. Il apporte des réponses destinées à favoriser le bien-être de ceux qui en souffrent (**Chapitre 2**).

## **Chapitre 1 : L'être mal imputable**

**141. Subjectivité du mal-être.** Le mal-être injustement supporté par une personne présente une grande subjectivité, car son ampleur dépend moins de la gravité du fait générateur à l'origine du dommage que de ce qui a été vécu par la personne. Le positionnement personnel, social et professionnel, qui s'est construit au fil du temps, est bousculé par le fait dommageable. La personne éprouve « la frustration des espérances liées au déroulement "normal" d'une existence d'homme ou de femme »<sup>1</sup>. Nous comprenons alors que, pour une même atteinte à l'intégrité physique ou morale, la perte peut être sensiblement différente, étant observé que, dans notre société, « les désirs se multiplient presque à l'infini »<sup>2</sup>. Admettre l'indemnisation du mal-être des victimes reviendrait à adopter une approche subjective du préjudice de souffrance, impliquant de s'intéresser au parcours de vie de chacun. Au contraire, s'agissant du seul fait d'avoir mal, une approche objective est possible, dès lors qu'il est principalement affaire de manifestations physiologiques, qui elles-mêmes dépendent de l'importance et de la gravité du fait générateur. Si les hommes ne sont pas tout à fait égaux face aux manifestations douloureuses, chacun ayant son histoire, son vécu, sa propre expérience, les mécanismes à l'œuvre sont les mêmes pour tous les hommes, qui gouvernent la sensibilité. Aussi, une approche objective du préjudice de souffrance, qui consisterait à n'indemniser que ce que n'importe qui ressentirait face à une même situation dommageable, conduirait certainement à exclure la réparation du mal-être.

**142. Compensation.** Au cours du XX<sup>ème</sup> siècle, la jurisprudence a reconnu l'indemnisation de troubles dans les conditions d'existence. Les atteintes à l'esthétique, aux agréments de la vie, à la sphère sexuelle plus récemment, ont été prises en considération. Il s'agit de « préjudices dérivés »<sup>3</sup>, car la rupture existentielle résulte de l'atteinte au corps ou à l'âme et des douleurs y associées. À la multiplicité des désirs et des espérances de l'homme répond la diversité des préjudices d'ordre existentiel reconnus depuis le siècle dernier. Au mal-être injustement causé à la personne, l'indemnisation est devenue le remède. Œuvre de justice corrective, elle permet à la victime de compenser la perte subie par le moyen qu'elle juge à propos. L'indemnisation pèse généralement sur le responsable ou l'assureur de responsabilité

---

<sup>1</sup> A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 3<sup>e</sup> éd., 2018, n° 105.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

civile. Seulement, l'insolvabilité et le défaut d'assurance font courir le risque à la victime de ne pas recevoir l'indemnité. Œuvre de justice distributive, la mise en place de fonds d'indemnisation y répond, en faisant peser le risque sur la collectivité. Cela permet, par exemple, aux victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions<sup>4</sup>, à celles d'accidents de la circulation<sup>5</sup>, ou de l'amiante<sup>6</sup>, d'obtenir réparation. De cette manière, la perte de qualité de vie, qui résulte d'une atteinte à l'intégrité physique (**Section 1**) ou morale (**Section 2**), est compensée en toute hypothèse.

## **Section 1 : La perte de qualité de vie résultant d'une atteinte à l'intégrité physique**

**143.** L'atteinte à l'intégrité physique de la personne blesse l'intimité corporelle, génère des douleurs mais aussi une perte de qualité de vie. En raison des liens d'attachement qui se sont tissés, une perte semblable peut être observée dans le cas où une personne chère est atteinte dans son intégrité physique. Ces deux situations seront vues successivement. L'atteinte à sa propre intégrité physique, d'abord (**§ 1**) ; à l'intégrité physique d'une personne chère, ensuite (**§ 2**).

### **§ 1. L'atteinte à l'intégrité physique de sa personne**

**144. Pertes existentielles.** La victime principale d'un dommage corporel a le droit d'être indemnisée en cas de bouleversements dans ses conditions d'existence. C'est le cas, notamment, lorsqu'elle subit des pertes au niveau de son apparence (**I**), de ses loisirs (**II**) et de sa sexualité (**III**). Il nous faudra également mentionner d'autres atteintes à la qualité de vie (**IV**).

---

<sup>4</sup> L. n° 90-689, 6 juill. 1990, *JO* 11 juill.

<sup>5</sup> L. n° 51-1508, 31 déc. 1951, *JO* 1<sup>er</sup> janv.

<sup>6</sup> L. n° 2000-1257, 23 déc. 2000, *JO* 24 déc.

## **I. La dégradation de l'apparence**

**145. *Aistheticos*.** L'esthétique peut se définir comme étant ce « qui a rapport au sentiment du beau »<sup>7</sup>. Le terme, qui vient du grec *aistheticos*, c'est-à-dire « sentir », a été créé au XVIII<sup>e</sup> siècle par le philosophe allemand Baumgarten<sup>8</sup>. C'est par la perception de ce qui nous environne que se manifeste l'esthétique. Tous les sens sont ainsi sollicités.

**146. Le beau dans le monde occidental.** Notre société contemporaine manifeste une attirance pour le beau. Il est important, de nos jours, que l'apparence aussi bien que l'odeur et la voix des personnes soient agréables pour les autres, car cela joue un rôle social et intégrateur de premier rang. Ainsi, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, alors qu'il « existait une véritable "puanteur du pauvre" », les personnes ont eu le souci de sentir bon<sup>9</sup>. D'après le philosophe Jean-Baptiste Prévost, la beauté de la personne a désormais une incidence « sociale, économique, sexuelle et matrimoniale »<sup>10</sup>, en raison d'une fascination collective pour le beau<sup>11</sup>. L'image que l'on renvoie de soi a en effet des conséquences sur nos relations, sur la possibilité d'être embauché et d'obtenir un certain niveau de rémunération<sup>12</sup>, enfin sur notre vie sentimentale<sup>13</sup>. Plus l'image est détériorée au regard de ce qui est admis socialement, plus on court le risque de l'exclusion. Un mal-être peut alors sourdre « chez celui qui est affligé de cette "non-conformité" aux règles de l'esthétique corporelle »<sup>14</sup>. Aussi comprend-on que l'image participe de notre identité et influence sensiblement notre personnalité. Un auteur faisait remarquer à ce propos qu'« il existe une "fonction esthétique" ayant un rôle essentiel dans l'identité, la personnalité de chacun

---

<sup>7</sup> Dictionnaire Quillet de la langue française, 1961, V<sup>o</sup> Esthétique, p. 677.

<sup>8</sup> J.-B. PRÉVOST, « Du peuplement des miroirs », *Gaz. Pal.* 22 juin 2013.

<sup>9</sup> P. ROBERTIERE, « L'esthétique de l'odeur », *Gaz. Pal.* 22 juin 2013.

<sup>10</sup> J.-B. PRÉVOST, « Du peuplement des miroirs », préc.

<sup>11</sup> M. GUIDONI, *Le préjudice esthétique*, Th. Paris 1, 1977, p. 3-4. L'auteur admettait déjà à l'époque qu'« une échelle de valeurs s'est instaurée, qui incite à aller au-devant d'un visage harmonieux, à se détourner de la disgrâce physique ».

<sup>12</sup> J.-B. PRÉVOST, « Du peuplement des miroirs », préc. L'auteur rapporte l'existence d'une étude américaine d'après laquelle les salariés au physique avantageux auraient une rémunération supérieure de plus de 15% à celle dont bénéficient ceux qui ont un physique « en-dessous de la moyenne ».

<sup>13</sup> D. S. HAMERMESH et J. E. BIDDLE, « *Beauty and the labor market* », *American Economic Review*, 84, 5, 1994, p. 1174-1194.

<sup>14</sup> M. GUIDONI, *Le préjudice esthétique*, *op. cit.*, p. 4.

et dans ses relations avec autrui et son environnement »<sup>15</sup>. Nous prenons conscience de ce phénomène par la place grandissante qu'occupe le beau dans la publicité, dans les magazines de mode et les films grand public, à tel point que l'on peut parler d'une « tyrannie de l'apparence »<sup>16</sup>.

**147. Reconnaissance d'un préjudice.** Le fait d'être victime d'une atteinte à son apparence est de nature à ouvrir droit à réparation. Ce préjudice, qualifié « d'esthétique », a été reconnu au lendemain de la Première Guerre mondiale, cependant que la France se trouvait confrontée au retour de ses nombreux mutilés de la face. Une loi du 31 mars 1919 a reconnu leur préjudice et prévu un droit à pension. Cependant, ce droit n'était reconnu par décret qu'en cas de gêne fonctionnelle<sup>17</sup>. Un décret du 28 février 1925 a écarté cette condition et reconnu le préjudice esthétique en toute hypothèse<sup>18</sup>. Il définit la « défiguration » comme étant « une altération de la face qui retire au visage sa figure normale ». Ce système, dont on doit la paternité à Charles-Louis Valentino<sup>19</sup>, a été adopté une nouvelle fois pour les dommages subis par les blessés de guerre lors de la Seconde Guerre mondiale dans le cadre de l'ordonnance du 3 mars 1945. Mais il n'a été reconnu comme préjudice de droit commun que par la loi du 27 décembre 1973 relative à l'étendue de l'action récursoire des caisses de sécurité sociale en cas d'accident occasionné à un assuré social par un tiers<sup>20</sup>. Il a alors été inséré dans le Code de la sécurité sociale une disposition prévoyant que la caisse n'est pas admise à poursuivre le remboursement des prestations mises à sa charge sur la part correspondant au préjudice esthétique. C'était en reconnaître l'autonomie.

Avant ces consécutions législatives, nos juridictions ont eu l'occasion d'en prononcer la réparation. Ce fut d'abord le cas dans des hypothèses dans lesquelles des femmes ont recouru aux services de la chirurgie plastique. C'est le cas d'une dame d'un certain âge qui ne supportait plus les plis de sa peau et les déformations de sa poitrine que l'âge avait provoqués. Elle s'est alors soumise à un traitement expérimental qui a eu des effets désastreux. La juridiction lyonnaise saisie de l'affaire a pu relever que « [...] le praticien n'a fait qu'ajouter aux

---

<sup>15</sup> G. MOR, *Évaluation du préjudice corporel*, Dalloz, coll. Delmas, 2<sup>e</sup> éd., 2014, p. 499.

<sup>16</sup> J.-B. PRÉVOST, « Du peuplement des miroirs », préc.

<sup>17</sup> Décr., 29 mai 1919, *JO* 13 juin.

<sup>18</sup> Décr., 28 février 1925, *JO* 5 mars.

<sup>19</sup> C.-L. VALENTINO, *Accidents du travail et blessures de guerre*, th. Bordeaux, 1917.

<sup>20</sup> L., 27 déc. 1973, *JO* 30 déc.

flétrissures de l'âge des cicatrices et des gaufrures d'un répugnant effet », ajoutant que « si, dans l'humble condition de sa vie, la femme R. trouvait de plus graves soucis que les seules préoccupations d'ordre esthétique auxquelles répond le docteur P. par la séduisante promesse d'une « poitrine triomphante sous l'éclat des lumières », rien cependant ne saurait justifier cette aggravation inutile des déchéances laissées par l'âge et d'autres souffrances antérieurement subies »<sup>21</sup>. Une indemnité de 500 francs lui fut alors allouée. Le juge administratif a également admis la réparation du préjudice esthétique, mais la reconnaissance a été plus tardive et l'indemnisation limitée dans un premier temps aux seules atteintes présentant une gravité suffisante<sup>22</sup>. Ainsi a-t-il refusé de dédommager une personne ayant présenté une légère cicatrice au sourcil, considérant que le préjudice n'était pas significatif<sup>23</sup>. Puis il s'est montré plus libéral en ne conditionnant plus sa réparation en fonction de la gravité de l'atteinte, puisqu'un préjudice esthétique très léger suffit à ouvrir droit à indemnité<sup>24</sup>.

**148. Approche subjective du préjudice de souffrance.** Cette reconnaissance du préjudice esthétique présente un aspect fondateur, car elle consacre une approche subjective du préjudice de souffrance. Une approche objective y aurait certainement fait obstacle, du fait qu'elle implique d'indemniser ce que n'importe qui ressentirait en pareille circonstance. De ce point de vue, la douleur peut être communément partagée en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle ou psychique de la personne. Elle est du reste aisément constatable du fait des manifestations physiologiques qu'elle implique généralement : réactions nociceptives en cas de douleur physique, chagrin, crainte, effroi, hyperactivité neurovégétative en cas de douleur morale. Il en va autrement lorsque l'on s'intéresse au mal-être, car une même atteinte à l'intégrité physique peut affecter très différemment l'existence des personnes qui y sont confrontées. Ce préjudice, que nous pouvons qualifier d'existential, « se distingue théoriquement du préjudice biologique en ce qu'il ne requiert pas une lésion à l'intégrité physique ou psychologique de la personne qui soit attestée par le corps médical »<sup>25</sup>. La subjectivité est totale, puisque le préjudice dépend avant tout des choix de vie effectués par la personne. En admettant la réparation du préjudice esthétique, il était inévitable que d'autres

---

<sup>21</sup> Lyon, 27 juin 1913, *D.* 1914. II. 73.

<sup>22</sup> CE, 12 avr. 1930, *Perset et Perret* ; Lebon 1930, p. 479. – CE, 11 juill. 1947, *Salgues* ; Lebon 1947, p. 315.

<sup>23</sup> CE, 25 juin 1965, *Peyre*, n° 58465, n° 60737 ; Lebon 1965, p. 388 ; *AJDA* 1966, p. 44, chron. PUISSOCHET et LECAT.

<sup>24</sup> CAA Nancy, 19 mars 1998, *Dpt Meurthe-et-Moselle*, n° 94NC01529 et n° 96NC01660.

<sup>25</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le dommage existentiel », *D.* 2010. 2376.

préjudices existentiels seraient reconnus, car les frustrations de la personne sont potentiellement innombrables.

**149. Définition du préjudice esthétique.** Le préjudice esthétique peut se définir comme l'ensemble des conséquences liées à l'altération de l'apparence de la personne. Ce n'est pas l'atteinte en elle-même qui est préjudiciable, mais le fait d'en avoir conscience et d'être contraint, le cas échéant, de la révéler aux autres<sup>26</sup>. S'il n'y a pas de conscience, il ne peut pas y avoir de préjudice<sup>27</sup>. Au contraire, lorsque la personne constate « l'atteinte portée à [son] harmonie physique »<sup>28</sup>, la réparation est due, qui sera d'autant plus importante que les contacts sociaux sont fréquents. Dans le cas des grands brûlés, le bouleversement identitaire est majeur puisque la personne est méconnaissable pour elle-même et pour les autres. Son corps n'est plus le même, et il lui faut faire le deuil de son ancienne apparence<sup>29</sup>. Cela étant dit, les répercussions morales induites par l'atteinte à l'apparence varient grandement, pour une même cicatrice, d'une personne à l'autre, « en raison de l'état psychologique de l'individu »<sup>30</sup>. On doit alors tenir compte, pour bien les saisir, du vécu de la personne, de son histoire.

**150. Préjudice esthétique avant consolidation.** La nomenclature Dintilhac réserve deux postes de préjudice destinés à la réparation du préjudice esthétique. Le premier est le préjudice esthétique temporaire (PET), qui est présenté comme un poste permettant « la réparation des atteintes physiques subies par la victime, voire une altération de son apparence physique, certes temporaire, mais aux conséquences personnelles très préjudiciables, liée à la nécessité de se présenter dans un état physique altéré au regard des tiers »<sup>31</sup>, le rapport Dintilhac visant spécialement « les grands brûlés ou les traumatisés de la face »<sup>32</sup>. Cela appelle quelques précisions. D'abord, il convient de souligner que ce poste ne concerne que la période correspondant à la maladie traumatique, c'est-à-dire la phase au cours de laquelle les modifications de l'apparence de la personne sont les plus marquées. En effet, le corps réagit

---

<sup>26</sup> C. BERNFELD, « Fiche pratique XIV : Le préjudice esthétique temporaire », *Gaz. Pal.* 31 janv. 2009, p. 42.

<sup>27</sup> Paris, 22 janv. 1966 ; *Gaz. Pal.* 1966. I. 295.

<sup>28</sup> P. LE TOURNEAU (dir.), *Dalloz Action, Droit de la responsabilité et des contrats*, 2014, n° 1587.

<sup>29</sup> V. NAKACHE, B. PEREZ, « Le préjudice esthétique des brûlés », *Gaz. Pal.* 22 juin 2013.

<sup>30</sup> J.-C. BICHET, « La cicatrice cutanée : du traumatisme à la cicatrisation », *Gaz. Pal.* 22 juin 2013.

<sup>31</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, juill. 2005, p. 38.

<sup>32</sup> *Ibid.*



vivement aux atteintes qui lui sont portées, dans le but de restaurer toutes ses fonctions. On distingue classiquement cinq phases de cicatrisation : « la réponse vasculaire, la coagulation, l'inflammation, la prolifération, et le remodelage tissulaire »<sup>33</sup>, la durée variant nettement selon la couleur de peau – plus la peau est claire, plus la cicatrisation est lente – et le type d'atteinte. Du fait de cette réaction, les atteintes sont d'autant plus visibles que la couleur de peau est plus foncée et que l'aspect cutané trahit le processus en cours. Ensuite, il convient de noter que ce poste ne vise pas simplement à compenser les atteintes portées à l'esthétique des grands brûlés et des traumatisés de la face. Si la définition les mentionne, ce n'est qu'à titre d'exemple, et il faut bien admettre que des atteintes de moindre importance puissent faire l'objet d'une indemnisation<sup>34</sup>. Enfin, nous remarquons que ce poste de préjudice permet de compenser les « conséquences personnelles » résultant de « l'altération de son apparence physique » pendant la période ante-consolidation. La formule est large, car l'apparence désigne tout ce qui est visible chez une personne : cela ne renvoie donc pas seulement aux balafres consécutives au dommage corporel, mais aussi aux tics<sup>35</sup>, aux claudications<sup>36</sup> et autres difficultés liées à la marche, ou à l'utilisation d'appareillages comme un fauteuil roulant<sup>37</sup>. Toutefois, certaines disgrâces sont localisées de telle façon qu'elles ne peuvent être vues qu'en entrant dans l'intimité de la personne. Alors, il y a lieu de se demander s'il faut les réparer. La jurisprudence y semble favorable, dès lors que « le préjudice esthétique ne se limite pas aux parties du corps laissées à la vue des tiers, mais peut s'étendre également à celles qui ne sont dévoilées que dans l'intimité »<sup>38</sup>. Cela a néanmoins une incidence sur le *quantum* de la réparation, qui est nécessairement plus modique. Il est à noter par ailleurs que certaines techniques chirurgicales, comme le recours à des plaques ou des broches, altèrent significativement l'apparence physique de la personne et causent un préjudice esthétique très important<sup>39</sup>. Les périodes de réanimation

---

<sup>33</sup> J.-C. BICHET, « La cicatrice cutanée : du traumatisme à la cicatrisation », préc.

<sup>34</sup> C. BERNFELD, « Fiche pratique XIV : Le préjudice esthétique temporaire », préc., p. 42.

<sup>35</sup> Chambéry, 19 juin 2014, *JurisData* n° 2014-014121.

<sup>36</sup> Basse-Terre, 3 févr. 2014, n° RG 09/01122. Indemnisation d'un PET constitué « par les cicatrices, les pansements, la marche avec des béquilles et la claudication ».

<sup>37</sup> Pour d'autres appareillages, voir Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 avr. 2011, n° 10-10.212 (matériel nécessaire à la réalisation d'une oxygénothérapie). – Basse-Terre, 8 sept. 2014, *JurisData* n° 2014-030089 (appareils de réanimation et matériel d'ostéosynthèse).

<sup>38</sup> TGI Gaillac, 4 nov. 1958 ; *Gaz. Pal.* 1959, juillet-août, som. 5. – Voir également Poitiers, 15 févr. 2017, *JurisData* n° 2017-017706 (pansements sur des parties du corps autres que le visage).

<sup>39</sup> D. ARCADIO, « Préjudice esthétique : une photographie vaut mille mots », *Gaz. Pal.* 22 juin 2013.

sont également très préjudiciables d'un point de vue esthétique en raison du recours à une « machinerie de tuyaux et de pompes »<sup>40</sup>. Nous faisons ainsi le constat que l'atteinte peut être portée directement au corps, ou indirectement par le biais d'outillages. Au reste, la Cour de cassation fait de la notion d'apparence une interprétation extensive puisqu'elle a admis la réparation, au titre du PET, d'un bégaiement temporaire<sup>41</sup>. La prise en compte de la voix comme source d'un préjudice esthétique signifie que l'on va au-delà de la seule apparence physique. Une odeur repoussante peut aussi être prise en considération. Un auteur faisait observer que « dès 1347, lors de l'épidémie de la peste noire, l'odeur spécifique, qui se dégageait des malades permettait de poser le diagnostic »<sup>42</sup>. C'est dire que les bouleversements corporels liés à la maladie ou à l'accident sont susceptibles de dégager des odeurs particulières. Une peau brûlée, une plaie béante ou un dérèglement intestinal diffusent des odeurs méphitiques qui mettent la personne face à son anormalité corporelle et participent à son exclusion du groupe. Une victime a ainsi été indemnisée du fait que sa nécrose dégageait une odeur fétide<sup>43</sup>. La réparation s'impose du fait que cela est dépourvu de toute beauté.

**151. Préjudice esthétique après consolidation.** Concernant le préjudice esthétique permanent (PEP), il est présenté dans le rapport Dintilhac comme un poste destiné « à réparer les atteintes physiques et plus généralement les éléments de nature à altérer l'apparence physique de la victime notamment comme le fait de devoir se présenter avec une cicatrice permanente sur le visage »<sup>44</sup>. Après consolidation, la victime qui souffre d'atteintes portées à son esthétique peut demander réparation à ce titre. Il s'agit de disgrâces portées directement à son esthétique ou indirectement par le biais d'appareillages. Si la définition n'envisage que l'altération de l'apparence physique, une approche extensive de ce poste, qui intégrerait les déformations de la voix et la propagation d'odeurs corporelles nauséabondes, peut être retenue. Ainsi, l'ablation d'une corde vocale par un chirurgien qui n'a pas recueilli, avant l'opération, le consentement éclairé du patient, occasionne à celui-ci un préjudice esthétique consistant « [...] dans les modifications de sa voix, élément de sa personnalité »<sup>45</sup>. De même, une

---

<sup>40</sup> M.-C. LAGRANGE, JCI Civil Code, art. 1240 à 1245-17, fasc. 202-20, n° 94.

<sup>41</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 nov. 2012, n° 11-25.661.

<sup>42</sup> P. ROBERTIERE, « L'esthétique de l'odeur », préc.

<sup>43</sup> Paris, 21 déc. 2007, n° RG 05/14329.

<sup>44</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, préc., p. 40.

<sup>45</sup> Paris, 17 juin 2005, *JurisData* n° 2005-274504.

respiration bruyante est considérée comme préjudiciable<sup>46</sup>. Par ailleurs, le fait de devoir porter définitivement des garnitures de recueil d'urines provoque des odeurs désagréables devant être prises en compte dans le cadre du PEP<sup>47</sup>.

**152. Distinction entre ces postes de préjudice.** Ces deux postes doivent être soigneusement distingués car s'ils appréhendent chacun des bouleversements liés à l'esthétique, les périodes cernées ne sont pas les mêmes. Cela a une incidence sur le préjudice qui est censé être beaucoup plus important durant la période ante-consolidation. Un auteur relève ainsi que « [...] les premiers soins et les lésions immédiates pla[cent] la victime dans une situation plus disgracieuse que par la suite »<sup>48</sup>. Or, en pratique, le PET est « curieusement omis de toute indemnisation au titre de la maladie traumatique où il est pourtant présent, notamment chez les grands brûlés ou les traumatisés de la face »<sup>49</sup>. La Cour de cassation impose pourtant cette distinction, au motif que « le préjudice esthétique temporaire est un préjudice distinct du préjudice esthétique permanent et qui doit être évalué en considération de son existence avant consolidation de l'état de la victime »<sup>50</sup>. Ainsi a-t-elle reproché à une cour d'appel de n'avoir pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en n'indemnisant, comme l'y invitait le rapport d'expertise, qu'un PEP, alors qu'il ressortait de ce rapport que l'expert « avait, pour l'évaluer, tenu compte de l'existence de cicatrices opératoires et de la déformation de l'extrémité inférieure de l'avant-bras gauche, ce dont il résultait que dès avant la consolidation de ses blessures, M. X... présentait une altération de son apparence physique »<sup>51</sup>. De même, encourt la cassation la cour d'appel qui n'a indemnisé qu'un PEP, décrit par l'expert comme « se confond[ant] intégralement avec le préjudice esthétique temporaire », alors que « le préjudice esthétique temporaire est un préjudice distinct du préjudice esthétique permanent, et qu'il ressortait de ses propres constatations l'existence d'une altération de l'apparence de la victime avant la date de la consolidation de son état de santé »<sup>52</sup>. L'on ne peut, en effet, ne réparer que l'un des deux postes de préjudice esthétique, sous prétexte que les atteintes sont

---

<sup>46</sup> Paris, 6 nov. 2014, n° RG 13/21606.

<sup>47</sup> Riom, 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° RG 16/00251.

<sup>48</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, préf. J.-P. DINTILHAC, éd. LexisNexis, 20<sup>e</sup> éd., 2015, n° 164.

<sup>49</sup> C. BERNFELD, « Fiche pratique XIV : Le préjudice esthétique temporaire », préc.

<sup>50</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 mai 2014, n° 13-16.204 ; *Gaz. Pal.* 7 juin 2014, note BERNFELD.

<sup>51</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 avr. 2017, n° 16-17.127.

<sup>52</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 mars 2019, n° 17-25.855.

semblables, car c'est méconnaître le principe de la réparation intégrale sans perte ni profit.

**153. Préjudice autonome.** Le préjudice esthétique est un préjudice totalement autonome, aussi bien pendant la période *ante* que *post*-consolidation, ce qui n'est le cas ni des souffrances endurées, ni du préjudice d'agrément qui, pour l'une ou l'autre de ces périodes, sont indemnisés de manière confondue avec d'autres préjudices. Cette autonomie doit être scrupuleusement respectée et la Cour de cassation veille à ce que le préjudice esthétique ne soit pas réparé dans d'autres postes que ceux qui y sont consacrés. Elle a ainsi cassé et annulé un arrêt d'appel qui a rejeté une demande en réparation du préjudice esthétique temporaire au motif que ce préjudice était déjà indemnisé au sein du poste consacré aux souffrances endurées, ce poste permettant d'accueillir toutes les souffrances d'origine physique et morale, en ce compris la perte identitaire soufferte par la personne défigurée. Seulement, ce poste ne vise pas à indemniser le mal-être de la personne, mais les douleurs physiques ou morales impliquant une atteinte à la sensibilité. Logiquement, les magistrats de la Haute juridiction ont affirmé qu'il y avait eu manquement aux dispositions de l'ancien article 1382 du Code civil et au principe de la réparation intégrale<sup>53</sup>.

**154. Répercussions.** Si le préjudice esthétique ne peut être réparé qu'au titre du PET ou du PEP selon la période envisagée, il peut être la source de plusieurs préjudices extrapatrimoniaux comme patrimoniaux, tant son retentissement peut être important dans la vie d'une personne. Ainsi peut-il être constitutif d'un préjudice d'agrément chaque fois que la dégradation de l'apparence compromet la pratique de certains loisirs. Une personne souffrant d'une « gêne esthétique au cours des activités de baignade »<sup>54</sup> subit un préjudice d'agrément. De plus, le préjudice esthétique peut être à l'origine d'un préjudice sexuel ou d'établissement en cas de retentissement sur l'union du couple, sur le projet d'accueillir un enfant ou encore sur la formation ou le maintien d'un couple. Ainsi, une jeune femme, victime à l'âge de 22 ans d'un grave accident de la route, a vu son bras sectionné puis amputé sur les lieux mêmes de l'évènement. Elle avait beaucoup misé, dans sa jeune carrière, sur l'esthétique, en participant notamment au concours Miss France. Son préjudice esthétique a non seulement été la source d'un préjudice d'agrément, puisque la jeune femme a été contrainte d'abandonner la pratique du théâtre amateur compte tenu des modifications de son apparence ; mais il a également généré un préjudice d'établissement, car « l'homme avec lequel elle envisageait de fonder une famille

---

<sup>53</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 juin 2010, n° 09-15.730.

<sup>54</sup> Aix-en-Provence, 20 sept. 2018, *JurisData* n° 2018-021099.

[...] n'a pu accepter son handicap et ses conséquences psychologiques [...] »<sup>55</sup>. Le préjudice esthétique peut encore avoir une incidence patrimoniale car, dans un certain nombre de professions, l'esthétique est incontournable<sup>56</sup>. C'est le cas des métiers dans lesquels le contact avec le public est important. Un agent commercial victime d'un accident a subi une modification importante de son apparence du fait d'une déformation de son visage et de tics incessants, ce qui a empêché tout contact avec le public et imposé une reconversion professionnelle<sup>57</sup>. De la même façon, un comédien victime, à la suite d'une agression, de troubles de la « phonation », ne peut plus exercer correctement son métier, ce qui entraîne un préjudice professionnel<sup>58</sup>. Dans le cadre de la nomenclature Dintilhac, cela fait l'objet d'une indemnisation au titre de la perte de gains et salaires et de l'incidence professionnelle. Selon les circonstances, le préjudice esthétique peut donc avoir des conséquences extrapatrimoniales et patrimoniales. Son retentissement existentiel est majeur.

**155. Saisir la conscience de la dégradation de l'apparence.** L'évaluation du préjudice esthétique est une étape incontournable car elle consiste à fixer le prix d'une « image de soi brisée à ses propres yeux et aux yeux des autres, dans un monde contemporain accordant une place toujours plus grande au corps en bonne santé »<sup>59</sup>. Ce qu'il convient d'appréhender, ce n'est pas tant l'altération de l'apparence de la personne, que la conscience de cette dégradation, contraignant l'expert aussi bien que le juge à en tirer les « conséquences sur le vécu de la personne »<sup>60</sup> en matière de mal-être.

**156. Rôle de l'expert.** L'expert est invité à décrire la nature des atteintes d'ordre esthétique, leur évolution dans le temps et leur durée, en joignant si possible en annexe de son rapport toutes les photographies permettant de se les représenter<sup>61</sup>. Comme cela a déjà été vu, il peut d'agir de cicatrices et autres difformités, de l'utilisation d'appareillages ou de

---

<sup>55</sup> Lyon, 8 déc. 1999, *JurisData* n° 1999-122244.

<sup>56</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, *op. cit.*, n° 179. – Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, coll. Précis, 8<sup>e</sup> éd., 2016, n° 217. – M. PERIER, *JCI Civil Code*, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-2, n° 168.

<sup>57</sup> Reims, 7 déc. 1989, *JurisData* n° 1989-050499. – Voir, plus anciennement, pour le cas d'une stripteaseuse, Paris, 20 juin 1960, *Gaz. Pal.* 1960. 2. 1669.

<sup>58</sup> Paris, 5 oct. 1987, n° 87/1664.

<sup>59</sup> J.-B. PRÉVOST, « Du peuplement des miroirs », préc.

<sup>60</sup> M.-C. LAGRANGE, *JCI Resp. civ. et assur.*, fasc. 202-1-3, n° 197.

<sup>61</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, *op. cit.*, n° 166.

modifications plus générales de l'apparence, par exemple une boîterie. Outre l'importance des atteintes, certains critères entrent ici en ligne de compte. C'est le cas de l'âge, qui a objectivement une incidence sur leur ampleur, un médecin faisant ainsi observer que « l'esthétique générale du vieillard, étant déjà altérée par l'âge, une cicatrice d'aspect donné a des répercussions infiniment moindres que chez une victime jeune et belle »<sup>62</sup>. C'est aussi le cas de la beauté antérieure de la personne, car « le préjudice est apprécié d'autant plus largement que le sujet est beau et inversement »<sup>63</sup>. Le sexe pourrait également avoir une conséquence, dès lors que « notre civilisation attache beaucoup moins d'importance à une cicatrice chez un homme que chez une femme »<sup>64</sup>. Pour autant, l'évolution du contexte social est à prendre en compte sur ce point. Il y a lieu de douter que cette observation, qui a été faite il y a près d'un demi-siècle, soit encore valable de nos jours. Pour sûr, il serait excessif de considérer qu'une balafre portée au visage d'un homme, parce que signe de virilité, engendrerait une plus-value esthétique. C'est pourtant ce qu'une cour d'appel avait reconnu dans un arrêt isolé<sup>65</sup>.

**157. Preuve du préjudice.** Il est important pour la victime d'être en mesure de donner à voir les conséquences du fait dommageable sur son apparence au moyen de photographies et de vidéos, notamment pendant la maladie traumatique au cours de laquelle les évolutions sont sensibles<sup>66</sup>. Il ne faut pas négliger les conséquences inesthétiques d'une amputation avant qu'une prothèse n'en limite l'impact<sup>67</sup>, ou l'utilisation temporaire d'un fauteuil roulant, car l'on y associe fréquemment l'« image de grand handicap »<sup>68</sup>. En s'appuyant sur ces photographies et sur les premières descriptions faites par les médecins, l'expert peut ainsi mieux se figurer la nature et l'étendue de l'atteinte esthétique.

C'est toutefois plus ardu dans le cas des grands-brulés<sup>69</sup>, car les photographies se font rares. L'expert peut toutefois compter sur les descriptions présentes dans le dossier médical du patient et sur les informations qu'il obtient dans le cadre de son examen. La période

---

<sup>62</sup> L. MELENNEC, « L'indemnisation du préjudice esthétique », *Gaz. Pal.* 6 nov. 1976, p. 2.

<sup>63</sup> L. MELENNEC, « L'indemnisation du préjudice esthétique », préc.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Colmar, 8 juill. 1968 ; *Gaz. Pal.* 22 juill. 1969.

<sup>66</sup> D. ARCADIO, « Préjudice esthétique : une photographie vaut mille mots », préc.

<sup>67</sup> M.-C. LAGRANGE, *JCI Resp. civ. et assur.*, fasc. 202-1-3, n° 181.

<sup>68</sup> D. ARCADIO, « Préjudice esthétique : une photographie vaut mille mots », préc.

<sup>69</sup> V. NAKACHE, B. PEREZ, « Le préjudice esthétique des brûlés », préc.

correspondant à la maladie traumatique, qui dure en moyenne trois ans dans cette hypothèse, est particulièrement éprouvante pour les victimes en raison des modifications significatives de leur apparence et des traitements parfois intrusifs qui leurs sont administrés. Aussi convient-il de fournir à l'expert tous les éléments permettant de s'en faire une juste idée. La désignation d'un expert spécialisé dans le traitement des grands brûlés peut s'avérer nécessaire ; mais elle pourrait être contreproductive pour la victime, étant considéré que le jugement d'un tel médecin serait biaisé par le fait d'avoir déjà été confronté à des situations plus graves.

**158. Saisir le vécu.** Cette appréciation objective des atteintes doit cependant être complétée par la prise en considération du vécu de la victime. En effet, son histoire, son expérience de vie, ses possibles confrontations antérieures à une image de soi altérée peuvent avoir une incidence importante sur le sens qu'elle donne à cette épreuve. Or, c'est le sens qui fait l'objet d'une indemnisation. Pour cette raison, un auteur rappelle que le médecin expert doit mettre au jour « la perception que la victime directe a eu de son altération physique et de l'image qu'elle a ainsi non seulement eue d'elle-même mais aussi qu'elle a renvoyée aux autres »<sup>70</sup>. Il convient de révéler, au travers de l'évaluation médicale, la singularité de la personne faisant l'expérience d'une image abîmée d'elle-même.

**159. Cotation.** À l'issue de l'expertise, le médecin expert cote le préjudice sur une échelle à 7 degrés, un préjudice de 1/7 étant considéré comme très léger, tandis qu'un préjudice évalué à 7/7 est jugé très important. Pour la période temporaire, l'expert doit indiquer par sa cotation le changement d'apparence faisant suite au fait dommageable, qui dépend des plaies et cicatrices de la victime, des troubles de l'élocution ou de la démarche, ou encore de l'outillage rendu nécessaire pendant le temps de la convalescence<sup>71</sup>. Pour la période définitive, il convient de dévoiler, par une autre cotation sur 7, le changement définitif de l'apparence de la victime<sup>72</sup>. L'expert doit alors tenir compte des atteintes inesthétiques qui perdureront malgré la fixation des lésions. En pratique, la cotation correspondant au PET est plus importante car les atteintes sont alors prégnantes, mais le rapport est susceptible de s'inverser au stade de l'indemnisation, celle-ci se faisant au *prorata temporis*<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> M.-C. LAGRANGE, JCI Civil Code, art. 1240 à 1245-17, fasc. 202-20, n° 95.

<sup>71</sup> C. BERNFELD, « Fiche pratique XIV : Le préjudice esthétique temporaire », préc., p. 42.

<sup>72</sup> C. BERNFELD, « Fiche pratique XVII : Le préjudice esthétique permanent », *Gaz. Pal.* 31 janv. 2009, p. 46.

<sup>73</sup> M.-C. LAGRANGE, JCI Civil Code, art. 1240 à 1245-17, fasc. 202-20, n° 96.

**160. Indemnisation.** Si le juge n'est pas tenu par le rapport d'expertise, au point qu'il puisse d'ailleurs le contredire<sup>74</sup>, il s'appuie généralement sur son contenu pour indemniser la victime dont l'image est altérée. La traduction indemnitaire doit refléter les représentations que la personne se fait de son altération corporelle. L'évaluation se fait donc *in concreto*<sup>75</sup>. Si les photographies présentes dans les annexes du rapport d'expertise permettent au juge d'apprécier objectivement l'ampleur des modifications de l'apparence<sup>76</sup>, il lui faut encore, pour accéder à la subjectivité de la victime et fixer une indemnité représentative de son vécu, prendre connaissance du contenu du rapport et des conclusions de son avocat<sup>77</sup>. Il lui faut au surplus se détacher des référentiels qui ne sont qu'indicatifs, notamment dans le cas des grands brûlés, tant les atteintes sont violentes pour ceux qui les endurent. Nous avons précédemment indiqué que la défiguration causée par le contact avec le feu peut conduire, dans les cas les graves, au deuil de son image.

**161. Insuffisance des sommes allouées.** En toute hypothèse, l'indemnité doit correspondre au ressenti de la victime, c'est-à-dire au mal-être que génère la déformation de son apparence dans son rapport avec elle-même et avec les autres<sup>78</sup>. Nous ne pouvons ignorer que notre société accorde une importance croissante au beau, à l'agréable, suscitant une « stigmatisation sociale »<sup>79</sup> de tous ceux qui ne répondent pas aux standards actuels. Selon Jean-Baptiste Prévost, « les victimes présentant des tares physiques disgracieuses auront ainsi tendance à fuir les relations sociales, ce qui redouble un préjudice déjà difficile à supporter »<sup>80</sup>. Or, l'on constate, sur la base des référentiels indicatifs et des données chiffrées issues de la jurisprudence<sup>81</sup>, que les indemnités allouées au titre du préjudice esthétique pour les périodes temporaire et définitive, sont situées dans le même ordre de grandeur que pour la réparation des

---

<sup>74</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 17 avr. 1975, n° 73-14.042.

<sup>75</sup> G. MOR, *Évaluation du préjudice corporel*, op. cit., p. 497.

<sup>76</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n° 181.

<sup>77</sup> M.-C. LAGRANGE, « Le préjudice esthétique, un poste de préjudice en évolution », *Gaz. Pal.* 22 juin 2013.

<sup>78</sup> C. BERNFELD, « Fiche pratique XVII : Le préjudice esthétique permanent », préc., p. 46.

<sup>79</sup> J.-B. PRÉVOST, « Du peuplement des miroirs », préc.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> Voir, pour le référentiel d'indemnisation des cours d'appel et les données chiffrées tenant compte de la jurisprudence jusqu'en juillet 2018, B. MORNET, *L'indemnisation des préjudices en cas de blessures ou de décès*, sept. 2018, p. 59 et p. 62, disponible sur <http://www.ajdommagedcorporel.fr>. – Voir également C. BERNFELD, « Fiche pratique XVII : Le préjudice esthétique permanent », préc.



souffrances endurées, et n'excèdent pas 100.000 € dans le cadre du PEP pour une cotation de 7/7<sup>82</sup>. Cela revient à mettre au même niveau une crise existentielle et une crise de la sensibilité, alors que le retentissement de la première semble *a priori* plus aigu. Aussi, certains auteurs regrettent, spécialement dans les situations les plus dramatiques, une indemnisation insuffisante de ce préjudice<sup>83</sup>.

## **II. La privation des agréments**

**162. Définition de l'agrément.** Un agrément est « ce qui est agréable », c'est un des « plaisirs » de l'existence. Notre époque lui accorde une large place, car cela favorise le bien-être des personnes. Ce phénomène est récent, puisque l'on situe à la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle son développement. Le Professeur Loïc Cadiet, qui a consacré sa thèse au préjudice d'agrément, évoque « la civilisation des loisirs » qui, selon lui, « caractérise les sociétés occidentales au stade actuel de leur développement économique qui est orienté vers la recherche d'un bien-être ou d'un bonheur optimums »<sup>84</sup>. La normalité consiste à agréments sa vie de toutes sortes de loisirs, de plaisirs qui la rendent plus douce. D'ailleurs, certains textes reconnaissent un droit de la personne d'accéder à des loisirs : ainsi, l'article 11 du préambule de la Constitution de 1946, d'après lequel la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Celui qui ne peut pas y accéder, faute de moyens, reste alors à la marge.

**163. Un préjudice d'agrément.** La perte injuste des agréments de l'existence, dans le cadre d'un dommage corporel, provoque le mal-être de la personne, car son existence, dans une société où la recherche de réjouissances est la norme, ne présente plus le même éclat. En admettre la réparation permet symboliquement « le retour à la normalité [par] la reconstitution de la capacité de loisir de l'individu, et partant, de son bien-être »<sup>85</sup>. Cette reconnaissance d'un

---

<sup>82</sup> Versailles, 17 déc. 2015, *JurisData* n° 2015-029479. L'affaire concerne une personne « transformée en torche vivante selon les témoins de l'accident ». Les blessures sont innombrables, la cour faisant le choix de ne pas les décrire « par égard pour la victime ».

<sup>83</sup> V. NAKACHE, B. PEREZ, « Le préjudice esthétique des brûlés », préc. – J.-B. PRÉVOST, « Du peuplement des miroirs », préc.

<sup>84</sup> L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, Th. Poitiers, 1983, p. 15.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 19.

préjudice d'agrément a été concomitante avec l'émergence d'une société davantage tournée vers la satisfaction des plaisirs. Les premières décisions de justice faisant état de ce préjudice ont été rendues au cours des années 1950<sup>86</sup>, et la Haute juridiction de l'ordre judiciaire en a reconnu l'existence au cours de la décennie suivante<sup>87</sup>.

**164. D'une conception large à une conception stricte du préjudice d'agrément.** Le domaine du préjudice d'agrément a été plus ou moins étendu selon les époques et, parfois, au cours d'une même période, selon les régimes d'indemnisation. Actuellement, la Cour de cassation le définit, en toute hypothèse, comme visant « exclusivement à l'indemnisation du préjudice lié à l'impossibilité pour la victime de pratiquer régulièrement une activité spécifique sportive ou de loisirs »<sup>88</sup>. Auparavant, il a été présenté comme accueillant « la privation des agréments d'une vie normale »<sup>89</sup>, puis l'ensemble des « troubles ressentis dans les conditions d'existence »<sup>90</sup>, embrassant alors toutes les atteintes à la qualité de vie. Cette conception large du préjudice d'agrément, qui est peut-être originelle<sup>91</sup>, permettait opportunément de réduire l'assiette du recours des tiers payeurs. En effet, la loi du 27 décembre 1973 relative à l'étendue de l'action récursoire des caisses de sécurité sociale, qui a reconnu le préjudice d'agrément comme un préjudice personnel de droit commun, l'a exclu du recours des tiers payeurs, tandis que le déficit fonctionnel y demeurerait soumis. Étendre le champ du préjudice d'agrément en retirant au déficit fonctionnel l'appréhension de toute perte de qualité de vie, était alors favorable à la victime, dès lors qu'il permettait d'ôter de l'assiette de ce recours les sommes y relatives. Cette manœuvre n'a plus été utile à partir du moment où le législateur, par la loi du 21 décembre 2006 relative au recours des tiers payeurs, a exigé que l'imputation se fit « poste par poste », contribuant ainsi à exclure le déficit fonctionnel de l'assiette du recours comme l'ensemble des postes de préjudice personnel. C'est ce même raisonnement qui a conduit la

---

<sup>86</sup> Paris, 13 déc. 1956 ; *Gaz. Pal.* 1957. 1. 85. – T. civ. Cahors, 14 nov. 1957 ; *D.* 1958. 194, note LE ROY. – T. corr. de la Seine, 11 févr. 1958 ; *Gaz. Pal.* 1958. 1. 354.

<sup>87</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 2 févr. 1965, *Bull. civ.* 1965, n° 96.

<sup>88</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 mai 2009, n° 08-16.829 ; *RTD civ.* 2009. 534, note JOURDAIN.

<sup>89</sup> Cass. crim., 5 mars 1985, n<sup>os</sup> 82-94.085, 83-911.57 et 84-91.566, *Bull. crim.* n° 105 ; *D.* 1986. 445, note GROUDEL.

<sup>90</sup> Cass. Ass. plén., 19 déc. 2003, n° 02-14.783 ; *RTD civ.* 2004. 300, note JOURDAIN.

<sup>91</sup> L. CADIET, *Le préjudice d'agrément, op. cit.*, p. 45. « C'est donc bien l'altération des agréments normaux de l'existence qui était, dans ces décisions antérieures à 1973, réparée au titre du préjudice d'agrément ». – *A contrario*, voir Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel, op. cit.*, n° 178 et s. – Voir également P. BRUN, *Responsabilité civile excontractuelle*, éd. LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 216.

deuxième chambre civile de la Cour de cassation à maintenir cette conception large en matière d'accident du travail et de maladies professionnelles jusqu'en 2012<sup>92</sup>, alors qu'elle venait par ailleurs de revenir à une approche restrictive<sup>93</sup>. Effectivement, la Cour de cassation considérant que la rente accident du travail et les rentes qui y sont assimilées – l'allocation temporaire d'invalidité et les pensions militaires d'invalidité – ont une nature mixte du fait qu'elles indemnisent les pertes de gains professionnels, l'incidence professionnelle et le déficit fonctionnel permanent (DFP)<sup>94</sup>, le recours des tiers payeurs a pu s'exercer, jusqu'à ce revirement de jurisprudence, sur les indemnités allouées au titre du DFP en cas d'épuisement des préjudices patrimoniaux. Si le retour à une conception plus étroite du préjudice d'agrément pourrait s'avérer néfaste pour ces victimes<sup>95</sup>, il n'en reste pas moins qu'une définition commune montre la cohérence du droit tout en facilitant sa compréhension.

**165. Privation des activités sportives et de loisirs.** Ce sont donc à présent les seules activités sportives ou de loisirs dont la perte justifie l'ouverture d'un droit à indemnisation. Il convient cependant de délimiter ce champ afin de bien le distinguer du bouleversement dans les conditions d'existence qui, nous le verrons, fait l'objet d'une indemnisation au titre du déficit fonctionnel.

**166. Nature.** S'agissant de la nature des activités, elles peuvent être, d'une part, sportives, ce qui n'appelle pas de précisions particulières puisque cela renvoie au domaine circonscrit des « exercices physiques ayant pour but le développement corporel en même temps que l'esprit d'émulation »<sup>96</sup> ; et, d'autre part, de loisirs, ce qui recouvre un champ plus ou moins extensible selon l'interprétation qu'on en fait, un loisir se définissant comme un « temps dont

---

<sup>92</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 juin 2012, n° 11-16.120. – En ce sens, voir Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 févr. 2013, n° 11-21.015 ; *Dr. soc.* 2013. 658, obs. HOCQUET-BERG ; *RTD civ.* 2013. 383, note JOURDAIN. – *Contra*, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 avr. 2010, n° 09-11.634 ; *Bull. civ.* 2010, II, 77.

<sup>93</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 mai 2009, n° 08-16.829.

<sup>94</sup> Pour la rente accident du travail, voir CSS, art. L. 434-1.

<sup>95</sup> Encore faudrait-il, pour que les victimes soient lésées, que ces rentes réparent effectivement le DFP, ce qui est douteux. Si le juge judiciaire estime qu'elles le prennent en charge (Cass. crim., 19 mai 2009, n° 08-86.050), le juge administratif adopte une position contraire (CE, 5 mars 2008, n° 272447, *CPAM de Seine-Saint-Denis* ; *AJDA* 2008. 497). La doctrine est logiquement divisée, certains auteurs se montrant sceptiques concernant la prise en compte du DFP (Voir par exemple S. PORCHY-SIMON, « Le recours des tiers payeurs à l'épreuve de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation », *D.* 2010. 593), tandis que d'autres soutiennent qu'elles le réparent (C. BLOCH, *JCP* 2009, n° 248, obs. sous Cass. crim. 19 mai 2009, n° 08-86.050 et Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 juin 2009, n° 08-17.581).

<sup>96</sup> Dictionnaire Quillet de la langue française, 1961, V<sup>o</sup> Sport, p. 1835.

on peut disposer librement »<sup>97</sup>. La jurisprudence semble admettre toute activité de loisirs, qu'elle soit récréative, culturelle ou associative<sup>98</sup>, dès lors que les preuves requises sont apportées par le demandeur. Ont ainsi été reconnues comme telles la dégustation de vin<sup>99</sup>, la cueillette de champignons<sup>100</sup>, l'horticulture<sup>101</sup>, la randonnée<sup>102</sup> ou le bénévolat associatif<sup>103</sup>. Ce sont diverses façons, parmi tant d'autres, d'occuper librement son temps. Elles favorisent l'épanouissement de la personne, et leur perte cause une souffrance.

**167. Fréquence.** De plus, ces activités spécifiques doivent avoir été pratiquées de manière effective et régulière, afin que leur perte puisse être constitutive d'un préjudice d'agrément. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler à plusieurs reprises, sanctionnant les juges du fond ayant négligé de le vérifier<sup>104</sup>. Cette exigence est indispensable pour caractériser ce mal-être et le distinguer de la perte des joies usuelles de la vie courante qui intègre le champ plus vaste du déficit fonctionnel. La souffrance existentielle est ici plus prégnante car l'activité occupe une place importante dans la vie de la personne. D'après la Haute juridiction de l'ordre judiciaire, le fait de pratiquer des activités de sport et de loisir ne suffit pas, il faut encore s'attacher spécialement à l'une d'elles pour qu'un préjudice d'agrément puisse être retenu.

**168. Le préjudice subi par l'enfant ou l'adolescent.** Cela étant considéré, l'enfant ne peut toutefois que rarement se prévaloir de la pratique d'une activité spécifique sportive ou de loisirs antérieure au dommage corporel, dès lors que l'enfance est, en général, un temps de découverte de ces univers, l'attachement à certains d'entre eux ne venant que plus tard. Aussi, les réparations reconnues dans ces circonstances par les juridictions viennent compenser la perte par l'enfant « des loisirs de son âge »<sup>105</sup>, ou encore la possibilité de « s'adonner à des activités

---

<sup>97</sup> *Ibid.*, V° Loisir, p. 1093.

<sup>98</sup> G. MOR, *Evaluation du préjudice corporel*, *op. cit.*, p. 491. – M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, *op. cit.*, n° 176.

<sup>99</sup> Aix-en-Provence, 11 mai 2011, n° RG 09/14572.

<sup>100</sup> Colmar, 25 avr. 2019, *JurisData* n° 2019-006607.

<sup>101</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 2 mars 2017, n° 15-27.523.

<sup>102</sup> Aix-en-Provence, 13 mai 2015, n° RG 13/07304.

<sup>103</sup> Metz, 4 nov. 2014, n° RG 13/03072.

<sup>104</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 sept. 2014, n° 13-20.400 ; *JCP E* 2014, 1351, n° 13. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 2 avr. 2015, n° 14-13.647.

<sup>105</sup> Lyon, 28 avr. 1999, *JurisData* n° 1999-140032.

sportives et à certaines activités de loisirs »<sup>106</sup>, les magistrats se refusant à nier « l'existence d'un préjudice d'agrément au seul motif qu'[il] ne justifie pas de l'exercice d'activités spécifiques de loisirs antérieurement à l'accident »<sup>107</sup>. C'est d'une perte de chance qu'il s'agit<sup>108</sup>, et qui est d'autant plus importante lorsque l'enfant avait eu l'occasion de démontrer une appétence pour les sports et loisirs dans lesquels il avait été initié. C'est le cas d'un jeune garçon âgé de 10 ans ayant été sérieusement blessé dans le cadre d'un accident de la circulation. Il avait montré de la curiosité et des facilités dans de nombreux domaines. S'il n'a pas spécifiquement pratiqué une activité sportive ou de loisirs dans les conditions habituellement exigées pour la réparation du préjudice d'agrément, il s'est néanmoins investi dans plusieurs activités. La juridiction rapporte « qu'il est ainsi justifié qu'il a effectué à 7 ans son premier saut en parachute au Salon de l'Enfance ; qu'il pratiquait avec assiduité le judo et participait avec succès à des compétitions régionales ; qu'il était également passionné de natation, de chasse sous-marine et d'exploration sous-marine ». La perte de chance est alors importante, car l'existence de ce jeune enfant a été bousculée par cet évènement. La décision de justice précise en ce sens qu' « il ne peut plus pratiquer les sports qui étaient auparavant les siens ainsi que ceux qui seraient naturellement devenus les siens au cours de l'adolescence ». Le préjudice d'agrément a finalement fait l'objet d'une indemnisation assez conséquente pour l'époque – 120.000 F –, qui correspond à la souffrance existentielle que ce bouleversement occasionne dans la vie de cette personne<sup>109</sup>. Si la perte de chance de pratiquer des activités sportives ou de loisirs peut donc être reconnue lorsque la victime est un jeune enfant ou un adolescent, les adultes ne sauraient en principe y prétendre. Certes, un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière d'accidents du travail a semé le doute sur ce point en approuvant une cour d'appel d'avoir retenu, au titre du préjudice d'agrément, que « les séquelles [que la victime] présente handicapent les activités ludiques, sportives ou occupationnelles auxquelles peut normalement prétendre tout homme de son âge [...] »<sup>110</sup> ; mais un arrêt ultérieur de la Haute juridiction a fait œuvre de clarification en cassant une décision d'appel ayant retenu cette argumentation, au motif que « le préjudice d'agrément est celui qui résulte d'un trouble spécifique lié à

---

<sup>106</sup> Rouen, 25 mars 1999, n° 97/03861.

<sup>107</sup> Paris, 10 déc. 2018, *JurisData* n° 2018-022363.

<sup>108</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n° 177. – M. PERIER, JCI Civil Code, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-2, n° 161.

<sup>109</sup> Paris, 3 déc. 1997, n° 96/4565.

<sup>110</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 avr. 2010, n° 09-11.634.

l'impossibilité pour la victime de continuer à pratiquer régulièrement une activité sportive ou de loisirs »<sup>111</sup>. Partant, la perte de chance de pratiquer de telles activités ne peut être reconnue qu'au bénéfice d'enfants.

**169. Limitation ou perte de l'activité.** Parmi les conditions requises pour obtenir réparation du préjudice d'agrément, il est nécessaire que l'activité antérieure concernée ne puisse plus être pratiquée du fait des dérèglements fonctionnels ou psychiques<sup>112</sup> de la personne. Un des plaisirs majeurs de l'existence de la personne n'est plus accessible, ce qui laisse un vide impossible à combler. Alors que la jurisprudence semblait bien établie sur ce point<sup>113</sup>, une nouvelle orientation a été prise après qu'il a été décidé qu'une simple limitation de l'activité suffisait à caractériser un préjudice d'agrément<sup>114</sup>. Dans cette affaire, il était question d'un homme qui, avant d'être agressé, pratiquait des sports et loisirs nautiques, y compris dans le cadre de compétitions. Le dommage corporel subi l'a cependant contraint à limiter son investissement. S'il était en mesure de poursuivre les compétitions, ses ambitions devaient être revues à la baisse, « son état physique [...] ne lui permettant plus de viser les podiums ». Surtout, « les conditions dans lesquelles il continuait à s'y livrer obéissaient désormais à un but essentiellement thérapeutique ». Certes, une perte est toujours requise, mais elle est manifestement moins conséquente, puisque l'activité peut encore être pratiquée de façon régulière malgré des restrictions. Cela est plutôt favorable aux victimes, qui pourront à présent faire valoir cette frustration de ne plus pouvoir se livrer totalement à une activité faisant l'objet d'un attachement particulier.

**170. Appréhender la conscience de la perte des agréments.** Enfin, il importe que la victime ait un état de conscience suffisant pour se représenter cette perte. Là encore, la jurisprudence a évolué. D'abord, la Cour de cassation a admis la réparation de ce préjudice dans une hypothèse dans laquelle « la victime, devenue démente, ne se rend[ait] pas compte de son

---

<sup>111</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 déc. 2015, n° 14-26.726 ; *Gaz. Pal.* 20 sept. 2016, p. 51, note BERNFELD.

<sup>112</sup> La perte de l'activité peut avoir une cause exclusivement psychologique. Voir Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 juill. 2018, n° 16-21.776 ; *Gaz. Pal.* 16 oct. 2018, p. 52, note KLEIN.

<sup>113</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 mai 2009, n° 08-16.829. – Voir aussi, plus récemment, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 2 mars 2017, n° 15-27.523.

<sup>114</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 29 mars 2018, n° 17-14.499 ; *JS* 2018, n° 186, p. 9. – Voir, antérieurement, Chambéry, 17 avr. 2014, n° 13/00675 (poursuite de la pratique du basket, mais dans des conditions plus contraignantes en raison d'un encadrement et d'un matériel adaptés). – Voir enfin M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, *op. cit.*, n° 177.

état »<sup>115</sup>. Cette approche était d'ailleurs commune à l'ensemble des préjudices moraux pour lesquels on admettait une réparation de principe<sup>116</sup>. Cependant, c'était méconnaître la nature de la souffrance qui suppose une prise de conscience de son mal. Comment peut-il y avoir un préjudice d'agrément sans prise de conscience d'une existence diminuée de certains plaisirs ? Dans une approche subjective du préjudice de souffrance, le juge judiciaire a procédé à un revirement de jurisprudence en considérant que la réparation d'un préjudice moral ne pouvait être prononcée qu'une fois la démonstration faite de son existence. Ce n'est pas le cas lorsque la victime est « décédée quinze jours après l'accident sans avoir jamais repris connaissance »<sup>117</sup>. Il est vrai que les deux décisions rendues le même jour ne visaient pas le préjudice d'agrément mais la perte de chance de survie, mais ces préjudices ont en commun la nécessaire représentation d'une perte. Aussi n'est-il pas surprenant de constater que les juges du fond prennent acte de cette évolution. Dans une affaire dans laquelle un jeune homme est décédé huit jours après avoir été accidenté et sans avoir repris connaissance, et alors que ses héritiers sollicitaient, dans le cadre d'une action héréditaire, la réparation de l'ensemble de ses préjudices moraux, en ce compris le préjudice d'agrément, la cour d'appel a confirmé la sentence des premiers juges en affirmant que « les souffrances morales, les préjudices fonctionnel, esthétique, sexuel et d'agrément, qui [...] nécessitent un état de conscience s'étalant un minimum dans le temps pour pouvoir être indemnisés »<sup>118</sup>, ne pouvaient pas faire l'objet d'une indemnisation du fait du coma profond dans lequel se trouvait la victime de suite après son accident.

**171. Preuve de la perte d'agrément.** Lorsque ces conditions sont réunies, la victime peut prétendre obtenir réparation du préjudice d'agrément. Toutefois, par application de l'adage *actori incumbit probatio*, il lui incombe de rapporter la preuve de ses allégations. Il lui faut démontrer qu'elle pratiquait *effectivement* et de manière *régulière* une *activité spécifique*. C'est donc une triple preuve qu'il faut apporter. Pour ce faire, il peut être utile de présenter une licence sportive, un certificat d'adhésion ou un abonnement, qui indiquent l'engagement de la personne

---

<sup>115</sup> Cass. crim., 3 avr. 1978 ; *JCP* 1979. II. 19168, note BROUSSEAU.

<sup>116</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 févr. 1995 (1<sup>er</sup> arrêt), n° 92-18.731 ; *D.* 1995. 233, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 1996. 69, note CHARTIER. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 févr. 1995, n° 93-12.644 ; *eod. loc.* – Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 28 juin 1995, n° 93-18.465.

<sup>117</sup> Cass. crim., 5 oct. 2010, n° 10-81.743 ; *RTD civ.* 2011. 353, obs. JOURDAIN. – Voir également Cass. crim., 5 oct. 2010, n° 09-87. 385 ; *D.* 2011. 1040, obs. LEMOULAND et VIGNEAU.

<sup>118</sup> Basse-Terre, 9 janv. 2017, *JurisData* n° 2017-001953.

dans une activité spécifique sportive ou de loisirs<sup>119</sup>. Son implication peut de surcroît être mise en exergue par des photographies, des attestations de proches ou d'équipiers, ou encore des factures révélant l'acquisition d'un équipement<sup>120</sup>. Cette preuve est indispensable et son absence prive la personne de toute réparation<sup>121</sup>.

**172. Une autonomie relative.** À l'inverse du préjudice esthétique, le préjudice d'agrément n'a d'autonomie que pour la période définitive. Les souffrances existentielles vécues pendant la maladie traumatique sont réparées dans le poste correspondant au déficit fonctionnel temporaire (DFT). La jurisprudence, qui a opéré sur ce point un revirement<sup>122</sup>, fait preuve d'orthodoxie dans l'application de la nomenclature Dintilhac, étant observé que « ce poste de préjudice cherche à indemniser l'invalidité subie par la victime dans sa sphère personnelle pendant la maladie traumatique », ce qui « correspond aux périodes d'hospitalisation de la victime, mais aussi à la "perte de qualité de vie et à celle des joies usuelles de la vie courante" que rencontre la victime pendant la maladie traumatique (séparation de la victime de son environnement familial et amical durant les hospitalisations, privation temporaire des activités privées ou *des agréments* auxquels se livre habituellement ou spécifiquement la victime, préjudice sexuel pendant la maladie traumatique, etc.) »<sup>123</sup>. Cette intégration crée une regrettable dissymétrie entre les périodes temporaire et permanente, ce qui est source d'incohérence. Cela dessert aussi les victimes qui sont exposées au risque de sous-évaluation du préjudice d'agrément au sein du DFT<sup>124</sup>. En effet, le calcul au point ne permet pas de saisir les préjudices moraux qui le composent, puisqu'il détermine objectivement un taux

---

<sup>119</sup> G. MOR, *Évaluation du préjudice corporel*, op. cit., p. 493 et 495. – M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n° 178. – Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, op. cit., n° 214.

<sup>120</sup> Voir, pour un tour du monde à vélo, Cass. crim., 5 mai 2015, n° 14-82.002.

<sup>121</sup> Pour des exemples de refus d'indemnisation, voir Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 juin 2008, n° 07-15.591 (pratique de l'équitation). – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 9 févr. 2017, n° 16-11.219 (pratique de la marche).

<sup>122</sup> Pour le positionnement antérieur, favorable à l'autonomie du préjudice d'agrément, voir Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 juin 2010, n° 09-13.246. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 nov. 2010, n° 09-69.918. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 déc. 2014, n° 13-28.774. – Voir à présent, pour son inclusion dans le poste du DFT, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 mars 2015, n° 14-10.758 ; *D.* 2015. 1791, note LAZERGES-COUSQUER ; *Gaz. Pal.* 7 mai 2015, p. 10, obs. TAPINOS. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 avr. 2017, n° 16-13.740 ; *Gaz. Pal.* 7 nov. 2017, note DINPARAST.

<sup>123</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, préc., p. 37-38.

<sup>124</sup> G. MOR, *Évaluation du préjudice corporel*, op. cit., p. 470 à 473. – M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n° 148. – D. TAPINOS, *Gaz. Pal.* 7 mai 2015, p. 10, obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 mars 2015, n° 14-10.758.



d'invalidité. Selon le Professeur Philippe Le Tourneau, « si les conséquences proprement objectives du déficit fonctionnel peuvent se satisfaire d'une évaluation abstraite au moyen de barèmes, il n'en va pas de même des conséquences plus subjectives, nécessairement variables suivant la situation personnelle, familiale et sociale de la victime »<sup>125</sup>. Aussi serait-il opportun de rendre autonome le préjudice d'agrément pour la période temporaire.

**173. Indemnisation.** Concernant l'évaluation, il n'existe pas d'échelle à 7 degrés, contrairement aux préjudices esthétique et de souffrances endurées. Elle se fait au cas par cas, et dépend de l'activité spécifique, de son importance dans l'existence de la personne. L'expert, dont le rapport doit être aussi précis que possible, la détermine en fonction de l'âge, de la fréquence de l'activité, du niveau atteint s'il s'agit d'un sport, et de la période au cours de laquelle celle-ci ne peut plus être pratiquée<sup>126</sup>. S'il ne s'agit que d'une limitation de l'activité, le préjudice est de moindre importance. Le juge fixe le montant du préjudice d'agrément d'après le ressenti de la victime : il ne s'agit pas d'indemniser abstraitement l'impossibilité de pratiquer une activité objet d'attachement, mais la souffrance existentielle vécue par la victime du fait de cette privation. Pour les raisons exposées précédemment, lorsqu'une personne est privée temporairement d'une activité spécifique sportive ou de loisirs, l'indemnité allouée à ce titre doit être comprise dans le DFT. Les montants alloués pour la période permanente, sans être de même niveau que ceux fixés pour le préjudice esthétique, atteignent tout de même 50.000 € dans les cas les plus graves<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> P. LE TOURNEAU (dir.), *Dalloz Action, Droit de la responsabilité et des contrats*, 2014, n° 1585-2.

<sup>126</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, *op. cit.*, n° 178. – Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 214. – M. PERIER, *JCI Civil Code*, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-2, n°s 147 et 162.

<sup>127</sup> Pour un « préjudice d'agrément exceptionnel », voir Grenoble, 5 juin 2018, n° RG 16/03478. En l'espèce, la cour alloue 50.000 € au titre du préjudice d'agrément en justifiant ainsi le montant : « Madame Danielle D. établit qu'elle subit un préjudice d'agrément exceptionnel dans la mesure où, avant l'accident, elle pratiquait la voile de façon intensive depuis de nombreuses années, notamment dans une école de voile dans l'Hérault dans le cadre de laquelle elle encadrait soit sur place, soit dans diverses traversées en Méditerranée ou Atlantique, comme moniteur, chef de bord ou chef de bord second. Or, cette activité, à laquelle elle consacrait une part importante de ses loisirs en réduisant même, pour ce faire, ses périodes de travail, lui est désormais impossible, même si l'expert judiciaire ne l'a pas affirmé aussi clairement, cette conclusion se déduisant aisément de ses constatations médicales au titre des séquelles [...] ».

### **III. Les troubles de la sexualité**

**174. Activité sexuelle et vie de famille.** La victime principale peut être bousculée dans sa sexualité. En général, les troubles qui y sont liés font l'objet d'une indemnisation au titre du préjudice sexuel (A). Mais il faut également envisager le préjudice d'établissement qui, reconnu plus récemment, permet d'appréhender les difficultés que le dommage corporel occasionne dans la vie de famille, actuelle ou projetée (B).

#### **A. Le préjudice sexuel**

**175. Reconnaissance.** Parmi les troubles de la sexualité, le préjudice sexuel a eu la primeur de la reconnaissance, mais celle-ci demeure récente si l'on fait une comparaison avec les autres préjudices moraux. Cette reconnaissance tardive, dont on peut situer les prémices au cours des années 1960<sup>128</sup>, s'explique par la difficulté qu'ont les victimes à exposer ce qui relève de la sphère la plus intime, et qui fut pour un temps rédhibitoire. D'après le docteur Louis Melennec, qui a écrit à ce sujet un article précurseur, « à l'époque où les victimes, par pudeur, par excès de timidité ou par simple souci des convenances hésitaient à étaler devant les experts les misères de leur vie intime, et, en tout cas, à essayer d'en tirer profit, la difficulté était purement et simplement éludée »<sup>129</sup>. Nous devons sûrement à la révolution sexuelle de cette époque l'apparition de ce préjudice dans les demandes en réparation du dommage corporel. Étonnamment, ce sont les conjoints qui, les premiers, l'ont fait valoir. Mais cet étonnement cède quand nous comprenons que, dans le cas où la victime principale est en couple, la souffrance existentielle est double.

**176. Définition.** Le rapport Dintilhac indique que le poste du préjudice sexuel permet la réparation de l'ensemble des dommages « touchant à la sphère sexuelle »<sup>130</sup>. Il s'agit principalement des atteintes morphologiques aux organes sexuels de tous ordres, qu'ils soient

---

<sup>128</sup> Paris, 26 sept. 1956 ; *Gaz. Pal.* 1956. 2. 233.

<sup>129</sup> L. MELENNEC, « Le préjudice sexuel (*Damnum sexuelle*) », *Gaz. Pal.* 3 nov. 1977.

<sup>130</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, préc., p. 40.

"primaires" ou "secondaires", ce qui vise les organes génitaux aussi bien que les jambes<sup>131</sup>, la poitrine<sup>132</sup> ou la bouche<sup>133</sup>, qui sont considérés comme participant à l'acte sexuel. Il peut aussi s'agir de l'impossibilité ou de la difficulté de réaliser l'acte sexuel, que la cause soit physiologique ou psychologique, entraînant « la perte du plaisir lié à l'accomplissement de l'acte sexuel »<sup>134</sup>, et même de l'impossibilité ou de la difficulté à procréer. Cette présentation du préjudice sexuel a été adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 17 juin 2010<sup>135</sup>. Le préjudice morphologique correspond concrètement à tout ce qui peut entraver la réalisation de l'acte sexuel, par exemple l'impuissance ou les désagréments<sup>136</sup>. La perte de plaisir liée à la réalisation de l'acte du fait de douleurs physiques<sup>137</sup> ou intellectuelles, par exemple une dépression, doit aussi être prise en compte, qui est un préjudice « psychoaffectif »<sup>138</sup>. Le docteur Louis Melennec soutient à ce sujet que la vie sexuelle « [...] implique également le plaisir qu'elle procure, une relation privilégiée avec l'autre, la promesse d'un certain statut matrimonial et même social. À travers elle, c'est beaucoup plus que l'intégrité physiologique des organes et des fonctions qui est en cause : c'est le statut affectif du sujet tout entier »<sup>139</sup>. Enfin, plusieurs raisons expliquent les difficultés ou l'impossibilité à procréer : ainsi les troubles de l'éjaculation, la stérilité ou l'impossibilité de porter un enfant.

Le préjudice sexuel est à distinguer du préjudice d'établissement, qui consiste dans la perte de chance de construire ou de maintenir une vie de famille, d'élever des enfants, ce qui présente un aspect social<sup>140</sup>. Comme ont pu le faire remarquer certains auteurs, « [...] on

---

<sup>131</sup> Aix-en-Provence, 10 avr. 2013, n° RG 11/02694 (amputation d'une jambe générant un préjudice sexuel).

<sup>132</sup> Bastia, 6 févr. 2013, *JurisData* n° 2013-026693.

<sup>133</sup> Nîmes, 25 sept. 2012, n° RG 11/01710.

<sup>134</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, préc., p. 40.

<sup>135</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 17 juin 2010, n° 09-15.842.

<sup>136</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n° 183.

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> M. BOURRIÉ-QUENILLET, « Le préjudice sexuel : preuve, nature juridique et indemnisation », *JCP G* 18 déc. 1996, n° 51, p. 3986.

<sup>139</sup> L. MELENNEC, « Le préjudice sexuel (*Damnum sexuelle*) », préc.

<sup>140</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 mai 2011, n° 10-17.148. – C. BERNFELD, F. BIBAL, « Les préjudices liés à la vie sexuelle », *Gaz. Pal.* 30 janv. 2018, p. 64.

pourrait considérer un préjudice spécifique du fait de ne pas pouvoir se reproduire, quand bien même la victime n'envisagerait pas cette reproduction dans un cadre familial »<sup>141</sup>. L'impossibilité de satisfaire le désir d'enfant, ou, dans une moindre mesure, l'incertitude y relative, intègrent donc bien le préjudice sexuel. Il est à noter que chacun de ces aspects – morphologique, psychoaffectif, procréatif – suffit à le caractériser.

**177. Souffrance de l'être.** En toute hypothèse, le préjudice sexuel est une souffrance du sujet. Gisèle Mor évoque « une souffrance, une gêne résultant de l'impossibilité d'avoir de manière définitive, mais également durant quelques mois, des relations sexuelles ou le fait d'avoir une vie sexuelle non satisfaisante depuis le fait traumatique »<sup>142</sup>. La castration, en tant que préjudice sexuel morphologique, altère profondément l'image que l'on a de soi. Dans une affaire dans laquelle un jeune homme a subi l'ablation d'un de ses testicules au cours d'une intervention médicale, les juges du fond ont retenu un préjudice sexuel prenant en compte, parmi d'autres éléments, « sa volonté de ne pas exposer aux regards féminins son sexe mutilé »<sup>143</sup>. L'ablation d'un sein, pour une femme, produit les mêmes effets. Une femme d'une quarantaine d'années victime d'une opération médicale « gravement mutilante » a subi un préjudice sexuel, le juge indiquant « qu'elle a subi une gêne considérable pendant plusieurs années du fait qu'elle était l'objet de soins, pansements, opérations, puis disparition de ses seins dont l'aspect était gravement mutilé »<sup>144</sup>.

**178. Perte du plaisir de donner et de recevoir.** La diminution ou la perte du plaisir au cours de l'acte sexuel, qui peut être liée à « l'altération de l'image de soi »<sup>145</sup> aussi bien qu'à la « dévalorisation de soi »<sup>146</sup> ou à des dérèglements physiologiques, est à l'origine d'un « amoindrissement de l'épanouissement »<sup>147</sup>. Si, selon certains auteurs, cette « souffrance exogène [...] pourrait plus certainement résulter d'une conscience aiguisée de ce que l'absence de sexualité l'éloigne de la norme sociale »<sup>148</sup>, cela ne suffit pas en réalité à la caractériser. S'il

---

<sup>141</sup> L. CARAYON, M. DUGUÉ, J. MATTIUSI, « Réflexions autour du préjudice sexuel », *D.* 2017. 2257.

<sup>142</sup> G. MOR, *Évaluation du préjudice corporel*, *op. cit.*, p. 500.

<sup>143</sup> Paris, 14 mars 2008, *JurisData* n° 2008-361483.

<sup>144</sup> Nîmes, 27 juin 2002, *JurisData* n° 2002-202410 ; *JCP G* 3 sept. 2003, n° 36, p. 2460.

<sup>145</sup> Paris, 11 déc. 2018, *JurisData* n° 2018-025121.

<sup>146</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 mai 2017, n° 16-17.563 ; *Gaz. Pal.* 7 nov. 2017, p. 65.

<sup>147</sup> Lyon, 3 juill. 2018, n° RG 15/05752.

<sup>148</sup> L. CARAYON, M. DUGUÉ, J. MATTIUSI, « Réflexions autour du préjudice sexuel », *préc.*

y a sûrement une souffrance "sociale", il existe aussi une souffrance ontologique liée à la difficulté ou à l'impossibilité de témoigner à l'autre de son amour par le don de soi, et, réciproquement, d'accueillir cet amour de l'autre. C'est la « relation privilégiée avec l'autre »<sup>149</sup> évoquée par le docteur Louis Melennec. Une étude de la jurisprudence montre que ce dernier aspect de la souffrance n'est pris en considération que de façon marginale. Ce qui ressort largement est la perte du plaisir pour soi, du plaisir de la chair, considéré indépendamment de la relation à l'autre<sup>150</sup>. Au contraire, la perte du plaisir résultant d'un don mutuel apparaît assez peu. Alors que le plaisir se définit comme un « sentiment ou sensation agréable, affection, consentement de l'âme quand elle atteint l'objet de son désir »<sup>151</sup>, il y aurait une cohérence à tenir compte du bonheur que l'on procure à l'autre. L'on doit à La Bruyère d'avoir dit que « [...] le plaisir le plus délicat est de faire celui d'autrui »<sup>152</sup>. Dans une affaire dans laquelle un homme a été victime d'un accident du travail, il a été demandé réparation « d'un préjudice sexuel caractérisé par l'altération du plaisir procuré par une relation privilégiée avec l'autre en raison de la privation, même par des lésions physiques limitées, des moyens de préserver ce statut affectif ». Le juge a fait droit à cette demande au motif que « [...] ces mutilations irréversibles affectent nécessairement l'accomplissement de rapports sexuels harmonieux [...] »<sup>153</sup>. C'est dans la relation privilégiée avec son conjoint que cette mutualité se révèle. Dans une autre affaire, un brigadier-chef de police a été gravement blessé et a obtenu une indemnité correspondant à son préjudice sexuel. Il ressort de la décision de justice que son impuissance a eu « un retentissement sur sa personnalité et sur l'harmonie de son couple »<sup>154</sup>. L'aspect psychoaffectif du préjudice sexuel ne se limite donc pas à la seule perte du plaisir charnel individuel.

**179. Un manque à être.** La souffrance peut encore sourdre de la difficulté ou de

---

<sup>149</sup> L. MELENNEC, « Le préjudice sexuel (*Damnum sexuelle*) », préc.

<sup>150</sup> Voir, par exemple, Montpellier, 10 mars 2015, *JurisData* n° 2015-006850. « Il ressort des éléments versés aux débats, tels que le témoignage de sa concubine que, nonobstant une perte de l'envie et une baisse de libido qui demeurent nécessairement subjectives comme reposant sur ses seules affirmations, M. R. justifie d'une perte de la capacité à accéder au plaisir lors de l'accomplissement de l'acte sexuel, voire de sa capacité physique de réaliser l'acte sexuel non sans douleurs ». – Voir aussi Versailles, 29 janv. 2015, n° RG 13/05037. L'arrêt évoque une « perte de jouissance et de libido » concernant un homme victime d'un grave accident de travail.

<sup>151</sup> Dictionnaire Quillet de la langue française, 1961, *V° Plaisir*, p. 1452.

<sup>152</sup> J. DE LA BRUYÈRE, *Œuvres*, éd. A. Belin, 1820, p. 58.

<sup>153</sup> Chambéry, 14 mai 2013, *JurisData* n° 2013-014317.

<sup>154</sup> Cass. crim., 17 janv. 2017, n° 15-87.530.

l'impossibilité à procréer. Cela génère un mal-être car le désir d'accueillir un enfant est fondateur pour l'homme. Selon la philosophe Marie Gaille, « il permet au sujet de se figurer lui-même – comme sujet du désir, conscient de son désir »<sup>155</sup> : le désir d'enfant indique « un manque en lui »<sup>156</sup>, autant qu'un besoin de s'ouvrir au monde et à l'autre pour le combler. Le fait, pour un adolescent, d'être privé « de toute possibilité de procréer », génère une souffrance existentielle majeure, car sa vie « sentimentale » aussi bien que « sociale » se trouvera forcément bouleversée<sup>157</sup>. À cela, il faut ajouter le fait que l'impossibilité d'avoir un enfant empêche l'inscription de la personne dans une chaîne générationnelle et, en quelque sorte, son prolongement dans l'Histoire<sup>158</sup>. C'est aussi, d'après le docteur René Frydman, devoir accepter l'angoisse existentielle de vieillir avant de mourir, sans possibilité aucune de la « juguler » par l'accueil d'un enfant<sup>159</sup>.

**180. Un frein à l'épanouissement de la personne.** Enfin, il nous faut considérer le profond mal-être de celui qui sait ne plus pouvoir investir une relation affective et sexuelle avec une personne, en particulier du fait de séquelles neuropsychiques résultant fréquemment d'un traumatisme crânien<sup>160</sup>. Si le rapport Dintilhac n'envisage pas cet aspect du préjudice sexuel, la jurisprudence l'a pris en considération. En effet, nouer des relations affectives « [...] est le préalable nécessaire à toute vie sexuelle épanouissante [...] »<sup>161</sup>. Or, les séquelles neuropsychiques provoquent des troubles du comportement et du langage qui ne sont pas adaptés à l'établissement de relations affectives pérennes. Outre l'atteinte à l'image de la personne, il convient de mettre en lumière son manque d'épanouissement. C'est le cas d'une femme ayant subi un traumatisme crânien à la suite d'un accident, qui a conservé des séquelles psychiatriques, notamment une « symptomatologie anxieuse et dépressive, un éréthisme émotionnel »<sup>162</sup>. Un préjudice sexuel a été reconnu sur la seule considération des « difficultés indéniables pour Mme X. à nouer des relations affectives, [les experts espérant] qu'elle

---

<sup>155</sup> M. GAILLE, *Le désir d'enfant*, PUF, coll. La nature humaine, 2011, p. 31.

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> Bordeaux, 19 mai 1992, *JurisData* n° 1992-043171.

<sup>158</sup> M. GAILLE, *Le désir d'enfant*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>159</sup> R. FRYDMAN, *L'irrésistible désir de naissance*, PUF, 1986, p. 220.

<sup>160</sup> Sur ce point, voir E. CHEVRILLON, C. GANDON, C. PETIT, « Le préjudice sexuel chez le blessé médullaire et le traumatisé crânien », *Gaz. Pal.* 30 janv. 2018, p. 70.

<sup>161</sup> Dijon, 4 oct. 2016, *JurisData* n° 2016-020990 ; *JCP G* 12 déc. 2016, n° 50, p. 1366, obs. CASSOWITZ.

<sup>162</sup> Paris, 7 nov. 2005, *JurisData* n° 2005-286954. – Voir aussi Paris, 12 mars 2012, *JurisData* n° 2012-003928.

parviendra à surmonter son appréhension, sa méfiance des hommes et sa crainte d'inspirer du dégoût ». Cela étant dit, cette difficulté à nouer des contacts en vue d'établir une relation affective peut aussi être générée par une transformation de l'apparence aboutissant au « refus de présenter au regard d'autrui un physique devenu disgracieux »<sup>163</sup>.

**181. Autonomie discutée.** La question s'est posée de savoir si le préjudice sexuel devait être réparé de manière autonome. Initialement, il a subi le pouvoir d'attraction de deux préjudices. Comme l'a fait observer un auteur, ce préjudice « a longtemps joué une mélodie en sous-sol, épié par l'incapacité permanente partielle dont il a été souvent considéré comme une composante, ou guetté par le préjudice d'agrément dont on a dit qu'il constituait un élément »<sup>164</sup>. D'abord, il a été inclus au sein du préjudice fonctionnel, participant ainsi de l'incapacité de la victime. Toutefois, cela devait faire l'objet de vives critiques, puis d'un revirement de jurisprudence<sup>165</sup>, dès lors que le préjudice sexuel, considéré comme un préjudice personnel, est une souffrance pour celui qui le vit, non une simple limitation de ses fonctions. D'après le docteur Louis Melennec, « [...] la vie sexuelle dépasse très largement le cadre étroit des capacités physiologiques. Si elle exige pour son accomplissement normal et harmonieux un certain nombre de fonctions – qui ne sont pas d'ailleurs seulement organiques – elle implique également le plaisir qu'elle procure [...] »<sup>166</sup>. Cette analyse conduit aujourd'hui à critiquer fortement l'intégration du préjudice sexuel au sein du DFT, dont on sait qu'il est évalué de manière forfaitaire, selon un prix de journée variant en fonction du taux retenu d'incapacité fonctionnelle temporaire. Ce poste n'est pas en mesure de prendre en considération une souffrance, car son évaluation, purement objective, n'est manifestement pas adaptée. C'est la raison pour laquelle nous partageons, avec plusieurs auteurs, le souhait de son autonomisation<sup>167</sup>.

Le préjudice sexuel a, par la suite, subi le pouvoir d'attraction du préjudice d'agrément, au motif que les pertes subies par la victime dans sa vie sexuelle s'analyseraient comme la disparition de certains agréments d'une vie normale, à une époque où, rappelons-le, ce préjudice

---

<sup>163</sup> Orléans, 14 déc. 2011, *JurisData* n° 2011-031851.

<sup>164</sup> M. PERIER, JCI Civil Code, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-2, n° 174.

<sup>165</sup> Cass. crim., 23 févr. 1988 ; *D.* 1988. 311, note GROUDEL.

<sup>166</sup> L. MELENNEC, « Le préjudice sexuel (*Damnum sexuelle*) », préc.

<sup>167</sup> G. MOR, *Évaluation du préjudice corporel*, éd. Dalloz, coll. Delmas, 2<sup>e</sup> éd., 2014, p. 469 et s. – C. BERNFELD, F. BIBAL, « Les préjudices liés à la vie sexuelle », préc.

faisait l'objet d'une approche globalisante. S'il est possible de dire, grivoisement, que « [...] l'acte sexuel procède à la fois du sport, de la culture et du loisir »<sup>168</sup>, nous ne pouvons sérieusement admettre qu'il s'agit d'un agrément comme un autre, ce que la jurisprudence a fini par reconnaître<sup>169</sup>. Contrairement aux activités quotidiennes, comme la lecture ou l'horticulture, qui favorisent principalement et directement l'épanouissement, la vie sexuelle est d'abord tournée vers l'autre – le conjoint mais aussi celui à qui l'on donne vie – et que cette communion favorise l'épanouissement de la personne. Une réparation commune aurait pour effet de négliger cet aspect et, finalement, « de banaliser le préjudice sexuel en le confondant avec les autres désagréments de la vie courante »<sup>170</sup>. L'autonomie obtenue par le préjudice sexuel à l'égard du préjudice d'agrément doit donc être saluée pour ces raisons.

**182. Autonomie relative.** Si le préjudice sexuel a obtenu une autonomie vis-à-vis de l'ancienne incapacité permanente et du préjudice d'agrément, il n'en demeure pas moins que son indépendance au sein de la nomenclature Dintilhac est relative. Pendant la période temporaire, celui-ci est réparé de manière confondue avec d'autres préjudices au sein du DFT. Un auteur a fait alors remarquer que c'était lui faire « [...] un sort curieux »<sup>171</sup>. Et pour cause, puisque ce poste de préjudice n'est adapté, ni par son identité, ni par son évaluation, au préjudice sexuel. Ce dernier n'est envisagé, dans la définition qu'en donne le rapport Dintilhac, qu'au travers de « [...] l'invalidité subie par la victime dans sa sphère personnelle pendant la maladie traumatique [...] »<sup>172</sup>, ce qui indique bien que l'aspect fonctionnel y est prédominant. Comment peut-on alors correctement appréhender la souffrance éprouvée par la victime bousculée dans sa vie sexuelle ? Cela semble d'autant plus hasardeux que son évaluation, comme nous l'avons vu, conforte cette analyse. Alors que la maladie traumatique met au jour les atteintes les plus vives, une reconnaissance de l'autonomie du préjudice sexuel serait souhaitable. Seulement, la jurisprudence, qui fait une application scrupuleuse de la nomenclature, n'y semble pas favorable, un récent arrêt ayant notamment rappelé que « le poste de préjudice de déficit fonctionnel temporaire, qui répare la perte de qualité de vie de la victime et des joies usuelles de la vie courante pendant la maladie traumatique, intègre le préjudice sexuel subi pendant cette

---

<sup>168</sup> L. MELENNEC, « Le préjudice sexuel (*Damnum sexuelle*) », préc.

<sup>169</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 janv. 1993, n° 91-15. 391 ; *RTD civ.* 1993. 587, obs. JOURDAIN.

<sup>170</sup> M. BOURRIÉ-QUENILLET, « Le préjudice sexuel : preuve, nature juridique et indemnisation », préc.

<sup>171</sup> A.-G. LÉCUYER, « Le préjudice sexuel aux prises avec le déficit fonctionnel temporaire », *D.* 2015. 469.

<sup>172</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, préc., p. 37.



période »<sup>173</sup>. Au contraire, une fois les lésions fixées, son indépendance est acquise<sup>174</sup>. Il n'est alors plus réparé de manière confondue avec l'incapacité fonctionnelle et le préjudice d'agrément.

**183. Répercussions.** Bien que le préjudice sexuel ait vocation à accueillir l'ensemble des bouleversements liés à la vie sexuelle de la victime, certaines atteintes peuvent être indemnisées, lorsque leur nature le justifie, au sein d'autres postes de préjudice. D'une part, il peut s'agir du préjudice esthétique, lorsqu'une mutilation ou ablation d'organe sexuel modifie l'apparence de la personne<sup>175</sup>. Ainsi, la perte d'un sein<sup>176</sup>, d'un testicule<sup>177</sup> ou de la verge<sup>178</sup>, altèrent l'image que l'on donne de soi aux personnes partageant notre intimité, et celle que l'on a de soi-même. Le fait que ces parties ne soient pas visibles pour le plus grand nombre ne fait pas obstacle à la réparation, même si cela le rend moins grave. D'autre part, il peut s'agir du DFP, car les infirmités sexuelles sont une atteinte physiologique, une invalidité<sup>179</sup>. En l'occurrence, l'on ne tient pas compte de la souffrance ressentie mais de la diminution objective des capacités fonctionnelles de la personne<sup>180</sup>. Certains auteurs regrettent que les hommes et les femmes ne soient pas toujours traités de la même façon pour des atteintes comparables<sup>181</sup>. Ainsi, les atteintes aux organes sexuels masculins feraient parfois l'objet d'un traitement plus favorable. Sur ce point, il importe que les atteintes portées aux organes sexuels masculins et féminins soient traitées de la même manière dès lors que leurs fonctions sont comparables, sauf à démontrer scientifiquement que l'atteinte portée aux premiers génère un dérèglement fonctionnel plus significatif. Si des barèmes ou guides médicaux expliquent ces différences par un « contexte socio-culturel européen que l'évaluation ne pourrait ignorer »<sup>182</sup> ou par les

---

<sup>173</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 déc. 2014, n° 13-28.774 ; *D. actu.* 6 janv. 2015, obs. CAYOL.

<sup>174</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 juin 2012, n° 11-16.120.

<sup>175</sup> M. PERIER, *JCI Civil Code*, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-2, préc., n° 163 et 178.

<sup>176</sup> CAA Paris, 5 juin 2008, n° 07PA01618 ; *JCP A* 20 avr. 2009, n° 17, p. 2094.

<sup>177</sup> CAA Lyon, 17 déc. 2002, *JurisData* n° 2002-218943.

<sup>178</sup> Aix-en-Provence, 1<sup>er</sup> oct. 2015, n° RG 14/14992.

<sup>179</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, *op. cit.*, n° 182.

<sup>180</sup> C. BERNFELD, F. BIBAL, « Les préjudices liés à la vie sexuelle », préc.

<sup>181</sup> L. CARAYON, M. DUGUÉ, J. MATTIUSI, « Réflexions autour du préjudice sexuel », préc.

<sup>182</sup> Guide barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique, éd. Anthemis, 2010, p. 57.

« troubles psychiques en résultant »<sup>183</sup>, cela ne convainc pas.

**184. Saisir le vécu.** Pour obtenir réparation de son préjudice sexuel, la victime doit avoir eu conscience de la diminution de sa qualité de vie. Lorsqu'elle est restée dans le coma depuis le fait dommageable jusqu'à son décès, ses héritiers n'ont pas la possibilité, par le biais de l'action successorale, d'obtenir réparation de ce préjudice<sup>184</sup>. Il est donc inexact d'affirmer que « la conscience du préjudice sexuel semble indifférente »<sup>185</sup>. En effet, l'indemnité recherchée est censée permettre la réparation de « l'atteinte à une fonction essentielle de l'accomplissement à tous niveaux de l'homme et de la femme »<sup>186</sup>. S'il n'y a de conscience de cette perte, il n'y a pas de souffrance, et donc pas de réparation possible.

**185. Arduité de l'évaluation.** L'évaluation est délicate. Non seulement ce préjudice n'est pas toujours évoqué par les victimes, soit qu'elles n'en prennent pas la mesure, soit que, par pudeur, elles préfèrent le taire ; mais lorsqu'il l'est, il n'en demeure pas moins difficile à objectiver<sup>187</sup>. L'expert s'appuie notamment, pour y parvenir, sur les dires de la victime, auxquels s'ajoutent les éléments obtenus dans son dossier médical et dans le cadre de l'examen clinique<sup>188</sup>. Des lésions anatomiques, la prise de traitements corrigeant des troubles de la sexualité ou, au contraire, ayant pour effet secondaire d'en créer, sont des indications utiles à l'évaluation du préjudice sexuel<sup>189</sup>. Seulement, il est des hypothèses dans lesquelles aucune séquelle apparente ne vient corroborer les doléances de la victime. Du fait de l'incertitude, aucun préjudice ne saurait alors être retenu, d'où l'importance, en pareille circonstance, de l'attestation du conjoint.

**186. Importance de la sexualité même dépourvue d'une dimension procréative.** Contrairement à d'autres préjudices, il n'existe pas d'échelle à 7 degrés permettant de coter le préjudice sexuel. L'expert peut tout de même recourir à des qualificatifs – léger, moyen, important – qui y correspondent. Afin d'objectiver le préjudice, il importe de prendre en compte les séquelles en présence, les traitements dispensés et leurs éventuels effets indésirables, ainsi

---

<sup>183</sup> CSS, art. R. 434-32, annexe 1 (12. 1).

<sup>184</sup> Basse-Terre, 9 janv. 2017, *JurisData* n° 2017-001953.

<sup>185</sup> L. CARAYON, M. DUGUÉ, J. MATTIUSI, « Réflexions autour du préjudice sexuel », préc.

<sup>186</sup> G. MOR, *Évaluation du préjudice corporel*, *op. cit.*, p. 504.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 502.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 503.

<sup>189</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, *op. cit.*, n° 184.

que l'âge de la personne, étant considéré qu'un sujet jeune souffre davantage des bouleversements liés aux modifications touchant la sphère sexuelle. En effet, dans cette dernière hypothèse, la vie sexuelle et procréative est essentiellement à venir. Pour autant, l'activité sexuelle d'une personne âgée ne doit pas être négligée sous prétexte qu'elle serait dépourvue de toute dimension procréative. La CEDH a récemment condamné le Portugal, car la cour administrative suprême de cet État avait réduit l'indemnité d'une victime demandant réparation de son préjudice sexuel, au motif que la requérante « était déjà âgée de 50 ans et mère de deux enfants à la date de l'opération, âge où la sexualité n'a[vait] plus autant d'importance, laquelle diminue avec l'âge », et qu'elle n'« a[vait] vraisemblablement à s'occuper que de son mari » au regard de l'âge de ses enfants. D'après la Cour européenne, « l'enjeu du litige ne portait pas sur des considérations d'âge ou de sexe en tant que telles, mais plutôt sur l'hypothèse selon laquelle la sexualité n'a pas autant d'importance pour une quinquagénaire mère de deux enfants que pour une femme plus jeune. Pareille hypothèse reflète une conception traditionnelle de la sexualité féminine voulant que celle-ci soit principalement liée à la procréation et méconnaissant son importance physique et psychologique pour l'épanouissement de la femme en tant qu'individu. Outre son caractère moralisateur, cette hypothèse ne tient pas compte d'autres aspects de la sexualité féminine qui concernaient la requérante »<sup>190</sup>. Le Portugal a finalement été condamné au visa des articles 8 et 14 de la CESDH. Cette décision ne remet pas en question la prise en considération de l'âge dans la détermination du préjudice sexuel et, au-delà, de tout préjudice extrapatrimonial, mais elle invite plutôt à ne pas traiter de manière différente les hommes et les femmes sur la base de préjugés, et à ne pas considérer que la sexualité d'une personne âgée, dont la dimension procréative est exclue, serait moins épanouissante que celle conduite par une personne plus jeune. Ainsi, l'observation faite par le docteur Louis Melennec d'après laquelle « [...] on admet que la perte par un sujet masculin de sa puissance virile est plus grave de conséquences que la frigidity de la femme »<sup>191</sup> ne pourrait plus à présent être soutenue par un juge français, sous peine d'être censurée par cette juridiction internationale. Outre l'âge, il est possible de tenir compte du fait que la personne est célibataire ou n'a pas encore eu d'enfant. Dans ce cas, le préjudice sexuel paraît plus important que dans l'hypothèse dans laquelle la personne est déjà établie, car celle-ci a eu l'occasion de s'accomplir en tant qu'homme ou femme avant le fait dommageable. Par contre, si un auteur a cru pouvoir

---

<sup>190</sup> CEDH, 25 juill. 2017, aff. *Carvalho Pinto de Sousa Morais c/ Portugal*, n° 17484/15 ; *Resp. civ. et assur.* oct. 2017, p. 3, note BLOCH ; *Gaz. Pal.* 30 janv. 2018, p. 64, obs. BERNFELD et BIBAL.

<sup>191</sup> L. MELENNEC, « Le préjudice sexuel (*Dammum sexuelle*) », préc.

soutenir que l'impuissance est « une catastrophe moindre pour un intellectuel qui peut goûter les plaisirs de l'esprit, la littérature, l'art, la poésie, la musique, que pour un brave garçon, qui ne peut connaître que les joies de la nature »<sup>192</sup>, cela ne semble être qu'un concept détaché de toute réalité, et ce faisant à proscrire.

**187. Indemnisation.** L'indemnisation du préjudice nécessite une analyse personnalisée. Le Professeur Yvonne Lambert-Faivre soutient en ce sens qu'« un tel chef de préjudice ne saurait être évalué en fonction d'une mercuriale statistique, compte tenu de son caractère très personnalisé, et doit bien au contraire faire l'objet d'une appréciation purement *in concreto* »<sup>193</sup>. En effet, nous avons relevé dans un précédent développement que le préjudice sexuel est une souffrance qui se traduit par un mal-être du sujet, mal-être du fait d'une image de soi altérée, d'une impossibilité d'aimer ou d'être aimé, d'une difficulté ou d'une impossibilité de s'inscrire dans l'Histoire par le don de la vie. Il est alors nécessaire de tenir compte du vécu de la personne et de sa situation familiale pour mieux apprécier ce qu'elle a pu ressentir. Les circonstances dans lesquelles le préjudice sexuel a été provoqué ne doivent pas non plus être ignorées, car leur retentissement peut être important. Par cette individualisation, l'indemnité est censée représenter le vécu de la personne confrontée aux altérations de sa vie sexuelle. Celle-ci peut atteindre, en l'état actuel de la jurisprudence, 60.000 euros dans les cas les plus graves, notamment s'il s'agit de jeunes victimes<sup>194</sup>.

## B. Le préjudice d'établissement

**188. Reconnaissance et autonomie.** De toutes les altérations de la qualité de vie, le préjudice d'établissement est celui dont la reconnaissance est la plus récente<sup>195</sup>. Pourtant, l'altération est majeure, car la vie de famille, actuelle ou projetée, est frappée d'incertitude, bousculée dans ses fondements, du fait du dommage corporel. C'est en 2011 que la Cour de

---

<sup>192</sup> A. TOULEMON, note sous TGI Valence, 6 juill. 1972, *Gaz. Pal.* 1972. 2. 857.

<sup>193</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, op. cit.*, n° 216.

<sup>194</sup> J. MAVIEL, « Évaluations chiffrées du préjudice sexuel », *Gaz. Pal.* 30 janv. 2018, p. 80. – Voir, par exemple, Aix-en-Provence, 7 avril 2016, *JurisData* n° 2016-009508. 50.000 € alloués au titre du préjudice sexuel, « eu égard notamment à son jeune âge » (21 ans).

<sup>195</sup> Une décision de justice, *a priori* isolée, a réparé ce préjudice de manière autonome au début des années 1970. Voir TGI Bastia, 7 juill. 1971, cité par D. YAKOUBEN, *Gaz. Pal.* 31 janv. 2009, p. 48.

cassation l'a présenté comme un préjudice personnel autonome, et l'a défini comme « la perte d'espoir et de chance de réaliser un projet de vie familiale en raison de la gravité du handicap »<sup>196</sup>. Une précédente décision, rendue par la même juridiction en 2005, en dessinait déjà les contours en le distinguant opinément, mais sans le définir, du préjudice d'agrément et des autres préjudices personnels<sup>197</sup>. D'après le rapport Dintilhac, qui reconnaît son indépendance, ce poste « cherche à indemniser la perte d'espoir, de chance ou de toute possibilité de réaliser un projet de vie familiale en raison de la gravité du handicap permanent dont la victime reste atteinte après sa consolidation. Il s'agit de la perte d'une chance de fonder une famille, d'élever des enfants et, plus généralement, des bouleversements dans les projets de vie de la victime qui la contraignent à certains renoncements sur le plan familial »<sup>198</sup>. Son aspect social le distingue nettement de la dimension procréative du préjudice sexuel. Comme l'ont fait observer certains auteurs, « le fait de fonder une famille et de se reproduire sont deux choses distinctes. Il est ainsi tout à fait possible d'envisager qu'une personne soit indemnisée du fait de se voir privée de l'espoir de construire une relation familiale, alors même qu'elle ne souhaite pas – ou ne pouvait déjà pas – y procéder par la voie biologique »<sup>199</sup>. Néanmoins, la distinction demeure subtile quand on sait qu'en pratique les deux vont souvent de pair, ces mêmes auteurs suggérant, à raison, d'intégrer l'aspect procréatif au préjudice d'établissement afin d'éviter toute confusion.

**189. Une entrave à l'accomplissement de la personne.** Alors que toute personne a droit au mariage et de fonder une famille<sup>200</sup>, le préjudice d'établissement s'analyse comme « le prix de la famille »<sup>201</sup>. C'est le coût du renoncement, plus ou moins marqué, à l'établissement de la personne, et partant à son accomplissement. Du fait de l'atteinte subie à son intégrité physique ou psychique, la victime n'a que peu de chance de parvenir à construire une vie de famille<sup>202</sup>. Si les séquelles physiologiques constituent sûrement un frein, il faut aussi compter

---

<sup>196</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 mai 2011, n° 10-17.148 ; *D.* 2012. 47, obs. BRUN.

<sup>197</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 30 juin 2005, n° 03-19.817 ; *RTD civ.* 2006. 130, note JOURDAIN.

<sup>198</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, préc., p. 40.

<sup>199</sup> L. CARAYON, M. DUGUÉ, J. MATTIUSI, « Réflexions autour du préjudice sexuel », préc.

<sup>200</sup> CESDH, art. 12.

<sup>201</sup> P. LE TOURNEAU (dir.), Dalloz Action, Droit de la responsabilité et des contrats, 2014, n° 1593.

<sup>202</sup> G. MOR, *Évaluation du préjudice corporel*, op. cit., p. 505. – M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n° 185. – M. PERIER, JCI Civil Code, art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-

sur la lourdeur des traitements et des soins, des périodes d'hospitalisation, qui compliquent la vie et rendent incertaine, voire impossible, la formation d'un couple. La stérilité consécutive à l'atteinte corporelle peut également la contraindre à renoncer à avoir des enfants et, partant, à constituer cette famille<sup>203</sup>. Toutefois, la Cour de cassation, soucieuse de ne pas « hiérarchiser les formes de filiation »<sup>204</sup>, a considéré que le fait, pour une requérante, d'avoir pu adopter un enfant, justifiait le refus de faire droit à sa demande d'indemnisation d'un préjudice d'établissement<sup>205</sup>. La solution est logique : le renoncement à l'inscription de la personne dans une chaîne générationnelle et, en quelque sorte, dans l'Histoire, doit être réparé au sein du préjudice sexuel qui comprend une dimension procréative, car la « famille » qu'appréhende, dans une certaine mesure, le préjudice d'établissement, suppose la présence d'au moins un enfant, qui peut être issu des voies naturelles ou, à défaut pour le couple d'y parvenir, d'une adoption voire d'une assistance médicale à la procréation. D'ailleurs, la Haute juridiction de l'ordre judiciaire a récemment statué en ce sens dans une affaire dans laquelle une femme exposée *in utero* au diéthylstilbestrol, avait eu un enfant à l'issue d'un parcours d'assistance médicale à la procréation, peu important qu'elle soit privée par ailleurs de « son espoir d'avoir plusieurs enfants et de donner, comme elle souhaitait avec son conjoint, à leur fille unique un frère ou une sœur ». Les Hauts magistrats ont notamment retenu « que, même si elle n'avait pu avoir qu'un seul enfant, Mme G. avait fondé une famille »<sup>206</sup>.

**190. Les perturbations de la vie de famille actuelle ou projetée.** Dans la mesure où le préjudice d'établissement s'entend, dans un sens plus large, des « bouleversements dans les projets de vie de la victime qui la contraignent à certains renoncements sur le plan familial »<sup>207</sup>, il convient d'inclure les hypothèses dans lesquelles la personne menait déjà une vie de famille. Ces bouleversements correspondent notamment aux perturbations de la vie familiale et à la place que la victime y occupe à présent. Un préjudice d'établissement se trouve ainsi caractérisé

---

2, n° 183.

<sup>203</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n° 186.

<sup>204</sup> P. BRUN, *D.* 2018. 35, obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 juin 2017, n° 16-19.185.

<sup>205</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 juin 2017, n° 16-19.185 ; *D.* 2018. 35, obs. BRUN ; *Gaz. Pal.* 7 nov. 2017, p. 66, obs. TAPINOS.

<sup>206</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 juin 2019, n° 18-16.236.

<sup>207</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, préc., p. 40.

lorsque la victime n'est plus en mesure d'élever ses enfants en raison de troubles cognitifs<sup>208</sup>. De même, il est possible de retenir la dépression de la victime en tant que cela « participe de l'impossibilité de connaître à nouveau une vie familiale normale »<sup>209</sup>, ou, de façon moins problématique, les difficultés rencontrées dans la réalisation de « projets matériels d'installation »<sup>210</sup>. Il convient aussi de tenir compte des risques majorés de séparation du couple. Dans certains cas, la dislocation de la cellule familiale devient inévitable tant la vie de la personne se résume à ces contraintes<sup>211</sup>. Bref, le préjudice d'établissement permet de réparer le mal-être de la personne lié à sa vie de famille et aux projets y relatifs. Nos juridictions nationales retiennent cette conception large dudit préjudice, et admettent même l'indemnisation de « la perte de chance pour la victime handicapée de réaliser un nouveau projet de vie familiale »<sup>212</sup>, en cas de séparation ou de dissolution d'une précédente union avant la survenance du fait dommageable.

**191. Exception.** Cependant, en cas de faute inexcusable au sens de l'article L. 452-3 du CSS, qui concerne les hypothèses d'accidents du travail et de maladie professionnelle, c'est une conception plus étroite de ce préjudice qui est retenue. En effet, « le préjudice d'établissement réparable en application de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale consiste en la perte d'espoir et de chance de réaliser un projet de vie familiale en raison de la gravité du handicap »<sup>213</sup>. Se trouvent alors évacuées du champ de ce poste de préjudice les perturbations de la vie familiale. Dans cette affaire, le requérant demandait réparation d'un préjudice d'établissement, étant donné que « la gravité de ses séquelles ne lui permettra pas d'avoir une vie de famille normale d'autant plus qu'il est marié et père d'un enfant ». Cette conception étroite ne permet pas de les intégrer, le préjudice d'établissement se trouvant limité à la seule perte d'espoir de construire une vie de famille. Si la Cour de cassation laisse entendre que les bouleversements de la vie de famille se trouvent déjà réparés, en pareille hypothèse, au sein du DFP, qui est pris en compte dans la rente versée par la sécurité sociale, cela semble douteux, le

---

<sup>208</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 oct. 2012, n° 11-24.789.

<sup>209</sup> Versailles, 4 déc. 2014, n° RG 11/00831.

<sup>210</sup> Douai, 29 janv. 2009, n° RG 07/01338.

<sup>211</sup> D. YAKOUBEN, « Fiche pratique XIX : le préjudice d'établissement », *Gaz. Pal.* 31 janv. 2009, p. 48.

<sup>212</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 janv. 2015, n° 13-27.761 ; *D.* 2015. 661, note SAULIER. – Voir, plus récemment, Chambéry, 11 oct. 2016, n° RG 15/02570.

<sup>213</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 juin 2018, n° 17-20.125 ; *Gaz. Pal.* 16 oct. 2018, p. 53, note PRIOU-ALIBERT. – Voir, antérieurement, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 2 mars 2017, n° 15-27.523.

montant de cette rente étant déterminé en fonction d'un taux d'incapacité permanente. La méthode de calcul paraît inadaptée à la prise en considération de préjudices personnels. Cela explique que cette décision de justice ait fait l'objet de critiques en doctrine, un auteur ayant protesté contre « une lecture hypertrophiée du déficit fonctionnel permanent »<sup>214</sup> après avoir rappelé que « les victimes de faute inexcusable sont les parents pauvres de l'indemnisation »<sup>215</sup>. Aussi, une définition commune du préjudice d'établissement est attendue. Elle doit être élargie aux perturbations de la vie familiale, afin qu'il n'y ait pas de différences, selon les régimes, dans la manière d'indemniser les victimes.

**192. Distinctions.** L'autonomie à présent reconnue au préjudice d'établissement impose de le distinguer clairement des autres préjudices personnels. Il se distingue, comme nous l'avons déjà relevé, du préjudice sexuel, qui indemnise la souffrance existentielle de la personne liée à l'altération de sa vie sexuelle et de sa capacité à procréer<sup>216</sup>. Contrairement au préjudice sexuel, le préjudice d'établissement présente un aspect social plus marqué : la personne perd l'espoir d'accéder à un statut familial ou matrimonial et, lorsqu'elle y est déjà parvenue, de le maintenir en l'état. La souffrance existentielle réside cette fois dans le manque provoqué par la difficulté d'accéder à un « véritable statut social »<sup>217</sup>, auquel on prête un effet intégratif, la position de la personne se trouvant renforcée dans ses différents cercles de relation ; ou dans la fragilisation de ce statut. Ensuite, le préjudice d'établissement se différencie du préjudice d'agrément, qui vise à réparer la souffrance de celui qui ne peut plus s'adonner à une activité spécifique sportive ou de loisirs. S'il a été possible, du temps où la jurisprudence en faisait une conception large, d'y inclure le préjudice d'établissement<sup>218</sup>, alors considéré comme un trouble dans les conditions d'existence, cela n'est plus envisageable depuis que la Cour de cassation privilégie une conception étroite<sup>219</sup>. Enfin, il se démarque du DFP dont la nature et l'évaluation, centrées sur l'incapacité physiologique de la personne, ne permettent pas de saisir convenablement ce préjudice personnel<sup>220</sup>.

---

<sup>214</sup> L. PRIOU-ALIBERT, *Gaz. Pal.* 16 oct. 2018, p. 53, note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 2 mars 2017, n° 17-20.125.

<sup>215</sup> *Ibid.*

<sup>216</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 mai 2011, n° 10-17.148.

<sup>217</sup> M. GAILLE, *Le désir d'enfant*, *op. cit.*, p. 52-53.

<sup>218</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 sept. 2003, n° 01-10.663.

<sup>219</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 30 juin 2005, n° 03-19.817.

<sup>220</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 janv. 2012, n° 11-10.224.



**193. Indemnisation.** L'évaluation du préjudice d'établissement se fait « sous l'angle de la perte de chance »<sup>221</sup> et incombe essentiellement au juge. En effet, l'expert n'est pas en mesure de le quantifier. Au plus, il peut en indiquer l'existence. Pour l'apprécier, le juge s'appuie sur les doléances de la victime, les données médicales présentes dans le rapport d'expertise, ainsi que celles relatives à la situation personnelle et familiale de l'intéressé<sup>222</sup>. Il convient ici de retenir, parmi d'autres facteurs, l'âge de la victime, sa situation familiale et matrimoniale et la gravité de son état depuis le fait dommageable<sup>223</sup>. L'appréciation se fait nécessairement *in concreto*, car il s'agit, au-delà de la perte de chance de construire ou de maintenir une vie de famille, d'évaluer un sentiment de mal-être. En pratique, l'indemnité atteint 60.000 euros dans les cas les plus pénibles<sup>224</sup>.

#### **IV. Les autres atteintes à la qualité de la vie**

**194. La diminution de l'être.** Jusqu'à présent, nous avons vu que la victime subit une perte de qualité de vie lorsque son image est dégradée, lorsqu'elle ne peut s'adonner à ses loisirs ou mener une vie sexuelle et familiale épanouissante. Ces hypothèses sont certainement les plus notables, mais elles n'embrassent pas l'ensemble des situations dans lesquelles la personne peut éprouver quotidiennement une altération de sa qualité de vie à la suite d'un dommage corporel<sup>225</sup>. La notion de qualité de vie, subjective et individuelle<sup>226</sup>, renvoie à la conscience de la pleine possession de ses capacités<sup>227</sup>. Il reste alors ces perturbations de la vie courante qui rappellent systématiquement à la personne qu'elle est diminuée. Les atteintes physiologiques dont elle peut être victime et qui, parfois, l'immobilisent, transforment son quotidien de façon plus ou moins radicale. Ce peut être, par exemple, « une station debout rendue pénible, mais

---

<sup>221</sup> G. MOR, *Évaluation du préjudice corporel*, op. cit., p. 506-507.

<sup>222</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n° 187.

<sup>223</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, op. cit., n° 219

<sup>224</sup> Aix-en-Provence, 16 janv. 2014, n° RG 12/00535.

<sup>225</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, op. cit., n° 210. Les autres atteintes à la qualité de vie ont vocation à intégrer le déficit fonctionnel.

<sup>226</sup> M.-C. LAGRANGE, *JCI Resp. civ. et assur.*, fasc. 202-1-3, n° 187.

<sup>227</sup> G. MOR, *Évaluation du préjudice corporel*, op. cit., p. 469.

aussi l'usage d'une canne nécessaire à la marche, ainsi que des difficultés pour se déplacer avec utilisation fréquente d'une chaise roulante »<sup>228</sup>. Ce peut être encore, pour un retraité, le fait qu'il soit devenu « impossible d'aller se promener quotidiennement comme il en avait l'habitude pour rencontrer ses amis dans son club de pétanque »<sup>229</sup>, ou pour une grand-mère, « de ne plus pouvoir recevoir, garder, prendre dans ses bras ou jouer avec ses petits-enfants »<sup>230</sup>. Cela correspond à toutes les « difficultés actuelles et pérennes rencontrées par la victime dans sa vie de tous les jours »<sup>231</sup>. Dans le cas des traumatisés crâniens, il faut notamment compter sur une importante désinsertion sociale<sup>232</sup>.

**195. Les perturbations diverses de la vie quotidienne.** La souffrance de la victime consiste dans la perte de maîtrise de son environnement. Les choses les plus insignifiantes – se lever, se laver, se déplacer, s'habiller, manger, trouver le sommeil, etc. – sont aussi les plus communes et une source potentielle de satisfaction. Ne plus pouvoir les réaliser, c'est être confronté à la « résistance du quotidien »<sup>233</sup>, à la « diminution de ce pouvoir-être »<sup>234</sup> qui nous permet habituellement de décider pour nous-même, librement. La vie devient plus rude, car l'on prend conscience des gestes et des postures qui, autrefois, présentaient une certaine automaticité. Le temps se trouve alors modifié, parce que la pénibilité rencontrée en fait perdre, et il faut parfois, lorsque la tâche s'avère trop difficile, l'anticiper<sup>235</sup>. Le philosophe Jean-Baptiste Prévost évoque « la puissance de nuisance des petits détails du quotidien, presque invisibles à l'œil nu »<sup>236</sup>, qui nuisent à la qualité de vie. Celle-ci, ajoute-t-il, « se loge souvent là, précisément dans ce qui vient lester l'existence d'un poids de contrainte qui empêche l'insouciance et le plaisir de vivre »<sup>237</sup>.

**196. Absence d'autonomie.** D'après le rapport Dintilhac, la perte de qualité de vie est

---

<sup>228</sup> Colmar, 8 nov. 2018, n° RG 17/00583.

<sup>229</sup> Metz, 20 sept. 2018, n° RG 16/02299.

<sup>230</sup> Aix-en-Provence, 19 oct. 2011, n° RG 09/04336.

<sup>231</sup> M.-C. LAGRANGE, JCI Resp. civ. et assur., fasc. 202-1-3, n° 189.

<sup>232</sup> J.-L. TRUELLE, M. MONTREUIL, P. NORTH, « Quelle qualité de vie après un traumatisme crânien ? », *Gaz. Pal.* 3 déc. 2011, p. 17.

<sup>233</sup> J.-B. PRÉVOST, « Qualité de vie, quotidienneté et liberté », *Gaz. Pal.* 3 déc. 2011, p. 21.

<sup>234</sup> *Ibid.*

<sup>235</sup> *Ibid.*

<sup>236</sup> J.-B. PRÉVOST, « La difficile mesure de la perte de qualité de vie », *Gaz. Pal.* 16 juill. 2011, p. 22.

<sup>237</sup> *Ibid.*

une composante du déficit fonctionnel. Cela est vrai pour la période temporaire, puisque « la perte de la qualité de vie et des joies usuelles de la vie courante »<sup>238</sup> intègre le DFT au même titre que le préjudice d'agrément et le préjudice sexuel, ce qui est d'ailleurs « une source de complexité regrettable »<sup>239</sup>. C'est aussi le cas pour la période définitive depuis que la jurisprudence adopte une conception étroite du préjudice d'agrément<sup>240</sup>. En effet, aux termes de ce rapport, le DFP doit intégrer « la perte de qualité de vie et les troubles dans les conditions d'existence que la victime rencontre au quotidien après la consolidation »<sup>241</sup>. Ces perturbations de la vie quotidiennes sont à présent un élément du DFP. Cette agrégation de préjudices personnels au sein des postes consacrés au déficit fonctionnel est malheureuse, car ils concernent l'invalidité de la personne et prévoient une méthode de calcul purement objective, qui paraît incompatible avec la nécessaire appréhension « d'un vécu caractérisé fondamentalement dans sa dimension à la fois subjective et pluridimensionnelle »<sup>242</sup>. Pour un même taux d'incapacité, le mal-être de la personne peut être significativement différent selon son histoire, sa situation sociale et familiale, étant observé que cela influe sur les habitudes et la manière d'appréhender le quotidien. La mise en place de sous-catégories au sein des postes consacrés au déficit fonctionnel, avec des méthodes d'évaluation adaptées, permettrait de répondre à cette difficulté dans notre hypothèse<sup>243</sup>. Il semble effectivement opportun de distinguer clairement dans ces postes les aspects objectifs et subjectifs<sup>244</sup>, car, en l'état, « une évaluation de ces troubles dans les conditions d'existence englobée dans un taux d'APIPP ou de DFP est un non-sens »<sup>245</sup>.

---

<sup>238</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, préc., p. 38.

<sup>239</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, op. cit., n° 199.

<sup>240</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 mai 2009, n° 08-16.829 ; D. 2010. 49, obs. GOUT. – Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 févr. 2017, n° 15-21.528.

<sup>241</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, préc., p. 38.

<sup>242</sup> J.-B. PRÉVOST, « La difficile mesure de la perte de qualité de vie », préc.

<sup>243</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n° 175.

<sup>244</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. POCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, op. cit., n° 211.

<sup>245</sup> *Ibid.*, n° 201. – Pour des critiques relatives à la méthode de calcul du DFT, voir M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n° 144. – Voir également M.-C. LAGRANGE, JCI Civil Code, art. 1240 à 1245-17, fasc. 202-20, n° 54.

**197. Preuve et indemnisation.** Pour que ce préjudice de perte de qualité de vie soit correctement apprécié, il importe que la victime fournisse des attestations de proches et des photographies, afin que l'expert, puis le juge, prennent la mesure des changements dans la façon de vivre au quotidien<sup>246</sup>. Les éléments apportés doivent être en nombre suffisant pour qu'une comparaison puisse être faite<sup>247</sup>, et que l'indemnité représente réellement les complications ressenties par la victime dans « l'accomplissement des fonctions vitales actualisées quotidiennement »<sup>248</sup>. Concrètement, il s'agit de prendre « la mesure des obstacles et des gênes qui empêchent la victime de pouvoir mener son existence telle qu'elle l'entend, lui empêchant de vivre dans l'immanence du cours naturel de son existence »<sup>249</sup>. Cependant, l'évaluation objective du déficit fonctionnel, quelle que soit la période envisagée, ne permet pas une réparation intégrale de la perte de qualité de vie. L'on doute qu'elle soit effectivement valorisée<sup>250</sup>. Cela appelle une nouvelle approche de l'incapacité fonctionnelle, qui permette d'évaluer séparément ce qui relève de l'invalidité et du sentiment.

**198. Cas particulier du préjudice de contamination.** Toutes ces atteintes à la qualité de vie se trouvent réunies avec d'autres préjudices extrapatrimoniaux au sein du préjudice spécifique de contamination. Ce dernier a été créé par le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles, qui a été légalement chargé d'assurer la réparation des personnes contaminées par le sida<sup>251</sup>. Celui-ci l'a défini de la façon suivante : « Le préjudice personnel et non économique de contamination par le VIH recouvre l'ensemble des troubles dans les conditions d'existence entraînés par la séropositivité et la survenance de la maladie déclarée. Le préjudice spécifique inclut ainsi, dès la phase de séropositivité, tous les troubles psychiques subis du fait de la contamination par le VIH : réduction de l'espérance de vie, incertitude quant à l'avenir, craintes éventuelles de souffrances physiques et morales, isolement, perturbations de la vie familiale et sociale, préjudice sexuel et, le cas échéant, de procréation. Il inclut en outre les différents préjudices personnels apparus ou qui apparaîtraient en phase de maladie avérée, souffrances endurées, préjudice esthétique et l'ensemble des préjudices d'agrément

---

<sup>246</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cit., n° 174.

<sup>247</sup> M.-C. LAGRANGE, JCI Resp. civ. et assur., fasc. 202-1-3, n° 187.

<sup>248</sup> J.-B. PRÉVOST, « La difficile mesure de la perte de qualité de vie », préc.

<sup>249</sup> *Ibid.*

<sup>250</sup> M. BACACHE, *Les obligations. La responsabilité civile excontractuelle*, in *Traité de droit civil*, C. LARROUMET (dir.), Economica, coll. Corpus droit privé, 3<sup>e</sup> éd., 2016, n° 438.

<sup>251</sup> L. n° 91-1406, 31 déc. 1991, art. 47 ; JO 4 janv.

consécutifs »<sup>252</sup>. Dans la mesure où les décisions du fonds pouvaient faire l'objet d'un recours juridictionnel devant la cour d'appel de Paris, cette définition a été contrôlée par le juge judiciaire, qui en a apprécié la pertinence au regard du droit commun de la responsabilité civile. La Cour de cassation l'a reprise quasiment à l'identique<sup>253</sup>. Toutefois, elle a été revue aux fins d'adaptation après que ce préjudice a été étendu aux hypothèses de contamination par le virus de l'hépatite C (VHC)<sup>254</sup>. La distinction entre la phase de latence et celle correspondant à la maladie déclarée n'a plus été mentionnée, étant observé que la contamination par le VHC peut se décomposer en quatre étapes du fait d'une évolution plus complexe. L'évolution, lente, est aussi très incertaine, puisque seules 2,5 % des hépatites C aboutissent à un cancer du foie, stade ultime de la maladie<sup>255</sup>, certains auteurs questionnant l'opportunité de réserver l'indemnisation d'un préjudice de contamination aux seuls cas dans lesquels la victime a réellement vécu la perspective d'une issue fatale, afin de ne pas le dénaturer<sup>256</sup>. Il est à noter que le préjudice de contamination peut également être appliqué à d'autres situations, dès lors que la contamination par un agent exogène expose la victime à une issue fatale, même si ce risque est faible. Un tel préjudice a ainsi été reconnu dans une affaire dans laquelle une jeune femme, après avoir été traitée par hormone de croissance extractive, a développé la maladie de Creutzfeldt Jakob. Le tribunal de grande instance de Montpellier s'est appuyé sur le rapport d'expertise, qui souligne « que la maladie de Creutzfeldt Jakob a un pronostic vital, engagé à moyen terme. L'évolution est inéluctable avec une aggravation qui se poursuivra jusqu'au décès ». Dans cette affaire, la victime est décédée vingt-deux mois après la déclaration de la maladie<sup>257</sup>.

**199. Une perte exceptionnelle de qualité de vie.** L'atypicité du préjudice de contamination, qui englobe la plupart des préjudices extrapatrimoniaux, s'explique par la particularité des effets de la contamination. Tous ceux qui sont injustement contaminés subissent les mêmes symptômes, les mêmes désagréments. La personne contaminée a pour

---

<sup>252</sup> P. JOURDAIN, « Sida : le préjudice des transfusés contaminés devant la Cour de cassation », *RTD civ.* 1995. 626.

<sup>253</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 1995 ; *RTD civ.* 1995. 626. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 2 avr. 1996 ; *Bull. civ.* II, n° 88 ; *Resp. civ. et assur.* 1996. 215.

<sup>254</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 mars 2010, n° 08-16.169 ; *D.* 2010. 892, obs. GALLMEISTER.

<sup>255</sup> L. MORLET-HAÏDARA, « Le préjudice de contamination de nouveau sur le métier », *Resp. civ. et assur.* 2003, n° 12, étude 11.

<sup>256</sup> P. JOURDAIN, *RTD civ.* 2003. 506, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> avr. 2003, n° 01-00.575.

<sup>257</sup> TGI Montpellier, 9 juill. 2002, *JurisData* n° 2002-184304 ; *JCP G* 2002. II. 10158, obs. VIALLA.

horizon de vie une perspective d'évolution fatale, ce qui rejaillit sur les activités du quotidien, sur les relations familiales et sociales. À cela s'ajoutent les souffrances d'origine physique et morale liées à la prise de traitement et au développement de la maladie. De plus, dans le cas de la contamination par le VIH, il convient de prendre en considération son caractère stigmatisant, même si la société semble à présent mieux l'accepter. Le Professeur Yvonne Lambert-Faivre exposait clairement l'exclusion sociale dont souffraient les sidéens au début des années 1990 : « [...] la contamination par le virus du sida a fait resurgir toutes les vieilles peurs ancestrales et les réflexes d'exclusion sociale du Moyen-âge ; on voit le mari abandonner sa femme qui avait été transfusée lors d'un accouchement, le fils renier sa mère transfusée après un accident de la circulation, l'enfant refusé ou mis en quarantaine à l'école, le père de famille au chômage... Cette exclusion familiale et sociale aggrave le désespoir qu'engendre une maladie incurable dans l'état actuel de la science »<sup>258</sup>. Le préjudice de contamination peut s'analyser comme une perte exceptionnelle de la qualité de vie. Une victime a ainsi pu qualifier son préjudice de « préjudice de vie perdue »<sup>259</sup>. Certes, des traitements ont vu le jour, notamment la trithérapie qui permet de neutraliser le VIH, mais le risque d'échappement thérapeutique demeure, soit que la personne prend mal ses traitements, soit que le virus leur résiste, et, en toute hypothèse, ce dernier affaiblit le système immunitaire de la personne, la rendant vulnérable au développement de maladies opportunistes. Quant à la contamination par le VHC, elle n'exclut pas une possible issue fatale.

**200. Une existence réduite à la maladie.** Le préjudice de contamination répare la seule souffrance de la personne contaminée, qui est ici globale. L'existence se réduit à la maladie : les symptômes, la prise de traitement, les soins, l'anxiété face au risque de développement, ainsi que les bouleversements dans les conditions d'existence. Les douleurs physiques et morales ajoutent au mal-être de la personne.

**201. Exclusion de l'incapacité fonctionnelle.** L'exclusion du déficit fonctionnel du champ de ce préjudice<sup>260</sup> confirme cette analyse. Dans la mesure où son objet consiste principalement à réparer, quelle que soit la période envisagée, « l'invalidité subie par la victime dans sa sphère personnelle », rien ne justifiait son intégration. Alors que le préjudice de

---

<sup>258</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, « Principes d'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida par la cour d'appel de Paris », *D.* 1993. 67.

<sup>259</sup> CAA Paris, 11 avr. 2006, n° 02PA01897.

<sup>260</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 nov. 2009, n° 08-11.622 ; *RDSS* 2010. 156, note CRISTOL.

contamination appréhende les conséquences subjectives de l'atteinte à l'intégrité physique, le déficit fonctionnel poursuit la réparation de l'atteinte objective qu'est l'invalidité. Cette exclusion a fait l'objet de critiques au sein de la doctrine, certains évoquant « un choix schizophrène »<sup>261</sup>, tandis que d'autres, tout en reconnaissant les intérêts de cette distinction, la considèrent comme « délicate »<sup>262</sup>. Ce qui a semé le doute est l'inclusion des troubles dans les conditions d'existence au sein du déficit fonctionnel. Cela a pu faire craindre une double indemnisation de cet élément. Cependant, dans les affaires litigieuses ayant justifié cette distinction, ces troubles ont été réparés au titre du déficit fonctionnel avant la déclaration de la maladie, puis au titre du préjudice de contamination, le déficit fonctionnel se limitant alors à la seule incapacité appréciée objectivement. Cela signifie qu'au cours de la période correspondant à la prise de conscience de la contamination, le déficit fonctionnel n'a pas d'autre objet que l'indemnisation de l'incapacité fonctionnelle de la victime. Cette solution présente le mérite de ne pas bousculer le périmètre du préjudice de contamination.

**202. Saisir le vécu de la personne malade.** Parmi les conditions requises pour obtenir réparation du préjudice de contamination, nous trouvons la conscience de la personne. En effet, toute souffrance suppose une prise de conscience pour être vécue. Ceux qui en sont dépourvus ne subissent aucune perte puisqu'ils n'ont pas souffert. La jurisprudence, qui a un temps admis une approche objective de la souffrance, spécialement dans le cas des victimes se trouvant en état végétatif, a évolué en faisant de la conscience de la victime une condition de la réparation. C'est une approche subjective du préjudice de souffrance qui s'impose désormais. S'agissant du préjudice de contamination, la Cour de cassation a retenu que « le caractère exceptionnel de ce préjudice est intrinsèquement associé à la prise de conscience des effets spécifiques de la contamination »<sup>263</sup>. Dans la mesure où ce préjudice renferme peu ou prou l'ensemble des préjudices extrapatrimoniaux, cette solution doit leur être étendue.

**203. La conscience de la contamination.** Il nous faut toutefois reconnaître qu'elle a eu de regrettables effets dans un cas particulier. L'affaire mérite d'être ici évoquée. Une femme a été contaminée par le virus du sida et par le VHC à la suite de transfusions sanguines rendues nécessaires par une chirurgie cardiaque. Pendant 25 ans, elle aurait été tenue dans l'ignorance de sa maladie avant de décéder en 2009, la Cour de cassation précisant qu'elle a été hospitalisée

---

<sup>261</sup> L. MORLET-HAÏDARA, « Le préjudice de contamination de nouveau sur le métier », préc.

<sup>262</sup> P. JOURDAIN, *RTD civ.* 2010. 117, note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 sept. 2009, n° 08-17.241.

<sup>263</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 nov. 2012, n° 11-21.031 ; *D.* 2013. 346, note PORCHY-SIMON.

146 fois pendant cette période. N'ayant manifestement pas eu connaissance de sa maladie, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir débouté les héritiers de leur demande dans le cadre de l'action successorale. Cependant, comment ne pas partager les doutes émis par certains auteurs qui se sont questionnés au sujet de cette ignorance ? Le Professeur Stéphanie Porchy-Simon ne cache pas son étonnement quand elle affirme que « contrairement à l'analyse des faits telle que relatée par les différentes juridictions saisies, il nous paraît incertain qu'une victime hospitalisée plus de 100 fois durant 25 ans, dans des services hospitaliers prenant très certainement en charge des maladies infectieuses graves de même nature, ait pu ignorer, sinon le nom exact de ses maladies, tout au moins leur caractère fatal »<sup>264</sup>. Si l'exigence d'une conscience de la maladie peut être approuvée, son application paraît inappropriée en l'espèce, et la solution inique, dès lors qu'il est avéré que la patiente a nécessairement et injustement souffert. Le Professeur Stéphanie Porchy-Simon s'interroge : « Peut-on ainsi prétendre qu'une personne hospitalisée 146 fois en 25 ans du fait de la gravité de son état n'a subi, simplement parce qu'elle ignorait le nom de l'affection dont elle était atteinte, aucune souffrance morale ou physique, aucun préjudice d'agrément ou esthétique ? »<sup>265</sup> Seulement, cette décision fait définitivement obstacle à leur réparation puisque l'on y attache l'autorité de la chose jugée.

**204. L'indifférence de la guérison.** Il importe peu que la victime ait obtenu une guérison après traitement. En effet, dès lors que celle-ci a été confrontée à la maladie et, partant, à la perspective d'une issue possiblement fatale, la réparation demeure possible pour le temps au cours duquel la victime a subi ce préjudice. Cette solution, qui concerne une contamination par le VHC, doit être approuvée, dès lors qu'il a été observé que le VHC présente, en toute hypothèse, un risque d'issue fatale. Cela signifie que la victime contaminée a nécessairement vécu un état de souffrance du fait de cette prise de conscience. La Haute juridiction rapporte notamment, dans cette affaire, « que durant plus de dix ans [la victime] a pu ainsi nourrir des craintes légitimes d'aggravation de son état et notamment de contracter des affections favorisées par la présence du VHC ainsi que des perturbations dans sa vie »<sup>266</sup>. La souffrance existentielle est ainsi patente. Elle est même renforcée par le fait de ne pouvoir mettre un nom sur la maladie, car cela crée un climat anxiogène.

**205. Un préjudice obsolète ?** Malgré cela, des arguments sont avancés par une partie

---

<sup>264</sup> S. PORCHY-SIMON, *D.* 2013. 346, note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 nov. 2012, n° 11-21.031.

<sup>265</sup> *Ibid.*

<sup>266</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 juill. 2013, n° 12-23.915 ; *RTD civ.* 2013. 846, obs. JOURDAIN.



de la doctrine pour justifier une refonte de ce préjudice dans le sens d'une restriction de ses contours aux seuls aspects moraux « liés au fait d'être atteint d'une maladie évolutive, comme l'espérance de vie, les craintes ressenties, l'incertitude quant à l'avenir, l'isolement, les troubles dans la vie familiale et sociale »<sup>267</sup>, tandis que les autres – les souffrances endurées, les préjudices esthétique et d'agrément, les préjudices sexuel et d'établissement – auraient vocation à être indemnisés dans les postes prévus à cet effet. Il est notamment fait remarquer que le sida ne serait plus actuellement « une maladie socialement stigmatisante »<sup>268</sup>. En outre, depuis la création du préjudice de contamination, la méthodologie relative à l'indemnisation du dommage corporel a été revue avec la mise en œuvre de la nomenclature Dintilhac. Les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux ont été présentés et répertoriés en fonction de leurs spécificités, et le principe d'une indemnisation poste par poste a été légalement retenu. Seulement, ces arguments ne sont pas suffisants, car la spécificité du préjudice de contamination réside dans son caractère évolutif, qui le distingue de tous les autres. Nous partageons l'analyse du Professeur Patrice Jourdain d'après lequel « ces aspects particuliers des souffrances morales, comme le caractère évolutif du dommage interdisant la fixation d'une date de consolidation et d'un taux d'incapacité permanente, impriment à ce préjudice global une certaine spécificité »<sup>269</sup>. Il n'y a pas ici de perspective de fixation des lésions, mais au contraire une évolution pouvant possiblement conduire à la mort. Aussi, ce préjudice reflète une réalité qui lui est propre, dans la mesure où chacune de ses manifestations est vécue avec la conscience d'une possible issue fatale, ce qui en augmente la gravité. Autrement dit, tous les éléments du préjudice de contamination, y compris ceux qui, au sein de la nomenclature Dintilhac, ont une autonomie, s'inscrivent dans cette réalité. Selon une formule maintes fois reprise par la Cour de cassation, ce préjudice de contamination intègre, entre autres, « les souffrances, le préjudice esthétique et le préjudice d'agrément provoqués par les soins et traitements subis *pour combattre la contamination ou en réduire les effets* »<sup>270</sup>. Donc, il ne semble pas pertinent, alors que sa spécificité est consacrée et non contestée sur ce point, d'envisager la modification de son contenu.

#### **206. Indemnisation.** L'évaluation du préjudice de contamination, dont l'objet consiste,

---

<sup>267</sup> B. WALTZ, « Réflexions autour de la notion de préjudice spécifique de contamination », *Resp. civ. et assur.* 2013, n° 7-8, étude 5, n° 35.

<sup>268</sup> S. PORCHY-SIMON, *D.* 2013. 346, note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 nov. 2012, n° 11-21.031.

<sup>269</sup> P. JOURDAIN, *RTD civ.* 2003. 506, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> avr. 2003, préc.

<sup>270</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 mars 2010, n° 08-16.169 ; *D.* 2010. 892, obs. GALLMEISTER.

comme nous l'avons souligné, à réparer une perte exceptionnelle de qualité de vie, doit nécessairement prendre en compte la souffrance éprouvée par la victime. Certains critères objectifs, comme l'âge, peuvent certainement être utilisés afin d'en prendre la mesure. Pour sûr, plus le sujet est jeune, plus la perte est grande, ce qui a justifié une dégressivité de l'indemnisation en fonction de l'âge de la victime au temps de la contamination. Mais les juges saisis à ce propos ont fait observer la nécessité de prendre en considération « la situation concrète, personnelle et individuelle » de la victime<sup>271</sup>. L'indemnisation s'ajuste aux situations particulières.

## **§ 2 : L'atteinte à l'intégrité physique d'une personne chère**

### **207. La perte injuste de l'être aimé : le préjudice d'accompagnement de fin de vie.**

Il y a une perte injuste de l'être aimé lorsque la mort d'une personne est précipitée par le fait fautif d'autrui. Alors, il appartient à la personne responsable, conformément aux postes de préjudice présentés dans la nomenclature Dintilhac, d'indemniser « les troubles dans les conditions d'existence d'un proche, qui partageait habituellement une communauté de vie effective et affective avec la personne décédée à la suite du dommage »<sup>272</sup>. Il s'agit d'un « préjudice moral dont sont victimes les proches de la victime directe pendant la maladie traumatique de celle-ci jusqu'à son décès »<sup>273</sup>. Ce préjudice d'accompagnement en cas de décès de la victime principale est nommé par la Cour de cassation « préjudice d'accompagnement de fin de vie »<sup>274</sup>.

Comme l'indique le rapport Dintilhac, ce poste de préjudice vise à « indemniser les bouleversements que le décès de la victime directe entraîne sur le mode de vie de ses proches au quotidien »<sup>275</sup>. Il ne s'agit pas, à ce titre, de réparer la « souffrance psychologique liée à un tel bouleversement »<sup>276</sup>, qui est appréhendée par le préjudice d'affection, mais « le

---

<sup>271</sup> Voir, par exemple, Paris, 7 Mai 1993, n<sup>os</sup> 92-19321, n<sup>o</sup> 92-23229, n<sup>o</sup> 92-23230, n<sup>o</sup> 92-23236.

<sup>272</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, préc., p. 44.

<sup>273</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>274</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 avr. 2011, n<sup>o</sup> 10-19.423.

<sup>275</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, préc., p. 43.

<sup>276</sup> Y. QUISTREBERT, « Éclairage sur l'indemnisation des troubles dans les conditions d'existence de la victime

bouleversement dans les conditions d'existence en lui-même »<sup>277</sup>. Sans doute, l'accompagnement d'une personne en fin de vie et la confrontation à son décès, bousculent ceux qui la tenaient en affection. Le quotidien est perturbé par la fin de vie d'un être cher : il faut se déplacer, prendre le temps de visiter et, le cas échéant, veiller le mourant. C'est toute une organisation familiale, professionnelle, culturelle, à repenser en fonction de l'état de santé de ce proche<sup>278</sup>. Comme l'a bien décrit le Professeur Yvonne Lambert-Faivre, « il est toujours cruel de voir souffrir ceux que l'on aime. Vivre au jour le jour le calvaire des souffrances physiques de la personne dont on partage la vie quotidienne, bouleverser ses jours pour aller le voir à l'hôpital, l'accompagner jusqu'à l'issue fatale, bref avoir, du fait de l'accident, sa propre vie engloutie avec celle de l'accidenté constitue un "trouble dans les conditions d'existence" véritable et profond »<sup>279</sup>.

Selon un auteur, il « apparaîtrait efficient de procéder à l'indemnisation des troubles dans les conditions d'existence au moyen uniquement du préjudice d'accompagnement. Ceci permettrait de cantonner, et ce de façon logique, le préjudice d'affection à l'évaluation de la seule souffrance psychologique. Une vie quotidienne bouleversée en raison du décès serait ainsi indemnisée au moyen du préjudice d'accompagnement, alors que la souffrance à dimension pathologique serait quant à elle évaluée au travers du préjudice d'affection »<sup>280</sup>. Sans aucun risque de confusion, cette distinction met en exergue celle de « l'avoir mal » et de « l'être mal » : d'un côté, l'atteinte à la sensibilité ; de l'autre, le bouleversement existentiel et identitaire<sup>281</sup>. En effet, il n'est pas ardu de « saisir une distinction radicale d'avec le préjudice d'affection »<sup>282</sup>, car l'atteinte à la sensibilité n'est pas du même ordre que la perturbation de la vie quotidienne. C'est une distinction qu'applique strictement la deuxième chambre civile de la

---

par ricochet », *Resp. civ. et assur.* 2018, n° 11, étude 11, p. 7.

<sup>277</sup> *Ibid.*

<sup>278</sup> Voir par exemple, Caen, 27 mars 2015, *JurisData* n° 2015-015784. Une femme a accueilli à son domicile son ex-mari pour la fin de sa vie, et a pour ce faire aménagé et équipé médicalement une pièce de son habitation, pourvu à tous ses besoins – repas et toilette –, et dormi sur un lit d'appoint afin de le veiller parce qu'il souffrait d'angoisse et de cauchemars. – Voir aussi Montpellier, 26 févr. 2019, *JurisData* n° 2019-003900.

<sup>279</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, op. cit.*, n° 269.

<sup>280</sup> Y. QUISTREBERT, « Éclairage sur l'indemnisation des troubles dans les conditions d'existence de la victime par ricochet », *préc.*, p. 8.

<sup>281</sup> Montpellier, 26 févr. 2019, *JurisData* n° 2019-003900.

<sup>282</sup> C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2014, p. 5, note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 nov. 2013, n° 12-28.168.

Cour de cassation, qui a cassé et annulé un arrêt d'appel qui ne distinguait pas, « pour les évaluer séparément, le préjudice d'accompagnement de fin de vie et le préjudice d'affection »<sup>283</sup>. Cela constituait une violation du principe de réparation intégrale. La distinction est claire, et doit être respectée par les juridictions, car elle met en évidence deux aspects de la souffrance.

Pour autant, il est regrettable que les bouleversements consécutifs au décès ne soient pas pris en compte par nos juridictions, à l'exception de l'arrêt dont nous avons fait mention<sup>284</sup>. En effet, comme nous l'avons vu, la période de deuil expose l'entourage à d'importantes souffrances existentielles. Le morcellement de l'être est inévitable lorsque la perte est celle d'un être cher, car « c'est ce que je perds qui me fait apparaître qui je suis »<sup>285</sup>. Or, la perte d'un parent ou d'un proche est telle que cette rencontre avec soi-même se trouve contrariée : « je ne me reconnais plus, je peux presque dire que je ne m'appartiens plus »<sup>286</sup>. Plus le défunt occupait dans la vie de la personne une place centrale, plus le trouble identitaire est important, au point que l'endeuillé peut se trouver contraint de « repenser sa propre inscription dans son histoire »<sup>287</sup>. Cela rejaillit certainement sur le quotidien, sur les activités, car tout l'être est focalisé sur l'absence de celui qui n'est plus : « cette absence occupe une place, prend certains traits, produit une résonance émotionnelle singulière : l'absence devient visible, apprivoise ses contours [...] »<sup>288</sup>. Dans ces conditions, comment peut-on ignorer le trouble existentiel qu'entraîne dans la vie de la personne le décès de l'être cher ? À notre avis, il faudrait s'en tenir aux préconisations du rapport Dintilhac, et indemniser les deux aspects du préjudice d'accompagnement : d'une part, les troubles ressentis pendant l'accompagnement du mourant ; d'autre part, le bouleversement des conditions d'existence du fait de la perte de l'être cher.

Si le préjudice d'accompagnement se distingue du préjudice d'affection, il se dissocie également, en premier lieu, du préjudice extrapatrimonial exceptionnel, qui est réservé aux cas de survie de la victime initiale. Dans une affaire dans laquelle la victime initiale était décédée, la cour d'appel avait indemnisé une victime par ricochet d'un préjudice extrapatrimonial

---

<sup>283</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 avr. 2011, n° 10-19.423. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 avr. 2017, n° 16-14.389.

<sup>284</sup> Montpellier, 26 févr. 2019, *JurisData* n° 2019-003900.

<sup>285</sup> R. LE BERRE, « Le deuil comme épreuve de la relation : une approche philosophique de la perte », préc., p. 29.

<sup>286</sup> *Ibid.*

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>288</sup> *Ibid.*

exceptionnel pour les préjudices « résultant de la maladie de son épouse liés au bouleversement dans les conditions de vie de celui-ci » et d'un préjudice d'accompagnement pour ceux « consécutifs au décès »<sup>289</sup>. Les magistrats du Quai de l'Horloge ont censuré cette décision en tant qu'elle était rendue en méconnaissance du principe de la réparation intégrale, « la cour d'appel [ayant] réparé deux fois le bouleversement dans les conditions de vie de M. S... avant le décès de son épouse ». Nous avons en effet souligné que le préjudice d'accompagnement visait à compenser l'ensemble des bouleversements existentiels, qu'ils résultent de l'accompagnement du mourant ou de la survenue du décès, même s'il a été relevé dans ce dernier cas que le juge judiciaire n'accordait en principe aucune indemnité. En second lieu, il semble se différencier des préjudices temporaire et permanent d'assistance par tierce personne, qui sont des préjudices patrimoniaux de la victime principale correspondant aux dépenses engagées dans le but d'être assisté quotidiennement par un tiers pour tous les actes de la vie courante. Toutefois, les juges administratif et judiciaire n'adoptent pas une même position. Dans des affaires semblables dans lesquelles un époux avait prêté assistance à son conjoint victime et l'avait accompagné, le Conseil d'État a nettement distingué ces postes de préjudice<sup>290</sup>, tandis que la Cour de cassation a paru les confondre<sup>291</sup>. Ce positionnement de la Cour de cassation interroge puisque, dans le même temps, elle différencie le préjudice d'accompagnement du préjudice d'affection malgré les doutes exprimés par une partie de la doctrine. Selon un auteur, cela pourrait être mis sur le compte de la crainte d'une double indemnisation<sup>292</sup>. Cette approche n'en reste pas moins critiquable car erronée d'un point de vue conceptuel.

L'indemnisation du préjudice d'accompagnement requiert la réunion de certaines

---

<sup>289</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 oct. 2019, n° 18-21.339 ; *RDSS* 2019. 1144, obs. CURIER-ROCHE ; *Resp. civ. et assur.* 2020, n° 2, comm. 30.

<sup>290</sup> CE, 10 déc. 2015, n° 374038 ; *AJDA* 2016. 353, note JACQUEMET-GAUCHÉ. Pour les magistrats du Palais-Royal, « [...] si l'indemnisation des frais d'assistance par une tierce personne ne peut intervenir qu'au profit de la victime, les proches de la victime qui lui apportent une assistance peuvent prétendre à être indemnisés par le responsable du dommage au titre des préjudices qu'ils subissent de ce fait ».

<sup>291</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 mai 2016, n° 15-13.104. En l'espèce, les Hauts magistrats de l'ordre judiciaire approuvent les juges du fond d'avoir considéré « [...] que l'indemnisation [que la compagne] sollicitait au titre des perturbations subies durant la convalescence de son compagnon, consistait à indemniser le temps qu'elle lui avait consacré du fait de l'assistance qu'elle avait dû lui apporter pour faire sa toilette, aller aux WC, se nourrir, et que ce préjudice était déjà indemnisé au titre de l'aide humaine », ce qui ne méconnaîtrait pas le principe de la réparation intégrale.

<sup>292</sup> M.-C. LAGRANGE, *JCI Civil Code*, art. 1240 à 1245-17, fasc. 202-20, n° 156.

conditions, à commencer par le fait d'avoir accompagné la victime durant sa fin de vie<sup>293</sup>. La durée de l'accompagnement n'entre pas ici en ligne de compte<sup>294</sup> : cela n'a d'incidence qu'au stade de l'indemnisation. Malgré tout, un accompagnement doit avoir eu lieu, car, dans le cas contraire, la personne ne peut pas prétendre l'avoir subi, par exemple dans l'hypothèse d'un décès immédiat. Lorsque cette participation est avérée, elle justifie à elle seule le bouleversement dans les conditions d'existence. Un philosophe et éthicien faisait remarquer que l'accompagnement consiste à marcher aux côtés de la personne malade en suivant le rythme de son pas<sup>295</sup>, ce qui montre bien que l'existence ne suit plus alors un cours normal.

En outre, il convient que le demandeur à la réparation ait partagé habituellement « une communauté de vie effective et affective »<sup>296</sup> avec le défunt. Cela restreint le cercle des proches pouvant prétendre obtenir réparation. Seuls ceux qui avaient une réelle proximité affective avec la victime sont susceptibles d'être indemnisés, dès lors qu'ils ont effectivement participé à son accompagnement. Là encore, il y a lieu de se demander si une cohabitation était nécessaire. Dans la mesure où la notion de communauté de vie est présente dans les règles gouvernant les effets du mariage, il peut être intéressant de s'en inspirer pour en tirer des conséquences s'agissant du préjudice d'accompagnement de fin de vie. *A priori*, une cohabitation est requise. Dans le mariage, les époux sont effectivement obligés à une « communauté de vie »<sup>297</sup>, et la cohabitation en est l'« aspect matériel »<sup>298</sup>. Une dimension affective s'y ajoute, puisqu'il est attendu des époux qu'ils partagent une « une communauté d'esprits, née de la volonté d'unir deux vies, concrétisation de l'intention matrimoniale qui a présidé à la formation du mariage »<sup>299</sup>. Lorsqu'il y a cohabitation des époux, celle-ci sert de base à leur vie affective et en est d'ailleurs « la conséquence »<sup>300</sup>, mais l'on comprend tout de même que la cohabitation

---

<sup>293</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, *op. cit.*, n° 250.

<sup>294</sup> Aix-en-Provence, 3 nov. 2016, *JurisData* n° 2016-026678. Le préjudice d'accompagnement d'une sœur de la victime initiale est avéré dès lors qu'elle a « passé la nuit du 13 au 14 mars 2012 à son chevet ».

<sup>295</sup> P. VERSPIEREN, *Face à celui qui meurt*, éd. Desclée de Brouwer, 9<sup>e</sup> éd., 1999, p. 183.

<sup>296</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, préc., p. 44.

<sup>297</sup> C. civ., art. 215.

<sup>298</sup> Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille*, éd. Sirey, coll. Université, 20<sup>e</sup> éd., 2018, n° 1591.

<sup>299</sup> M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ.*, Dalloz, 2019, *V°* Mariage : Effets, n° 33.

<sup>300</sup> *Ibid.*

ne caractérise pas à elle seule la communauté de vie. Les aspects matériel et affectif se complètent. Pour autant, la question se pose de savoir si cette communauté est rompue en l'absence de cohabitation. En principe, la rupture est inévitable, mais il est des circonstances dans lesquelles cette dernière est maintenue malgré l'absence de cohabitation. Il se peut que les époux y soient contraints, par exemple en cas de détention de l'un d'eux, ou dans le cadre d'une guerre<sup>301</sup>. La « dimension objective »<sup>302</sup> de la communauté de vie étant alors affectée, une « certaine matérialisation »<sup>303</sup> est attendue, qui peut prendre la forme d'une correspondance, de périodes de retrouvailles, par exemple. De cette manière, la vie affective est entretenue. La cessation de la cohabitation sans rupture de communauté de vie nécessite que les époux manifestent l'intention de la voir maintenue. Même en cas d'emprisonnement, une communauté affective peut être conservée, et il faut que celle-ci ait cessé pour que l'époux détenu puisse obtenir le prononcé d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal<sup>304</sup>. À défaut d'intention commune d'un maintien de la communauté de vie, sa rupture est opérée.

Ce regard porté sur ce devoir entre époux éclaire notre réflexion sur la condition de communauté de vie pour obtenir réparation du préjudice d'accompagnement de fin de vie. Nous devons certainement retrouver les aspects matériel et affectif qui la constituent. Si l'aspect matériel requiert par principe une cohabitation, son absence ne saurait entraîner d'office un refus d'indemnisation, dès lors qu'une vie affective est effectivement maintenue. Sur ce point, la jurisprudence est partagée, certains juges admettant l'indemnisation malgré l'absence de communauté de toit dès lors qu'une relation affective est avérée<sup>305</sup>, et sous réserve que le quotidien du demandeur à la réparation soit suffisamment bousculé par la dégradation de l'état de santé de la victime principale<sup>306</sup>. *A contrario*, il est parfois exigé une « communauté de vie

---

<sup>301</sup> J. MASSIP, note sous Paris, 16 févr. 1979, *D.* 1979. 593. D'après cet auteur, « on peut être matériellement séparé par les hasards de l'existence (l'emprisonnement, une guerre, les nécessités de la profession) sans que cesse pour autant la communauté de vie ».

<sup>302</sup> Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille*, *op. cit.*, n° 1590.

<sup>303</sup> M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ.*, Dalloz, 2019, *V°* Mariage : Effets, n° 36.

<sup>304</sup> TI Agen, 29 déc. 1993 ; *RTD civ.* 1994. 837, obs. HAUSER. Le juge a fait observer que « selon la jurisprudence établie au plus haut niveau, la rupture de la vie commune doit être analysée comme la cessation de toute communauté de vie tant affective que matérielle ; attendu que la communauté de vie matérielle n'a jamais existé, qu'aucun élément de preuve n'est rapporté quant à la cessation de la vie affective laquelle n'est pas alléguée... ».

<sup>305</sup> Douai, 22 nov. 2018, *JurisData* n° 2018-020851.

<sup>306</sup> Poitiers, 9 sept. 2015, *JurisData* n° 2015-027650.

physique »<sup>307</sup>. Selon les Hauts magistrats de l'ordre judiciaire, la notion de communauté de vie doit être strictement appréciée. Le proche de la victime principale devait notamment partager « habituellement une communauté de vie affective et effective avec la victime »<sup>308</sup>. Pour autant, la Haute juridiction ne tranche pas la question. Dans l'affaire concernée, les demandeurs à la réparation étaient principalement des collatéraux : sœur, nièces, beau-frère. Alors, la communauté de vie ne saurait être présumée, car si le fait de vivre ensemble est naturel en ligne directe, ce mode de vie n'est pas le principe dans les rapports entre collatéraux, à l'exception des frères et sœurs présents au foyer, ce qui les oblige à un effort probatoire pour la démontrer. Si la Cour de cassation a reproché aux juges du fond d'avoir négligé de « constater l'existence d'une communauté de vie effective entre la victime, d'une part, son beau-frère et ses nièces, d'autre part », il serait sans doute hâtif de considérer qu'elle tient pour impératif la cohabitation entre le demandeur à la réparation et la victime principale. S'il est possible de présumer la communauté de vie pour ceux qui, habituellement, vivent ensemble, les autres membres de la famille doivent en rapporter la preuve.

Pour le reste, l'évaluation du préjudice est individualisée, qui permet de tenir compte, au cas par cas, du retentissement concret du décès dans les conditions de vie de la personne. À ce stade, la nature des relations entre le demandeur et la victime, leur ancienneté, la gravité de la maladie et la manière par laquelle l'accompagnement s'est mis en place, entrent en ligne de compte. L'appréciation de ces éléments permet de saisir l'ampleur des perturbations que la situation aura suscitées dans la vie de la personne. L'indemnité sera d'autant plus élevée que le bouleversement aura été conséquent. Dans les cas les plus sérieux, elle pourra être de même niveau, voire supérieure, à celle allouée au titre du préjudice d'affection.

**208. Le préjudice extrapatrimonial exceptionnel.** La survie douloureuse d'un être cher peut également occasionner au sein de l'entourage une perte de qualité de vie qui, d'après le rapport Dintilhac, doit être indemnisée au titre du préjudice extrapatrimonial exceptionnel. Ce dernier y est défini comme « le changement des conditions d'existence dont sont victimes les proches de la victime directe pendant sa survie handicapée »<sup>309</sup>. Afin que les « troubles

---

<sup>307</sup> Poitiers, 15 janv. 2019, *JurisData* n° 2019-006075. L'indemnisation du préjudice d'accompagnement implique « non seulement une communauté de vie affective mais la cohabitation ».

<sup>308</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 nov. 2013, n° 12-28.168 ; *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2014, p. 5, obs. QUÉZEL-AMBRUNAZ ; *Gaz. Pal.* 25 févr. 2014, note RENELIER.

<sup>309</sup> J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, préc., p. 45.



ressentis »<sup>310</sup> puissent être pris en considération, les proches doivent « partage[r] habituellement une communauté de vie effective avec la personne handicapée à la suite du dommage, que ce soit à domicile ou par de fréquentes visites en milieu hospitalier »<sup>311</sup>.

À la lumière de cette définition, certaines conditions sont requises pour obtenir réparation. D'abord, il est nécessaire de partager habituellement une « communauté de vie effective » avec la victime directe. Selon certains auteurs, cela impliquerait nécessairement la cohabitation<sup>312</sup>. Cette position semble néanmoins douteuse, dès lors qu'une intention commune d'un maintien de la communauté de vie malgré la distance est avérée. L'on peut effectivement continuer à distance de partager la vie d'une personne au moyen d'une correspondance ou en organisant des retrouvailles périodiques. Aussi, la réparation du préjudice extrapatrimonial exceptionnel devrait pouvoir être admise au-delà du cercle de ceux qui partagent une communauté de toit avec la victime principale.

Ensuite, le bouleversement dans les conditions d'existence doit être causé par la « survie handicapée » de la victime principale. La nature et l'importance de l'atteinte corporelle n'entrent en ligne de compte que dans la mesure où elles pourraient avoir une incidence sur l'ampleur du bouleversement dans la vie de la personne. Mais l'on ne saurait, sans dénaturer ce poste de préjudice, limiter la réparation aux seuls cas d'atteintes lourdes. Ainsi, une fracture peut temporairement immobiliser une victime et contraindre un conjoint, un parent ou un proche à devoir la porter, à réaménager le logement et adapter ou limiter les déplacements et activités habituels, ce qui constitue une perturbation importante<sup>313</sup>.

Cela étant observé, les troubles ressentis, qui diminuent la qualité de vie, sont de diverses natures<sup>314</sup>. Lorsque la victime principale est hospitalisée, l'entourage est confronté à un changement d'organisation majeur, puisqu'il faut visiter le patient et accepter, le reste du temps, d'en être séparé. Les pertes peuvent alors être importantes, car cette absence bouscule le cours normal de la vie, en particulier la vie de famille et les loisirs. Les enfants qui composent

---

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>311</sup> *Ibid.*

<sup>312</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 269.

<sup>313</sup> En ce sens, voir S. PORTAILLER, « Préjudice extra-patrimonial en cas de survie de la victime directe : les troubles dans les conditions d'existence », *Gaz. Pal.* 19 mars 2011, p. 10.

<sup>314</sup> M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, *op. cit.*, n° 218.

éventuellement le foyer souffrent de l'indisponibilité de leurs parents et de ces mouvements incessants.

Le retour du patient à son domicile modifie également le quotidien des personnes qui partagent son environnement, d'abord parce qu'il est parfois nécessaire de transformer le lieu de vie afin de l'adapter aux pertes fonctionnelles de la victime ; ensuite, parce que les déplacements et les activités habituels ne sont poursuivis que dans la limite compatible avec ces déficits, un préjudice d'agrément pouvant alors s'y ajouter lorsque les loisirs étaient partagés. Quant au conjoint, il peut aussi souffrir dans sa vie intime, notamment sexuelle, lorsque le handicap de la victime rend les unions plus difficiles voire impossibles. Cela justifierait la prise en compte d'un préjudice sexuel voire d'établissement au titre du préjudice extrapatrimonial exceptionnel lorsque le couple n'est plus en capacité de concevoir naturellement un enfant.

Nous prenons alors la mesure de la différence entre le préjudice extrapatrimonial exceptionnel et le préjudice d'affection. Le premier traduit le mal-être de la personne dont la vie suit un cours différent, tandis que le second concerne la peine occasionnée par la survie douloureuse de la victime directe. Contrairement à ce qu'affirmait un auteur, la distinction n'est pas « excessivement subtile »<sup>315</sup>, puisqu'elle met en évidence des maux différents en éclairant la notion de souffrance. À titre d'illustration, il est possible d'évoquer une affaire dans laquelle une femme a été blessée par un véhicule automobile avant d'être accueillie durant des années au domicile de son fils qui est marié et a des enfants. Ces derniers ont assigné le conducteur et l'assureur du véhicule afin d'obtenir réparation de leurs préjudices. Les juges du fond ont reconnu que « la vie commune durant treize ans avec la victime, très lourdement handicapée, et avec son mari qui présentait différents troubles, durant le temps nécessaire à la réalisation des travaux d'adaptation du logement, a non seulement réduit l'espace de vie des conjoints X... en leur occasionnant une gêne très importante, mais les a rendus témoins des souffrances de la victime, lesquelles sont difficiles à supporter par des proches ». La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, saisie en dernier lieu, a approuvé la cour d'appel dans son appréciation des différents préjudices<sup>316</sup>. La distinction avait été faite, parmi les préjudices moraux, entre ce

---

<sup>315</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 269.

<sup>316</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 sept. 2011, n° 10-16.840.

qui relève du préjudice existentiel, la « gêne très importante », et le préjudice d'affection face à la survie douloureuse de leur parent.

L'indemnisation de ce préjudice s'ajuste aux circonstances. En amont, il appartient au demandeur à la réparation d'apporter la preuve du lien affectif qui le rattache à la victime. Si l'attachement est présumé lorsqu'il s'agit du conjoint ou d'un lien de parenté en ligne directe, des éléments de preuve devront être apportés dans les autres cas, notamment lorsque le lien n'est qu'amical. Des témoignages, des photographies, une correspondance ou un relevé téléphonique sont de nature à le caractériser. Quant au préjudice, il est établi sur la base des éléments médicaux en présence, mais aussi des photographies et des témoignages, qui permettent de prendre la mesure des difficultés existentielles rencontrées par l'entourage durant cette période d'accompagnement. Plus le handicap est lourd et pérenne, et plus le bouleversement est aisé à démontrer. Les préjudices d'agrément et sexuel qui viendraient s'y ajouter doivent être établis au moyen d'éléments particuliers et indemnisés de la même façon que pour la victime directe. L'indemnité versée à la victime par ricochet doit donc être d'autant plus élevée que la pénibilité de l'accompagnement est grande. La somme de 15.000 euros a ainsi été allouée à une mère qui a dû « surveiller de manière vigilante et préoccupante sa fille »<sup>317</sup> accidentée, et supporter ses « difficultés comportementales et relationnelles » ; en outre, s'ajoutait à cela les « tâches de gestion administrative et financière » découlant de sa fonction de curatrice de sa fille. Le même montant a été retenu dans une affaire dans laquelle une épouse était éprouvée par « l'inadaptation de son époux aux tâches de la vie courante, la baisse de la libido de son mari ainsi que l'impossibilité pour lui de participer aux tâches courantes »<sup>318</sup>, le juge faisant le constat qu'elle ne pourrait plus « profiter d'une vie conjugale épanouissante ». En l'espèce, un préjudice sexuel s'est ajouté aux perturbations du cours normal de la vie. Mais certains auteurs considèrent que ce préjudice extrapatrimonial exceptionnel n'est pas correctement appréhendé et que les sommes allouées sont parfois dérisoires au regard de son importance<sup>319</sup>. Il faut effectivement avoir à l'esprit que c'est l'existence de la personne qui est ébranlée, ce qui justifierait, dans les cas les plus graves, que les dommages-intérêts versés à ce titre soient plus importants que ceux reconnus pour le préjudice d'affection.

---

<sup>317</sup> Limoges, 22 sept. 2016, *JurisData* n° 2016-019306.

<sup>318</sup> Aix-en-Provence, 26 oct. 2017, *JurisData* n° 2017-025554.

<sup>319</sup> S. PORTAILLER, « Préjudice extra-patrimonial en cas de survie de la victime directe : les troubles dans les conditions d'existence », préc. – Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 269.

Ainsi se donne à voir le mal-être résultant d'une atteinte à l'intégrité physique. À une époque où le corps est le centre de toutes les attentions, tel « un objet à choyer, comme un accessoire ou un partenaire dont il faut se concilier les faveurs »<sup>320</sup>, les limitations dont il peut être l'objet sont vécues par la personne comme des « stigmates »<sup>321</sup>. Face aux risques de « marginalisation » et de « mise à l'écart »<sup>322</sup>, l'on se détourne prudemment, comme pour se protéger. Le regard des autres a une incidence sur la souffrance que peut ressentir la victime, car la personne dont l'apparence est altérée, ou dont les capacités diminuées empêchent la pratique des loisirs ou la fondation d'une famille, rappelle aux autres « la précarité infinie de l'existence et réveille l'angoisse du corps démantelé qui fait la matière première de nombre de cauchemars »<sup>323</sup>. La personne souffre non seulement de n'être plus comme les autres mais aussi, lorsque cela se donne à voir ou se sait, du regard d'autrui, qui n'est autre que ce que l'on prête soi-même au regard des autres. Pour l'entourage, la perte ou la survie douloureuse d'un être cher est également à l'origine de perturbations existentielles dont l'importance varie selon la qualité du lien affectif tissé avec la victime principale. Voyons à présent la perte de qualité de vie soufferte en cas d'atteinte à son intégrité morale.

## **Section 2 : La perte de qualité de vie résultant d'une atteinte à l'intégrité morale**

**209.** Si elle procède fréquemment d'une atteinte à l'intégrité physique, la diminution de la qualité de vie peut également tirer son origine d'une atteinte à l'intégrité morale. La peine du cœur et les atteintes d'ordre intellectuel créent une rupture dans la continuité de la vie. L'existence ne peut plus être menée normalement. La cause de cette blessure est à rechercher dans la perte d'un bien extérieur – corporel ou incorporel – dont nous avons vu qu'il peut être objet d'attachement, ou d'un bien de l'âme. Parmi les biens de l'âme, on compte la pensée, la vertu et le plaisir selon une division principale dégagée par Aristote<sup>324</sup>. Dans ces catégories, il

---

<sup>320</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité*, op. cit., p. 192.

<sup>321</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>322</sup> *Ibid.*, p. 199.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 203.

<sup>324</sup> ARISTOTE, *La Grande Morale*, in *Œuvres d'Aristote*, trad. J. Barthélémy Saint-Hilaire, t. III, Durand, 1856, p. 19-20.

est possible d'inscrire « l'honneur, la pudeur »<sup>325</sup>, l'intimité et la réputation, mais aussi peut-être la qualité de la vie. Si la perte injuste d'un de ces biens extérieurs ou de l'âme n'occasionne généralement qu'une perte d'agrément (§ 1), il ne faut pas exclure, dans les cas les plus graves, une perte de son individualité (§ 2).

### **§ 1 : La perte des agréments**

**210. Un préjudice d'agrément.** Par définition, un agrément est « ce qui est agréable »<sup>326</sup>. On parle ainsi couramment des « agréments de la vie »<sup>327</sup>. Au sens large, le préjudice d'agrément recouvre l'ensemble des inconvénients, des gênes et déplaisirs dont on peut injustement souffrir et qui constituent autant de situations de mal-être car elles privent la personne de la possibilité de mener une existence normale. Cela est à distinguer du préjudice d'agrément consécutif à un dommage corporel dont le champ est de nos jours réduit aux seules hypothèses de privations d'activités sportives ou de loisirs<sup>328</sup>. Selon le Professeur Loïc Cadiet, le préjudice d'agrément « recouvre l'ensemble des désagréments, ordinaires ou spécifiques, qu'entraîne le dommage dans la vie quotidienne »<sup>329</sup>. La menace pesant sur l'être est ici réduite puisqu'il ne risque pas la destruction, mais au plus une perte significative de quiétude ou de repères en raison d'un bouleversement de ses conditions d'existence.

**211. Les circonstances génératrices d'un désagrément.** Nombreuses sont les hypothèses dans lesquelles un préjudice moral correspondant à une perte des agréments a été reconnu. Sans prétendre à l'exhaustivité, il convient de mettre en avant les plus significatives, à commencer par le trouble de jouissance en matière de voisinage qui en est certainement la plus juste expression. En effet, le trouble se manifeste là où la personne peut espérer vivre paisiblement. Pourtant, la voilà « privée des joies et des satisfactions qu'elle pouvait normalement attendre de son habitat »<sup>330</sup>. Toujours en matière excontractuelle, une personne

---

<sup>325</sup> A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 3<sup>e</sup> éd., 2018, n° 102.

<sup>326</sup> Dictionnaire Quillet de la langue française, 1961, V<sup>o</sup> Agrément, p. 48.

<sup>327</sup> *Ibid.*

<sup>328</sup> Voir *supra*, n° 165.

<sup>329</sup> L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, Th. Poitiers, 1983, p. 547.

<sup>330</sup> *Ibid.*, p. 183. – Comp. Amiens, 5 avr. 2012, *JurisData* n° 2012-011196. Un préjudice de jouissance se rencontre également en droit de l'immobilier lorsque l'acquéreur d'un immeuble à construire subit « l'inertie du constructeur qui n'a assuré ni les finitions, ni la reprise des nombreux désordres dénoncés dans l'année de la livraison de

peut être victime d'un abus de droit et ainsi subir un trouble dans ses conditions d'existence, justifiant le versement d'une indemnité compensatrice. Nous voyons que « le citoyen est protégé à juste titre contre les actions et les attaques de ses semblables »<sup>331</sup>. La privation injuste de liberté suite à une détention injustifiée fait également l'objet d'une compensation pécuniaire.

Dans la matière contractuelle, un préjudice moral peut être reconnu et indemnisé, alors pourtant qu'il était classiquement admis « qu'un contrat ne portant pas expressément sur un droit de la personnalité ne pouvait donner lieu, en cas d'inexécution, à la réparation d'un préjudice moral »<sup>332</sup>. Dans cette dernière hypothèse, il n'est pourtant pas rare que la partie qui en est victime obtienne une indemnité compensatrice du trouble ainsi occasionné. C'est le fruit d'une récente évolution. Un préjudice moral a ainsi été reconnu à la suite de l'inexécution d'une opération immobilière. Les défaillances dans l'exécution d'un contrat de transport produisent les mêmes conséquences, mais la jurisprudence paraît plus hostile à la réparation du préjudice moral, celui-ci devant être prévisible lors de la conclusion du contrat<sup>333</sup>.

En tout état de cause, nous observons une multiplication des circonstances de nature à ouvrir droit à la réparation du préjudice moral, un auteur mettant cette évolution sur le compte de « l'orientation générale du droit français de la responsabilité qui, de par la généralité des termes des articles 1382 et suivants du Code civil, tend à élargir le domaine et les effets de la responsabilité »<sup>334</sup>. Tout bousculement du cadre de vie, tout froissement injustement souffert et contre le gré de la personne, doit pouvoir être réparé. Si le phénomène n'est pas nouveau, il a en tout cas été amplifié ces dernières décennies. Le Professeur Loïc Cadiet observait déjà dans les années 1980 que « dorénavant, c'est la qualité de la vie dans le cadre que l'on a choisi qui est, sous ses différents aspects, protégée par le droit »<sup>335</sup>.

**212. Le mal-être du sujet.** Ces situations que nous venons de mentionner ont pour trait d'union d'être à l'origine d'un mal-être. Celui-ci sera plus ou moins important selon que la

---

l'ouvrage et qui les a contraints de vivre pendant plus de deux ans dans des conditions d'inconfort très éloignées du standing annoncé dans le cadre de la vente ».

<sup>331</sup> J. GANOT, *La réparation du préjudice moral*, Th. Paris, 1924, p. 155.

<sup>332</sup> J. KNETSCH, « La désintégration du préjudice moral », *D.* 2015. 443.

<sup>333</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 avr. 2011, n° 10-15.056 ; *D.* 2011. 1725, obs. GALLMEISTER ; *D.* 2011. 1745, obs. ROME ; *RTD. civ.* 2011. 547, obs. JOURDAIN.

<sup>334</sup> J. KNETSCH, « La désintégration du préjudice moral », préc.

<sup>335</sup> L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, *op. cit.*, p. 183.

situation permet un maintien ou, au contraire, entraîne la perte du cadre de vie. Ce cadre est constitué des éléments délimitant la vie d'une personne : un logement, une situation familiale, sociale et professionnelle.

**213. La perte de tranquillité.** Dans certains cas, le cadre de vie de la personne est conservé, mais des perturbations sont subies, qui affectent le lieu de vie, l'organisation ou le déroulement de la vie quotidienne. Alors, il n'y a qu'une simple perte de tranquillité. La jurisprudence évoque la « gêne », le « désarroi », le caractère « pénible » de ce qui est vécu.

La perturbation du lieu de vie occasionne une perte de tranquillité. L'organisation d'un concert mensuel dans un fonds d'activité d'auberge cause à un couple de propriétaires voisins, incommodé par ces nuisances, des « dommages à leurs conditions d'existence »<sup>336</sup>. Le fonctionnement permanent d'une usine à proximité des habitations est également susceptible de contribuer « à la gêne ressentie par les époux »<sup>337</sup>. Malgré la pré-occupation des lieux par le couple, la modification de l'activité en raison d'une multiplication des lignes de production intervenue postérieurement à l'installation, a justifié la reconnaissance d'un préjudice moral. L'on peut encore évoquer le « désarroi » de celui qui, se trouvant installé dans « l'environnement paisible d'un quartier résidentiel », est confronté aux agissements d'un propriétaire malveillant abusant de son droit en édifiant « une clôture de claustras en bois en limite de propriété [...] »<sup>338</sup>. Dans les cas les plus graves, la victime peut souffrir d'une « perte d'agrément notable », par exemple lorsque le cadre de vie « paisible et bucolique »<sup>339</sup> dans lequel elle était installée est bousculé par une imposante construction réalisée à proximité de l'habitation.

L'organisation du quotidien repose parfois sur le bon fonctionnement des moyens de locomotion, par exemple pour se transporter sur son lieu de travail ou de villégiature. À ce sujet, la jurisprudence est relativement abondante, qui permet d'illustrer la perte de tranquillité qu'entraîne la mauvaise exécution des contrats de transport. Une décision ancienne a mis en évidence que l'on éprouver « une gêne dans son voyage » à se trouver installé dans un train en compagnie de passagers qui auraient dû être placés dans une classe inférieure. Un auteur a fait observer à ce propos que « bien des voyageurs, abstraction faite des commodités plus grandes

---

<sup>336</sup> Dijon, 15 janv. 2019, *JurisData* n° 2019-000385.

<sup>337</sup> Versailles, 4 févr. 2016, *JurisData* n° 2016-002921.

<sup>338</sup> Rennes, 26 avr. 2016, *JurisData* n° 2016-008020.

<sup>339</sup> Saint-Denis, 3 juill. 2015, *JurisData* n° 2015-020741.

qu'offrent certains compartiments, ne prennent souvent des billets de première et de deuxième classe que pour être avec des voyageurs qui fréquentent ces compartiments... Si les voyageurs munis de carte de troisième classe sont placés en deuxième, et même en première, au gré des employés, le but très légal que voulaient atteindre ceux qui avaient payé des billets de première et de deuxième est complètement manqué »<sup>340</sup>. Toutefois, la compagnie ferroviaire n'ayant pas manqué à ses engagements contractuels, le demandeur à la réparation a été débouté<sup>341</sup>. Plus récemment, dans des affaires similaires, la réparation d'un préjudice moral a pu être prononcée. En raison d'un retard de train, un avocat ayant manqué une audience a reçu une indemnité compensant « l'inquiétude et l'énervement »<sup>342</sup>. De même, à la suite d'un retard de taxi, des époux n'ont pas été en mesure de réaliser une croisière, ce qui a justifié la réparation d'un préjudice moral en raison du bouleversement subi dans les conditions d'existence<sup>343</sup>. La solution n'est pas nouvelle, puisque l'on a pu trouver trace de décisions rendues dans le même sens à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'une d'elles ayant décrit le mal-être de la personne subissant un retard de train. Celle-ci est confrontée à plusieurs maux : un « surcroît de fatigue, la privation d'un repos qui devait être doublé par la douce satisfaction de prendre le repas du soir en famille, l'ennui de rester en chemin de fer au-delà du temps prévu, les préoccupations causées par l'inquiétude supposée à la famille »<sup>344</sup>. De manière générale, une perturbation des transports « [jette] un trouble momentané dans son existence, dans la régularité de sa vie, dans ses habitudes, son repos et même ses plaisirs »<sup>345</sup>. Là est la perte de tranquillité.

D'autres perturbations du quotidien doivent être évoquées, qui entraînent la réparation d'un préjudice moral. Il en est ainsi lorsque l'on prive une personne du repos que la loi lui accorde. En droit social la privation du repos hebdomadaire entraîne pour les salariés qui en sont victimes « un trouble dans leur vie personnelle »<sup>346</sup>, sans compter l'impact que cela peut avoir sur leur santé et leur sécurité. De la même façon, le juge administratif considère que

---

<sup>340</sup> L.-J.-D. FÉRAUD-GIRAUD, *Code des transports de marchandises et de voyageurs par chemins de fer*, t. III, éd. G. Pédone-Lauriel, coll. Petite encyclopédie juridique, 2<sup>e</sup> éd., 1883, n° 128.

<sup>341</sup> T. com. Saint-Etienne, 26 avr. 1901 ; S. 1904. 2. 116.

<sup>342</sup> Paris, 22 sept. 2010, *JurisData* n° 2010-023260 ; D. 2011. 12, obs. GALLMEISTER ; *JCP E* 10 mars 2011, n° 10, p. 1199, note PRIEUR.

<sup>343</sup> Dijon, 7 oct. 2003 *JurisData* n° 2003-223826 ; *Resp. civ. et assur.* 2004, n° 3, note RADÉ.

<sup>344</sup> T. com. Saint-Etienne, 20 févr. 1899, *La loi*, 2-3-4 avr. 1899.

<sup>345</sup> T. com. Saint-Etienne, 10 mars 1899, *La loi*, 2-3-4 avr. 1899.

<sup>346</sup> Cass. soc., 8 juin 2011, n° 09-67.051 ; *JCP S* 2011. 1441, note ASQUINAZI-BAILLEUX.



« l'annulation illégale des quatre cent cinquante-quatre jours de repos compensateurs » accumulés pendant une vingtaine d'années, « est à l'origine d'un préjudice moral ainsi que de troubles dans ses conditions d'existence »<sup>347</sup>. La perte de tranquillité trouve aussi parfois son origine dans une situation d'abus de droit, par exemple lorsqu'une personne est privée de la succession d'un parent par la multiplication de procédures judiciaires coûteuses et « pénibles »<sup>348</sup>. L'ébranlement de la vie quotidienne est plus prononcé encore lorsqu'il résulte de ce type d'abus « une pression morale injustifiée »<sup>349</sup> pesant sur un couple avec la perspective d'une « perte de leur cadre de vie et de l'intégralité de leur patrimoine ». La mise en œuvre abusive d'une saisie immobilière par une banque cause aux époux emprunteurs un bouleversement de leurs conditions d'existence, étant observé qu'ils « rencontreront des difficultés dans la régularisation de leur situation de droit pour faire face à l'ensemble de ces arriérés susceptibles de les exposer à de nouvelles procédures de recouvrement »<sup>350</sup>.

La perturbation des projets que l'on entreprend entre aussi en ligne de compte. Un préjudice moral est reconnu lorsqu'une opération immobilière est compromise par la faute du vendeur ou d'une agence immobilière. Le juge entend compenser la frustration de ne pas la voir aboutir. Dans l'optique d'une acquisition immobilière, un couple avait conclu un contrat de prêt relais, mais leur maison ayant été surestimée, un protocole transactionnel avec un établissement bancaire a dû être conclu. La société a été poursuivie en justice par les époux, qui ont obtenu réparation d'« un préjudice moral de déception tenant à ce que l'opération ne s'est pas réalisée dans la quiétude qu'ils avaient espérée »<sup>351</sup>.

En toute hypothèse, les victimes éprouvent un mal-être, qui reste toutefois limité en raison du maintien du cadre de vie.

**214. La perte des repères.** La personne subit un désagrément plus vif en cas de perte injuste de son cadre de vie. Elle souffre alors d'une perte des repères, des habitudes, d'une situation.

Cette perte est fréquente en cas de désunion. Lorsque la perte intervient en cours d'union, un préjudice moral peut être indemnisé sur le fondement de l'article 1240 du Code

---

<sup>347</sup> CAA Lyon, 12 avr. 2016, n° 14LY01103.

<sup>348</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 mars 2013, n° 11-27.285.

<sup>349</sup> Versailles, 12 févr. 2015, *JurisData* n° 2015-003924.

<sup>350</sup> Versailles, 22 sept. 2016, *JurisData* n° 2016-019463.

<sup>351</sup> Lyon, 5 févr. 2015, *JurisData* n° 2015-005863.

civil, par exemple lorsque l'époux fautif a incendié le domicile conjugal, l'épouse souffrant alors du fait « d'avoir perdu son cadre de vie habituel et avoir été contrainte de déménager dans l'urgence »<sup>352</sup>. Au contraire, lorsque la perte survient à la suite de la dissolution du lien matrimonial, le préjudice moral est réparé sur le fondement de l'article 266 du même instrument qui participe quant à lui de « l'aménagement de l'avenir »<sup>353</sup>. Sous réserve que le préjudice subi soit d'une « particulière gravité », c'est-à-dire excède celui habituellement souffert par une personne se trouvant dans la même situation<sup>354</sup>, l'époux victime d'un divorce prononcé aux torts exclusifs du conjoint pourra obtenir la compensation de la perte injuste de son cadre de vie. Ainsi pour cet homme qui souffre de la séparation d'avec son épouse et ses enfants dans des circonstances qui se sont révélées « très traumatiques »<sup>355</sup>, les magistrats ayant souligné que « la vie semble s'être arrêtée pour lui à la suite du départ de son épouse, vécue comme une véritable trahison, et cinq ans après, n'a toujours pas repris un cours normal, ce d'autant que par ailleurs il a perdu son emploi ». La durée de l'union est un élément important, car plus le mariage est long, plus le cadre de vie est ancré dans l'existence de la personne. C'est le cas pour l'épouse qui s'est « trouvée contrainte de demander la dissolution d'une union contractée depuis plus de dix-neuf ans et dont trois enfants sont issus, ce en raison de la violence de son mari dont le comportement a été publiquement exposé à l'audience de la juridiction pénale, associé à la perte de son statut de femme mariée ainsi qu'à la fragilisation de sa situation sociale et financière »<sup>356</sup>. En dehors du mariage, si les juges semblent admettre l'indemnisation du désagrément consécutif à la perte du cadre de vie en cas de rupture fautive de concubinage<sup>357</sup>, ils se montrent plus réticents dans les hypothèses de ruptures fautives de fiançailles. Dans le premier cas, le couple est installé, parfois depuis longtemps. Le fait que « les concubins n'ont

---

<sup>352</sup> *Ibid.*

<sup>353</sup> G. SERRA, « Droit du divorce », *D.* 2010. 1243.

<sup>354</sup> Paris, 15 janv. 2009 ; *D.* 2010. 1243, obs. SERRA.

<sup>355</sup> Douai, 10 oct. 2013, *JurisData* n° 2013-022763.

<sup>356</sup> Orléans, 26 juin 2007, *JurisData* n° 2007-355789.

<sup>357</sup> Bordeaux, 4 janv. 2000, *JurisData* n° 2000-103728 ; *Dr. fam.* 2000. 34, note LÉCUYER. Allocation de 10.000 F de dommages-intérêts au regard des circonstances particulières de la rupture, spécialement l'« état de choc » dans lequel s'est trouvée la victime suite à l'annonce de la rupture par l'intermédiaire de la nouvelle compagne, trois jours avant de passer un examen professionnel. Il a également été tenu compte de l'ancienneté de la liaison et des projets communs au titre du préjudice moral, faisant ainsi la distinction de la douleur affective et du bouleversement des conditions d'existence. – Voir aussi Lyon, 11 oct. 2007, *JurisData* n° 2007-360537.

voulu supporter aucune charge, aucune entrave, aucun bien »<sup>358</sup> est indifférent. Au contraire, en cas de fiançailles, et sauf l'hypothèse dans laquelle « la concubine a vécu pendant longtemps avec son séducteur, [puisqu'] elle se trouve alors dans la même situation qu'une concubine quelconque »<sup>359</sup>, il n'y a qu'un concubinage « de séduction »<sup>360</sup>. L'absence d'indemnisation du bouleversement existentiel s'explique par le fait que la rupture est toujours de l'ordre du possible s'agissant d'un temps réservé au discernement. Pour cette raison, seule la blessure affective – la « déception »<sup>361</sup>, l'« humiliation »<sup>362</sup> – peut être compensée.

La privation de toute liberté par une détention injustifiée provoque une perte radicale des repères, des habitudes, des plaisirs de l'existence. La personne souffre d'une reconfiguration de son cadre de vie par la privation des siens et la confrontation souvent brutale au milieu carcéral. Cela altère significativement sa qualité de vie. Il peut être ainsi tenu compte, par exemple, de « l'éloignement de son milieu familial et donc d'un certain isolement affectif, de la privation de la vie sexuelle qui aurait pu être celle d'un jeune homme et de conditions de détention dans un établissement vétuste et surpeuplé au sein duquel il a été mis en contact avec un malade contagieux ce qui l'a contraint à subir un traitement médical préventif »<sup>363</sup>. Si la jurisprudence n'admet pas que « le trouble apporté dans les conditions d'existence » soit réparé de manière distincte et autonome du préjudice moral, il faut en déduire qu'il fait l'objet d'une réparation dans le cadre d'une évaluation globale<sup>364</sup>.

**215. L'indemnisation de la victime.** Dans tous les cas, la victime a droit à la réparation de l'entier préjudice. Le juge est invité à prendre la mesure du mal-être réellement souffert. Cela implique de s'intéresser au vécu, à l'histoire de chacun, même si des éléments objectifs peuvent guider son appréciation, par exemple la durée d'un mariage ou d'une détention injustifiée.

Pour sûr, une simple perte de tranquillité ne peut aboutir qu'au versement de sommes modiques. S'il n'y a qu'un simple froissement, l'indemnisation dépasse rarement 2.000 €.

---

<sup>358</sup> J. POLACK, *Lésion aux sentiments d'affection*, Th. Grenoble, 1942, p. 87.

<sup>359</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>360</sup> *Ibid.*

<sup>361</sup> Douai, 28 oct. 2002, *JurisData* n° 2002-209226.

<sup>362</sup> Aix-en-Provence, 3 mars 2005, *JurisData* n° 2005-271242.

<sup>363</sup> Bordeaux, 28 juin 2016, n° RG 15/05051.

<sup>364</sup> CNR détentions, 26 juin 2006, n° 05CRD079.

Ainsi, une indemnité de 700 € a été allouée à un couple dont les vacances ont été compromises par un retard de taxi<sup>365</sup>, tandis que la perte de quiétude subie par celui qui se portait acquéreur d'un bateau avant que le vendeur ne procède à une résiliation fautive, a justifié l'allocation d'une somme de 2.000 €. Les perturbations qui peuvent affecter la personne dans la jouissance de son lieu de vie sont susceptibles d'entraîner le versement d'indemnités plus conséquentes, notamment lorsqu'elles durent dans le temps. Un propriétaire ayant subi un « préjudice moral majeur » du fait d'une « perte d'agrément notable » et de « répercussions sur son état de santé », a été dédommagé par l'allocation d'une somme de 10.000 €<sup>366</sup>. Il est aussi possible d'évoquer la situation exceptionnelle de celui qui est privé de quatre cent cinquante-quatre jours de repos compensateurs, cette perte significative de tranquillité ayant été compensée par l'allocation d'une indemnité de 20.000 €<sup>367</sup>.

En cas de perte du cadre de vie, les sommes allouées en compensation peuvent être plus élevées, mais varient toutefois en fonction de l'importance du mal-être vécu par la personne. L'homme dont « la vie semble s'être arrêtée pour lui à la suite du départ de son épouse » et n'a pas repris un cours normal plusieurs années après a obtenu 7.500 € au titre du préjudice moral consécutif à la dissolution du lien matrimonial. Dans une situation comparable, 15.000 € ont été alloués à une femme pour qui « la rupture du mariage, conséquence de cet état de fait, la laisse pratiquement seule et sans ressources pour s'occuper de l'enfant handicapé du couple »<sup>368</sup>. Compte tenu de l'état de quasi-dénuement dans lequel se trouve cette personne, l'on peut être surpris par le caractère modeste de l'indemnité reconnue. Cela pourrait toutefois s'expliquer par le fait qu'en cas d'atteinte à des « droits familiaux », « c'est surtout la faute commise qui est sanctionnée et on a pu dire qu'il s'agissait d'une sorte de peine privée »<sup>369</sup>. L'indemnité serait donc moins représentative du préjudice subi que de la faute.

Lorsque la perte du cadre de vie s'accompagne d'une restriction des libertés, l'indemnité compensatrice augmente en conséquence. Elle varie en fonction du retentissement que la détention injustifiée a eu sur l'existence de la personne. Si la personnalité de l'intéressé doit

---

<sup>365</sup> Dijon, 7 oct. 2003, *JurisData* n° 2003-223826 ; *Resp. civ. et assur.* 2004, n° 3, note RADÉ.

<sup>366</sup> Saint-Denis, 3 juill. 2015, *JurisData* n° 2015-020741.

<sup>367</sup> CAA Lyon, 12 avr. 2016, n° 14LY01103.

<sup>368</sup> Nîmes, 17 juin 2009, n° RG 08/00014.

<sup>369</sup> Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, éd. Sirey, coll. Université, 15<sup>e</sup> éd., 2017, n° 2277.

être scrutée, il est nécessaire de tenir compte de son histoire, de ses précédentes confrontations au milieu carcéral, de sa situation familiale, sociale et professionnelle, de son âge, pour bien saisir le mal-être de la personne. Malgré cela, il est admis que le préjudice moral « doit être réparé dans tous les cas même en l'absence de pièces justificatives, la détention subie injustifiée causant nécessairement un préjudice moral »<sup>370</sup>. Bien que l'indemnité puisse être très élevée, il faut ici tenir compte du fait que le préjudice moral reconnu dans ces circonstances recouvre aussi bien les atteintes à la *sensibilité* – séparation d'avec les siens, atteintes à la réputation et à l'honneur, anxiété – que des aspects *existentiels*, l'évaluation se faisant *in globo*. Cela nous rappelle que « le langage de la jurisprudence qualifie "dommage moral" aussi bien les atteintes au bien-être et à la vie sensuelle que les atteintes portées aux légitimes affections, et se sert du même mot pour exprimer le désagrément causé par de mauvaises odeurs et la douleur causée par la perte d'un être cher »<sup>371</sup>. L'importance des sommes allouées doit donc être relativisée. En tout cas, les indemnités demeurent personnalisées, ce qui est manifeste lorsque l'on procède à leur comparaison pour des durées de détention similaires. Pour une durée de détention d'environ 2 ans et demi, « Monsieur M., dont le casier judiciaire porte 15 mentions, dont 10 antérieures à son placement en détention provisoire » et qui, par ailleurs, « ne produit aucun élément sur la réalité des liens qui le rapprochaient de la future épouse et les circonstances et raisons pour lesquelles ce mariage n'a pas pu se réaliser », a obtenu 45.000 € en compensation de son préjudice moral<sup>372</sup>. Au contraire, Monsieur Z., « étudiant de nationalité libanaise, était âgé de 28 ans lorsqu'il a été arrêté en Allemagne, où il a été mis sous écrou extraditionnel, avant d'être détenu en France ; qu'il s'agissait d'une première incarcération qui a causé à Monsieur M. des souffrances psychologiques d'autant plus importantes qu'il se retrouvait éloigné tant de sa famille (au Liban) que de sa fiancée et de ses amis (en Allemagne) et qu'il ne parlait pas le français ; que si sa fiancée allemande a, au début de l'instruction, activement participé à sa défense, mandatant des amis communs pour rechercher au Moyen-Orient des preuves de son innocence, elle s'est ensuite lassée de l'attendre ». Dans son cas, « eu égard à ces seules circonstances - la gravité des accusations portées à son encontre ne pouvant être prise en compte

---

<sup>370</sup> Nîmes, 12 juill. 2019, n° RG 18/03308.

<sup>371</sup> A. DORVILLE, *De l'intérêt moral dans les obligations*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Th. Paris, 1901, p. 3-4.

<sup>372</sup> Nîmes, 12 juill. 2019, n° RG 18/03308. – Comp. Nîmes, 15 avr. 2019, n° RG 18/03315. Indemnité de 7.500 € car « il s'agissait pour Monsieur D. d'une première incarcération, qui a entraîné pour lui une séparation d'avec sa compagne, ses enfants alors très jeunes, et son milieu familial ».

- et à la durée de la détention subie »<sup>373</sup>, la victime a obtenu une indemnité compensatrice de 115.000 €. La durée de détention injustifiée pouvant être beaucoup plus longue, le préjudice moral peut, selon les circonstances, justifier l'allocation de plusieurs centaines de milliers d'euros.

Partant, nous constatons que la peine comme la contrariété bousculent l'existence et que les perturbations injustement souffertes justifient l'allocation d'une somme d'argent. Madame de Staël, qui s'était intéressée à *l'influence des passions sur le bonheur des individus et des nations*, parlait en ces termes de celui qui, confronté aux tragédies, à l'abandon, à « l'époque d'infortune marquée dans la carrière de toutes les passions », connaît le malheur : « On se sent poursuivi par le sentiment de l'existence, comme par un dard empoisonné ; on voudrait respirer un jour, une heure, pour reprendre des forces, pour recommencer la lutte au-dedans de soi, et c'est sous le poids qu'il faut se relever, c'est accablé qu'il faut combattre ; on ne découvre pas un point sur lequel on puisse s'appuyer pour vaincre le reste »<sup>374</sup>. Parce que « la souffrance est alors le centre de toutes les pensées »<sup>375</sup>, l'existence se trouve diminuée, comme happée par celle-ci. Alors qu'une simple susceptibilité ne devrait pas, en principe, ouvrir droit à réparation, il apparaît que les magistrats se montrent plus enclins de nos jours à indemniser toute perturbation d'ordre existentiel, quelle que soit son importance. La reconnaissance d'un préjudice de déception en est l'exemple révélateur. Cependant, cette tendance est critiquable, puisqu'elle conduit nécessairement à la multiplication des préjudices de souffrance. Elle révèle aussi la difficulté qu'il y a dans notre société à accepter les déconvenues qui sont pourtant le lot commun. Alors que la perturbation, plus ou moins aiguë, du cadre de vie, justifie que l'auteur des désagréments répare la perte de tranquillité ou de repères subie, il est des hypothèses dans lesquelles on assiste plus radicalement à un effondrement de l'être par la perte de son individualité.

## **§ 2 : La perte de son individualité**

**216. L'individualité.** La notion d'individualité se présente comme « ce qui constitue

---

<sup>373</sup> Paris, 31 janv. 2007, n° RG 05/7141.

<sup>374</sup> G. DE STAËL, *Œuvres complètes*, t. III, Treuttel et Würtz, 1820, p. 237-238.

<sup>375</sup> *Ibid.*

l'individu, ce qui fait qu'il est tel »<sup>376</sup>. Or, l'individu se définit comme « tout être qui ne peut être divisé sans perdre son nom et ses qualités distinctives, sans cesser d'être ce qu'il était »<sup>377</sup>. L'individu se distingue des autres, peut être isolé du groupe auquel il appartient, et c'est à travers son nom et ses qualités propres qu'une individualisation est possible. En l'occurrence, nous ne nous intéressons pas à la personne placée sur la scène juridique, qui est cet « individu abstrait »<sup>378</sup>, isolé au sein du corps social par son état. La nationalité, le mariage, la filiation, le sexe, le fait d'être en vie ou mort, qui sont les éléments de l'état des personnes, révèlent la position sociale occupée par la personne. Telle est « la place qu'elle occupe pour le droit civil, pendant sa vie, dans la société et dans la famille à laquelle elle appartient »<sup>379</sup>. L'état des personnes met en évidence le rôle de chacun dans une société. Selon le Professeur Alain Sériaux, « un état est ce qui identifie une personne au sein du corps social, non point en raison de son nom concret, mais en raison du rôle abstrait qu'elle a pour mission de jouer »<sup>380</sup>. S'intéresser à l'individualité commande au contraire d'envisager la personne concrètement. Elle porte en elle une histoire, un vécu, des qualités.

**217. Les circonstances conduisant à un effacement de l'individualité.** La perte de son individualité est préjudiciable lorsqu'elle est subie par une personne contre son gré. En niant l'être, on prive la personne des biens de l'âme, car « c'est l'âme qui constitue l'homme essentiellement »<sup>381</sup>.

Les situations de discrimination, qui aboutissent à procéder à une « différenciation contraire au principe de l'égalité civile consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes physiques en raison de leur appartenance raciale ou confessionnelle, plus généralement par application de critères sur lesquels la loi interdit de fonder des distinctions juridiques arbitraires »<sup>382</sup>, contribuent à cet effacement. C'est le cas notamment dans le monde du travail où il n'est pas permis, à égalité de compétences et de conditions de travail, de traiter

---

<sup>376</sup> Dictionnaire Quillet de la langue française, 1961, V° Individualité, p. 965.

<sup>377</sup> *Ibid.*, V° Individu.

<sup>378</sup> N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, Th. Paris II, 2018, n° 43.

<sup>379</sup> Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille*, *op. cit.*, n° 812.

<sup>380</sup> A. SÉRIAUX, *Les personnes. Cours de droit civil*, Aix-Marseille, 2019, n° 21, non publié.

<sup>381</sup> ARISTOTE, *La Grande Morale*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>382</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, V° Discrimination, p. 315.

l'une d'elles de manière inégale en raison d'un critère distinctif dont la prise en considération est illégale<sup>383</sup>. Cela s'impose autant aux employeurs de droit privé<sup>384</sup> qu'à ceux de droit public<sup>385</sup>. Ces pratiques discriminatoires concernent principalement les femmes, les seniors, et les minorités ethniques et religieuses<sup>386</sup>, et interviennent à tous les temps de la relation de travail, même s'il faut admettre que « c'est lors de la procédure de recrutement que cette forme de discrimination est la plus fréquente »<sup>387</sup>. Elles se rencontrent également dans l'accès au logement<sup>388</sup>. De façon générale, les pratiques discriminatoires sont pénalement répréhensibles<sup>389</sup>.

Les situations de harcèlement contribuent également à la perte de son individualité. Dans le langage commun, le harcèlement désigne le fait de tourmenter quelqu'un par de fréquentes attaques<sup>390</sup>. Qu'il soit moral ou sexuel, il est sanctionné pénalement<sup>391</sup>. Le législateur a prévu un certain nombre de dispositifs destinés à protéger salariés et agents publics des situations de harcèlement. Les travailleurs ne doivent pas subir des comportements répétés ayant pour conséquence une dégradation de leurs conditions de travail. Le problème du harcèlement au travail s'est fait plus prégnant depuis quelques décennies car, comme le faisait observer un auteur, celui-ci était contourné du temps où la France connaissait le plein emploi, la victime ayant toujours la possibilité de quitter son poste afin de se protéger et sans craindre d'être confrontée à une situation de chômage<sup>392</sup>. Comme en matière de discrimination, il est question d'une souffrance au travail liée à la santé mentale. Le psychiatre Christophe Dejours, auteur de plusieurs ouvrages sur ce sujet, souligne que le problème est d'autant plus sensible

---

<sup>383</sup> S. CARCILLO, M.-A. VALFORT, *Les discriminations au travail : femmes, ethnicité, religion, âge, apparence, LGBT*, Presses de SciencesPo, 2018, p. 6. – Voir également, G. LERAY, *Discriminations en entreprise*, éd. Gereso, coll. L'essentiel pour agir, 5<sup>e</sup> éd., 2018, p. 11.

<sup>384</sup> C. trav., art. L. 1132-1.

<sup>385</sup> L. n° 83-634, 13 juillet 1983, art. 6 ; JO 14 juill.

<sup>386</sup> S. CARCILLO, M.-A. VALFORT, *Les discriminations au travail : femmes, ethnicité, religion, âge, apparence, LGBT*, *op. cit.*, p. 7-8.

<sup>387</sup> G. LERAY, *Discriminations en entreprise*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>388</sup> L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 1 ; JO 8 juill.

<sup>389</sup> C. pén., art. 225-1 à 225-4.

<sup>390</sup> Dictionnaire Quillet de la langue française, 1961, V<sup>o</sup> Harcèlement, p. 892.

<sup>391</sup> C. pén., art. 222-33-2 à 222-33-2-2 (harcèlement moral) ; 222-33 (harcèlement sexuel).

<sup>392</sup> M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral*, Pocket, 2012, p. 19.



que cette souffrance fait l'objet d'une banalisation en raison des transformations de l'organisation du travail. Il évoque « ceux qui ont peur de ne pas donner de satisfaction, de n'être pas à la hauteur des contraintes de l'organisation du travail : contraintes de temps, de cadence, de formation, d'information, d'apprentissage, de niveau de connaissances et de diplôme, d'expérience, de rapidité d'acquisition intellectuelle et pratique [...] »<sup>393</sup>. Sauf l'hypothèse dans laquelle la souffrance se termine par un drame objet d'un intérêt médiatique, il y a, selon lui, une « malencontreuse disqualification de la parole sur la souffrance et, de ce fait, [une] tolérance à la souffrance subjective »<sup>394</sup>. Le rapport au travail a été bouleversé. Celui-ci n'est certes pas sans souffrance, mais il est censé favoriser l'épanouissement du salarié, ce qui paraît peu compatible avec cette nouvelle forme d'organisation du travail.

**218. Un "manque à être".** Ces pratiques ont un coût humain très important. Les récentes études relatives à la discrimination et aux situations de harcèlement au travail le mettent en lumière.

Les pratiques discriminatoires altèrent « la capacité des individus à réaliser leur potentiel »<sup>395</sup>, et il n'est pas rare que se développe chez les victimes ce que l'on appelle la « menace du stéréotype », c'est-à-dire « l'angoisse de confirmer l'image négative qu'on leur attribue »<sup>396</sup>. La discrimination, en tant qu'elle altère l'estime de soi, provoque un état de mal-être qui rejaillit sur la vie personnelle, sociale et professionnelle de la personne. Cela s'explique par le fait que la personne n'est pas considérée selon ses qualités propres, selon ses mérites, mais en fonction de critères étrangers. L'être est nié.

Les situations de harcèlement ont des effets similaires. S'agissant d'abord du harcèlement moral<sup>397</sup>, il est possible de le présenter de manière générale comme un « meurtre psychique », le harceleur enlevant à sa victime « toute individualité »<sup>398</sup>. Pour y parvenir, il installe sur elle une emprise, ce qui nécessite une phase de séduction pour installer une domination d'ordre intellectuel ou moral. Cela fait, il est en mesure de la violenter, par un

---

<sup>393</sup> C. DEJOURS, *Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale*, éd. du Seuil, 2014, p. 31.

<sup>394</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>395</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>396</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>397</sup> Pour une approche psychologique du harcèlement moral, voir M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral*, *op. cit.*, 2012.

<sup>398</sup> *Ibid.*, p. 7 et 15.

certain nombre d' « agissements » dont la loi fait mention. Placée en situation de faiblesse, la victime est disqualifiée, puis réifiée par des comportements, actes, gestes ou paroles, participant d'un « processus inconscient de destruction psychique »<sup>399</sup>. Dans le cadre de la relation de travail, la victime, déstabilisée et isolée par le harceleur, est généralement poussée à la faute. De cela, le harceleur éprouve un sentiment de jouissance, cependant que la victime souffre de la « répétition des vexations, des humiliations, sans aucun effort pour les nuances »<sup>400</sup>. Les méthodes de direction ayant des répercussions sur la santé des travailleurs, peuvent être à l'origine d'un harcèlement moral<sup>401</sup>. C'est le cas lorsqu'un établissement soumet ses salariés « à une pression continue, des reproches incessants, des ordres et contre-ordres dans l'intention de diviser l'équipe »<sup>402</sup>, entraînant chez l'un d'eux un état dépressif. Ce qui est ici mis en cause est le harcèlement managérial, appelé encore harcèlement institutionnel. Cela représente « le poids que l'organisation globale du travail dans une entreprise peut faire peser sur certains »<sup>403</sup>. Le harcèlement institutionnel est, d'une certaine façon, le résultat des mutations contemporaines du monde du travail. La « révolution managériale », qui consiste « à transformer l'humain en ressource au service de la rentabilité de l'entreprise »<sup>404</sup>, a entraîné une intensification du travail personnel en même temps qu'un délitement du groupe comme moyen de protection et de régulation. Cela a contribué à l'isolement des travailleurs qui, soumis à une pression croissante de leurs supérieurs et collaborateurs, sont devenus plus vulnérables. Une « culture du harcèlement généralisé »<sup>405</sup> s'est ainsi développée. Ce système encourage l'individualisme, étant observé que la compétition n'existe pas qu'entre entreprises, mais aussi en leur sein entre collègues. L'évaluation individualisée des performances et la perspective de la qualité totale alimentent cette compétition. Seuls les travailleurs les plus efficaces sont conservés, tandis que les moins performants sont écartés, en particulier les jeunes non qualifiés

---

<sup>399</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>400</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>401</sup> Sur les transformations des méthodes de gestion, voir P. MOREIRA, H. PROLONGEAU, *Travailler à en mourir*, Flammarion, 2009. – V. DE GAULEJAC, *Travail, les raisons de la colère*, éd. du Seuil, coll. Economie humaine, 2011. – V. DE GAULEJAC, *La société malade de la gestion*, éd. du Seuil, 2009. – C. DEJOURS, CFDT, *Souffrance au travail*, éd. Chronique sociale, 2012. – C. DEJOURS, *Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale*, *op. cit.*

<sup>402</sup> Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-45.321.

<sup>403</sup> P. MOREIRA, H. PROLONGEAU, *Travailler à en mourir*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>404</sup> V. DE GAULEJAC, *Travail, les raisons de la colère*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>405</sup> *Ibid.*, p. 304.

et les seniors. Là sont « les mécaniques de la souffrance »<sup>406</sup>. Un tel régime engendre un état de stress et peut conduire à l'épuisement professionnel, à la dépression et au *burnout*. La consommation d'antidépresseurs et de psychotropes n'est pas rare. D'après un auteur, ces symptômes « traduisent [leur] mal-être »<sup>407</sup>. En effet, ce système a des aspects destructeurs, notamment l'évaluation individualisée, dont les résultats peuvent conduire à la perte des défenses narcissiques et, finalement, à l'effondrement de l'être. La confrontation à des objectifs démesurés produit des effets comparables, puisqu'elle engendre un « malaise diffus », un « ras-le-bol », un « sentiment de lassitude »<sup>408</sup>, que la peur d'un licenciement entretient. Le sociologue Vincent de Gaulejac estime que ces méthodes de direction sont nuisibles. Il évoque le « mal-être » du travailleur pour « désigner clairement qu'il s'agit bien d'un mal, de quelque chose de négatif et de destructeur qui est à l'œuvre, un mal qui touche à l'être »<sup>409</sup>. Le suicide de salariés, par exemple chez Renault, indique à dessein « qu'il s'agit bien d'un problème existentiel, d'une question de vie ou de mort »<sup>410</sup>. Considérer que ces méthodes peuvent constituer un harcèlement moral paraît légitime. Nous avons souligné la violence que peuvent représenter ces nouvelles méthodes de gestion pour les travailleurs les plus exposés, ainsi que les atteintes en résultant pour la santé.

Le harcèlement peut aussi être sexuel. La notion de harcèlement sexuel a une origine anglosaxonne<sup>411</sup>. En effet, le concept de *sexual harassment* s'est développé au cours des années 1970, avant d'être importé en France<sup>412</sup>. Il désigne une « conduite à connotation sexuelle et/ou sexiste non désirée par autrui » qui se caractérise par un « effet harcelant qui se mesure soit en fonction de la répétition de ladite conduite, soit en fonction des conséquences de ladite conduite sur la personne en matière d'emploi, de carrière, de santé, de vie personnelle »<sup>413</sup>. Pour la victime, les conséquences sont délétères car elles atteignent profondément l'être. L'homme ou la femme harcelé subit une dépossession de son individualité en raison d'un état de

---

<sup>406</sup> P. MOREIRA, H. PROLONGEAU, *Travailler à en mourir*, op. cit., p. 21-22.

<sup>407</sup> V. DE GAULEJAC, *La société malade de la gestion*, op. cit., p. 13-14.

<sup>408</sup> *Ibid.*, p. 230-231.

<sup>409</sup> V. DE GAULEJAC, *Travail, les raisons de la colère*, op. cit., p. 69.

<sup>410</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>411</sup> AVFT, *De l'abus de pouvoir sexuel : le harcèlement sexuel au travail*, éd. La Découverte, 1990, p. 231.

<sup>412</sup> S. CROMER, *Le harcèlement sexuel en France*, La Documentation française, 1995, p. 15.

<sup>413</sup> *Ibid.*, p. 16.

dépendance<sup>414</sup>. Il y a dans le harcèlement sexuel une forme d'exploitation de la personne, car elle est traitée comme un objet, réifiée. La victime souffre d'un sentiment de dévalorisation, d'une perte d'estime d'elle-même, ce qui rejait sur la santé physique et mentale, sur l'efficacité en matière professionnelle<sup>415</sup>, et, au-delà, sur la vie personnelle, familiale et sociale. Une telle diminution de l'être peut même conduire au suicide, tant la personne se sent insignifiante. D'après un auteur, « le harcèlement sexuel est vécu fondamentalement comme un attentat à la personne, dans sa dignité, [...] dans sa liberté. Et la sexualité instrumentalisée est le moyen privilégié de l'envahissement de l'être, réifié, qui se sent devenir "animal", "chose" »<sup>416</sup>. La victime est confrontée à une perte de sens de l'existence. Le malaise peut être si profond que la personne se livre parfois à une consommation de médicaments. L'être est si dévasté qu'il faut beaucoup de temps pour s'en remettre, mais cela varie en fonction du vécu de chacun<sup>417</sup>.

**219. Les conditions de la réparation.** Pour que la victime obtienne réparation, les pratiques à l'origine d'un effacement de l'individualité doivent être établies. Cela implique notamment des « faits répétés » de harcèlement moral ou sexuel ayant pour effet de porter atteinte à la dignité de la personne, même si l'on assimile au harcèlement sexuel « le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers »<sup>418</sup>. Si le salarié victime de discrimination ou de harcèlement peut agir devant le juge répressif, il peut également porter l'affaire devant le conseil de prud'hommes, auquel cas il profite d'un allègement de la charge de la preuve, puisqu'il n'est tenu de présenter, pour les cas de pratiques discriminatoires, que « les faits qui permettent d'en présumer l'existence »<sup>419</sup>, et « les éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement »<sup>420</sup>.

Lorsque les pratiques discriminatoires ou de harcèlement sont caractérisées, la réparation du préjudice moral ne peut être prononcée que dans la mesure où celui-ci a été démontré. Mais là encore, un allègement de la preuve peut profiter à la victime, le juge judiciaire

---

<sup>414</sup> AVFT, *De l'abus de pouvoir sexuel : le harcèlement sexuel au travail*, éd. La Découverte, 1990, p. 40.

<sup>415</sup> *Ibid.*, p. 79-80.

<sup>416</sup> S. CROMER, *Le harcèlement sexuel en France*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>417</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>418</sup> C. pén., art. 222-33.

<sup>419</sup> L. n° 2008-496, 27 mai 2008, art. 4 ; *JO* 28 mai.

<sup>420</sup> C. trav., art. L. 1154-1.

ayant récemment retenu « qu'un harcèlement moral, lorsqu'il est constitué, cause nécessairement un préjudice »<sup>421</sup>. Dans cette affaire, un salarié avait demandé le versement de dommages-intérêts correspondant au préjudice moral consécutif au harcèlement moral dont il se prétendait victime, mais la cour d'appel l'avait débouté de sa demande malgré la caractérisation du harcèlement moral. En outre, le fait qu'un préjudice moral ait été reconnu et indemnisé au titre d'une discrimination ne fait pas obstacle, pour les mêmes faits, à la demande en réparation d'un préjudice moral consécutif à un harcèlement moral, s'agissant de préjudices distincts. Dans une affaire dans laquelle une salariée avait fait l'objet d'une discrimination en raison de son état de grossesse, une indemnisation du préjudice moral avait été prononcée, qui ne compensait pas « l'atteinte à la dignité et à la santé de la salariée, ayant conduit à un état d'inaptitude médicalement constaté, résultant du harcèlement moral dont elle a fait l'objet »<sup>422</sup>.

**220. L'indemnisation de la victime.** Dans tous les cas, dès lors que les pratiques discriminatoires ou de harcèlement sont avérées, la victime peut prétendre obtenir réparation de son préjudice. Les certificats médicaux et les éventuels arrêts de travail sont des éléments essentiels permettant au juge de bien saisir la souffrance éprouvée. Concrètement, il s'agit de prendre la mesure du trouble subi dans les conditions d'existence et ses répercussions, le cas échéant, sur la santé de la personne. Outre le sentiment de dévalorisation et la perte d'estime de soi-même, l'indemnité allouée compense le retentissement que ces situations ont sur la vie familiale, sociale et professionnelle, et sur la santé de la personne, notamment psychologique. Une « absence de reconnaissance professionnelle » consécutive à une discrimination a « des conséquences sur la qualité du travail fourni (dévalorisation du travail, déconsidération de soi) »<sup>423</sup>. « Une anxio-dépression réactionnelle »<sup>424</sup> à des faits de harcèlement entre également en ligne de compte. L'histoire et le vécu de la personne ne sauraient être ignorés. Dans cette dernière affaire, le fait que la victime a perdu son mari concomitamment aux faits de harcèlement a justifié le versement d'une indemnité plus élevée, car ces faits « ont en conséquence concerné une salariée déjà fragilisée par son vécu personnel ». Selon la gravité des faits en présence, l'effacement de l'individualité peut être à ce point prononcé que la victime nourrit des idées suicidaires. Plus le mal-être est important, plus l'indemnité est conséquente,

---

<sup>421</sup> Cass. soc., 6 mai 2014, n° 12-25.253.

<sup>422</sup> Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-23.521 ; D. 2016. 807, obs. PORTA.

<sup>423</sup> Pau, 15 mars 2018, n° RG 15/02339.

<sup>424</sup> Grenoble, 26 sept. 2016, *JurisData* n° 2016-021866.

qui, en pratique, s'élève à 15.000 € dans les cas les plus sévères<sup>425</sup>. Compte de l'importance du mal-être en cas de discrimination ou de harcèlement, les faibles indemnités reconnues s'expliquent par le fait que le préjudice moral pourrait avoir « une fonction punitive »<sup>426</sup>, de sorte qu'il n'aurait d'autre visée que de sanctionner l'employeur. Malgré cela, devant le conseil de prud'hommes, l'indemnité semble pour le moment échapper à la « standardisation du processus d'indemnisation »<sup>427</sup> voulue par l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail<sup>428</sup>, celle-ci concernant « la réparation du licenciement irrégulier ou sans cause réelle et sérieuse », non celle du préjudice moral.

**221. Conclusion de chapitre.** Les perturbations existentielles dont les personnes sont victimes sont aujourd'hui considérées comme un préjudice réparable, que l'atteinte soit portée à l'intégrité physique ou morale. Les magistrats tiennent compte de toute modification du cours habituel de l'existence, aussi minime soit-elle, la reconnaissance d'un préjudice de déception montrant à dessein que les injustes frustrations de l'existence ouvrent aussi droit à réparation. Toutefois, l'indemnisation des préjudices existentiels n'a été possible que par l'acceptation d'une approche subjective du préjudice de souffrance. En effet, il n'est plus question d'indemniser ce que n'importe qui ressentirait face à une situation donnée, mais de réparer intégralement le mal-être de chacun en tenant compte des choix de vie effectués. Compte tenu de la profusion des sentiments humains, cela pourrait, à moyen terme, aboutir à une extension considérable du préjudice de souffrance. La subjectivation dudit préjudice a également contribué à une évolution de la jurisprudence concernant l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux des victimes privées de toute conscience. Alors que la jurisprudence se montrait favorable à leur indemnisation – ce qui participait d'une approche objective du préjudice –, une évolution est à l'œuvre, qui consiste à la refuser lorsque la souffrance n'a pas été vécue<sup>429</sup>. Cette approche doit être soutenue puisqu'elle préserve l'exigence de réalité du

---

<sup>425</sup> Paris, 19 mai 2009, *JurisData* n° 2009-008061.

<sup>426</sup> D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Le préjudice moral devant le conseil de prud'hommes », *Dr. soc.* 2017. 910.

<sup>427</sup> *Ibid.*

<sup>428</sup> Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, *JO* 23 sept.

<sup>429</sup> Voir en particulier Poitiers, 12 mars 2014, n° RG 12/02604. À propos du préjudice esthétique, il est retenu que « faute de conscience que pouvait avoir le jeune S. de son apparence entre le moment de la collision et son décès, période de coma profond, un tel préjudice ne saurait être indemnisé ». – Voir aussi Lyon, 26 mai 2015, n° RG 14/02793. En l'espèce, il est indiqué que « M. B., compte tenu de son état, ne pouvait avoir conscience de l'existence d'un préjudice esthétique », mais qu'il « est en revanche avéré que M. B. était conscient et donc en mesure de ressentir la douleur et les conséquences que sa chute pouvait avoir sur sa santé lors de sa prise en charge par le service des urgences puisqu'il était même en mesure pendant son transport de répondre "aux ordres

préjudice en refusant toute abstraction, et contribue à une véritable satisfaction de la victime, l'indemnité étant déterminée par ce qui a été vécu<sup>430</sup>. En tout cas, si le droit prend en considération la perte de qualité de vie injustement soufferte par la personne, il est des circonstances dans lesquelles il tire des conséquences d'un mal-être non imputable.

---

simples" ». – Voir encore Aix-en-Provence, 24 juin 2016, n° RG 15/00700, dont la motivation est particulièrement éclairante sur cette question : « Le coma profond et ininterrompu qui a suivi ce choc, jusqu'au décès, exclut que M. M. ait pu subir un déficit fonctionnel temporaire, ou ressentir un préjudice de vie abrégée ou un préjudice esthétique, tous préjudices dont il ne pouvait pas avoir conscience, ainsi que l'ont fait valoir les intimés, sans que la preuve médicale du contraire soit apportée par les appelants ».

<sup>430</sup> C. CORMIER, « L'indemnisation des préjudices personnels subis par la victime plongée dans un état de coma végétatif », *JCP A* 2005, n° 37, p. 1313.





## Chapitre 2 : L'être mal non-imputable

**222. L'"injuste" existence.** Nous avons constaté que la perte de qualité de vie est l'objet d'une réparation lorsqu'elle résulte d'une atteinte à l'intégrité physique ou morale. Certes, il ne doit pas en principe s'agir d'une frustration mais d'un authentique bouleversement existentiel, alors pourtant qu'il est avéré qu'en pays étranger des juges ont pu admettre la réparation de simples contrariétés<sup>1</sup>. En France, l'évolution du droit de la responsabilité civile suit une trajectoire qui, sans être tout à fait semblable, demeure voisine, puisque la plupart des troubles dans les conditions d'existence sont de nos jours réparables. Notre droit contemporain est plus que jamais « sollicité pour réparer et effacer toutes les douleurs, jusques et y compris la difficulté d'exister »<sup>2</sup>. Dans ce contexte, la question s'est posée de savoir si le seul fait d'exister pouvait être qualifié de préjudiciable. Il s'agirait alors d'un préjudice existentiel *en soi*, car ne découlant d'aucune atteinte injuste à l'intégrité de la personne. À une époque où, en Europe, la présence et la vie sur terre étaient indissociables de la souffrance – ce passage sur terre était comparé à une vallée de larmes –, ce questionnement aurait participé de l'absurde. À « l'ici-bas » s'opposait le « là-haut synonyme de félicité »<sup>3</sup>. L'existence souffrante était le gage du salut éternel, et ne pouvait donc être considérée comme préjudiciable. L'époque contemporaine, moins religieuse, n'a pas adopté ce paradigme. La souffrance n'a plus de sens, on ne lui associe plus aucune perspective. À l'opposition, autrefois incontournable, de l'âme et du corps a été substituée celle de « l'homme à son corps »<sup>4</sup> : telle est « la version moderne du dualisme »<sup>5</sup> cartésien. Ce corps, détaché de l'homme, est devenu modelable par le truchement d'une médecine technicienne qui a soutenu de « nombreux aspects de l'individualisme »<sup>6</sup>, de telle sorte que l'on peut de nos jours nourrir un sentiment de maîtrise de soi. En tout cas, « des souffrances qui nous terrassent, on ne fait plus de bouquets à offrir à une divinité bien-aimée. Ni à quelqu'un d'autre. Personne n'en veut »<sup>7</sup>. Partant, l'idée selon laquelle l'existence pourrait

---

<sup>1</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le dommage existentiel », *D.* 2010. 2376.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> C. THOMAS, *Souffrir*, éd. Payot & Rivages, 2004, p. 9.

<sup>4</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité*, PUF, coll. Quadrige, 7<sup>e</sup> éd., 2013, p. 272.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 296.

<sup>7</sup> C. THOMAS, *Souffrir*, *op. cit.*, p. 9.

être en soi préjudiciable est devenue concevable (**Section 1**).

**223. L'être remanié.** Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, la médecine s'est considérablement transformée en raison du déploiement de techniques nouvelles. Nous leur devons d'avoir permis une lutte plus efficace contre des maladies autrefois fatales, comme la tuberculose, autrement appelée peste blanche<sup>8</sup> ; mais aussi d'avoir rendu possible un soulagement plus efficient des douleurs. D'autres aspects de ce déploiement sont cependant plus contestés. Le recours à des techniques pointues a contribué à un « extrême morcellement de l'organisme »<sup>9</sup>. Les progrès de l'imagerie médicale ont permis de rendre compte de ce que chaque organe, chaque membre, révèle de l'état de santé de la personne. Un glissement s'opère alors, qui consiste à s'intéresser au « détail d'une altération qui touche essentiellement l'organisme, et non à l'être de l'homme »<sup>10</sup>. Cette médecine de précision, qui délaisse l'approche globale du sujet en lui préférant une approche plus ciblée, plus mécanique aussi, a actualisé le dualisme cartésien en distinguant nettement l'âme et le corps. La technicisation a ouvert le champ des possibles. La médecine a atteint un tel niveau de perfectionnement qu'elle est parvenue à saisir le génome, qui correspond au matériel génétique de l'être. Ce qui s'apparente à la découverte de la « pierre philosophale »<sup>11</sup> montre l'étendue de ses capacités. La médecine peut reconstruire un visage ou un sexe, remplacer un organe défectueux par le biais de transplantation, créer la vie sans sexualité. L'individu a pu y trouver réponse aux frustrations de son existence. Mais ces transformations corporelles bouleversent l'être, car l'homme n'est pas une machine. Selon le sociologue David le Breton, « l'individu n'est pas la somme de ses organes, le corps est matière d'identité »<sup>12</sup>. Lorsque ces transformations affectent la sphère sexuelle et reproductive, elles sont de nature à ébranler le statut de la personne, celle-ci pouvant, par un remaniement, prendre l'apparence de l'autre sexe ou accéder à l'état de père ou de mère. Le recours à la médecine permettrait ainsi de résoudre une crise interne d'ordre identitaire, mais pourrait bien se heurter au principe juridique de l'indisponibilité de l'état des personnes d'après lequel les éléments qui le composent – la filiation, le sexe, la vie et la mort – ne peuvent pas être l'objet de changements volontaires. Ainsi, l'aspiration de l'homme à maîtriser sa sexualité, sa fécondité, se heurterait à

---

<sup>8</sup> S. HENRY, *Vaincre la tuberculose (1879-1939) : La Normandie en proie à la peste blanche*, PURH, 2013.

<sup>9</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité*, *op. cit.*, p. 267.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>11</sup> A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « CRISPR Cas9 : modifier le génome humain », *RJPF* 2018-6/11, p. 8.

<sup>12</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité*, *op. cit.*, p. 274.

la nécessaire stabilité du statut de chacun dans notre société. L'évolution récente de notre législation qui, dans ces domaines, a écarté le principe d'indisponibilité de l'état, pose la question de la vocation du droit : ne se veut-il pas thérapeute ? (**Section 2**).

## **Section 1 : La perte de qualité de vie en soi**

**224. Un droit d'être ou de ne pas être.** Dans une société dans laquelle les conquêtes de l'individualisme sont nombreuses, il n'y a qu'un pas à faire pour que soit revendiqué le droit d'être ou de ne pas être, le droit de bien naître, cependant que l'on voit poindre la perspective du cyborg, ce surhomme qui « délivrerait l'homme de son fardeau de chair et des contraintes de l'identité enracinées dans le corps »<sup>13</sup>. Là sont les conditions d'un conflit inédit du « *fœtus* contre sa mère »<sup>14</sup>. Le droit s'en est emparé récemment pour indemniser le malaise venant des circonstances de la vie. Cela concerne au premier chef l'enfant dont la vie est jugée dommageable en raison des conditions de sa conception ou de sa naissance : un diagnostic médical erroné, un viol, par exemple. Celui par la faute duquel cette situation s'est produite peut alors être tenu de compenser le bouleversement existentiel qui en résulte pour l'enfant, alors pourtant que c'est dans ces circonstances qu'il a obtenu la vie et que rien n'indique *a priori* qu'il mènera une existence misérable, sans réjouissances. Erving Goffman disait de celui qui présente des stigmates qu'il peut habiter « le sentiment d'être une personne "normale", un homme semblable à tous les autres, une personne, donc, qui mérite sa chance et un peu de répit »<sup>15</sup>. Mettre en doute l'intérêt d'une vie est la conséquence de la multiplication des conquêtes de l'individualisme, qui ne s'accommode pas des frustrations, des difficultés, des contrariétés dont l'homme peut souffrir. Seulement, cette approche ne voue-t-elle pas l'humanité à « une sélection des existences humaines, en considérant que certaines d'entre elles ne valent pas la peine d'être vécues »<sup>16</sup>, et, inévitablement, à « l'autodestruction »<sup>17</sup> ? Les

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 326.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>15</sup> E. GOFFMAN, *Stigmate*, Les Éditions de Minuit, coll. Le sens commun, 1975, p. 17.

<sup>16</sup> L. AYNÈS, « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D.* 2001. 492.

<sup>17</sup> J. HAUSER, « Encore le droit de ne pas naître : l'autodestruction de l'Homme par l'inflation des droits subjectifs », *RTD civ.* 1991. 871.

parents dont l'enfant a été conçu ou est né dans ces circonstances sont également susceptibles de demander réparation du trouble ainsi jeté dans leur existence, car ce peut être une souffrance de devoir organiser sa vie autrement et plus radicalement de devoir prendre en charge un enfant non désiré comme tel. Nous envisagerons ces situations successivement : celle de l'enfant, d'abord (§1) ; celle des parents, ensuite (§2).

### **§ 1 : Le mal-être de l'enfant confronté à une vie jugée dommageable**

**225. Une vie handicapée dommageable.** Au cours des années 1990, le juge judiciaire a été saisi de demandes tendant à la réparation d'un préjudice existentiel concernant l'enfant né handicapé suite à un défaut d'information en matière médicale. La question est délicate car, si les demandes ne visent pas explicitement l'existence même de l'enfant mais les circonstances qui l'entourent – la conception, le handicap –, c'est le fait même d'être né qui est en cause. Il est en effet soutenu que la vie de l'enfant tient au fait que le couple, mal informé, a été privé de la possibilité de ne pas concevoir l'enfant ou de recourir à une interruption de grossesse. Cette démarche laisse entendre que l'inexistence de l'enfant aurait été préférable à la vie malheureuse à laquelle il est prédestiné.

À cette question, la Cour de cassation a généralement répondu de manière favorable. Dans certains cas, il aurait été possible, si la mère avait été correctement informée par son médecin, d'entreprendre des soins pour éviter toute contamination de l'enfant, et donc une naissance avec un handicap. Dans une affaire dans laquelle la mère n'avait pas reçu, lors de l'examen prénuptial, de prescription tendant à la réalisation de l'examen sérologique de rubéole alors obligatoire, la responsabilité du praticien a pu être engagée après que l'enfant, né cinq ans plus tard, a été victime de la rubéole contractée par sa mère. La Haute juridiction a retenu « la perte d'une chance pour l'enfant d'éviter de supporter les conséquences de la rubéole contractée par sa mère en début de grossesse »<sup>18</sup>.

Dans d'autres hypothèses, il n'était médicalement pas possible d'éviter la naissance d'un enfant handicapé. Dans une première affaire, un couple dont le mari souffrait d'un lourd handicap neurologique a sollicité les conseils d'un professeur de médecine, afin de savoir si ce handicap était transmissible héréditairement. En soutenant à tort qu'il s'agissait de la maladie non-transmissible de Little alors que le mari souffrait en réalité de la maladie de Strümpell-

---

<sup>18</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 juill. 1991, n° 90-14.645. – En ce sens, voir aussi Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 févr. 1993, n° 91-12.391.

Lorrain, qui est héréditaire-dégénérative, le couple a été victime d'une mauvaise information médicale et a, par suite, donné naissance à une fille atteinte de cette maladie. La Cour de cassation a affirmé que la faute médicale « était en relation directe avec la conception d'un enfant atteint d'une maladie héréditaire », et qu'en conséquence il était légalement justifié de prononcer la réparation des « conséquences dommageables définitives des troubles de l'enfant »<sup>19</sup>, ce qui concerne directement l'existence de ce dernier.

Dans l'affaire *Perruche*, qui est autrement plus connue du fait des suites législatives qu'elle a suscitées, une femme a mené à son terme une grossesse en pensant à tort qu'elle était immunisée contre la rubéole, et donné naissance à un enfant qui a rapidement développé des troubles neurologiques. La croyance de la mère en son immunité réside dans une erreur commise par le laboratoire à la suite d'un prélèvement. Alors que les premiers juges saisis de l'affaire ont prononcé la condamnation *in solidum* du laboratoire et du médecin de famille à réparer les conséquences dommageables, pour le premier, de l'erreur commise, pour le second, du défaut de soins attentifs et diligents et d'un manquement au devoir d'information et de conseil, la cour d'appel de Paris a infirmé le jugement en raison de l'absence de lien de causalité. Les magistrats ont notamment retenu que « les très graves séquelles dont l'enfant demeure atteint n'ont pas pour cause l'erreur commise par le laboratoire ni même le manquement du praticien à ses obligations contractuelles, mais seulement la rubéole que lui a transmise *in utero* sa mère ». Les parents ont alors formé un pourvoi en cassation, qui a abouti à la cassation de l'arrêt d'appel. Les Hauts magistrats de l'ordre judiciaire ont soutenu que l'erreur commise par le laboratoire avait bien eu une incidence sur la poursuite de la grossesse de la mère, de sorte qu'un lien de causalité existait entre la faute et le préjudice subi par l'enfant. En effet, « il était constaté que les parents avaient marqué leur volonté, en cas de rubéole, de provoquer une interruption de grossesse ». Pour cette raison, la Cour de cassation a admis la réparation du « dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère »<sup>20</sup>. Du fait de la résistance dont a fait preuve la juridiction de renvoi, la Cour de cassation a été saisie de cette affaire sur un second pourvoi. L'assemblée plénière a confirmé « que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un

---

<sup>19</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 26 mars 1996, n° 94-13.145 ; D. 1997. 35, note ROCHE-DAHAN.

<sup>20</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 26 mars 1996, nos 94-11.791 et 94-14.158 ; D. 1997. 35, note ROCHE-DAHAN.

handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues »<sup>21</sup>.

**226. Reconnaissance d'un mal-être.** Ces affaires ont pour point commun d'admettre la réparation d'un mal-être. Il s'agit d'un mal-être dans la mesure où l'enfant, du fait de son handicap, souffre d'un certain nombre de limitations physiologiques et/ou psychologiques venant jeter un trouble dans son existence. La vie personnelle et sociale en est affectée, qui nécessite des aménagements, et présente donc des contraintes. L'enfant est confronté quotidiennement à ses incapacités, à ses difficultés à réaliser ce qu'il aurait pu faire en l'absence de handicap. Assurément, « en se comparant avec les autres, [l'enfant] fera indubitablement au moins l'expérience de son impuissance tant à vivre comme eux qu'à vivre avec eux »<sup>22</sup>. Le regard des autres est également à l'origine d'une perte de son individualité<sup>23</sup> dans la mesure où « l'homme handicapé n'est plus envisagé en tant que sujet, c'est-à-dire en tant qu'il recèle quelque chose de plus [...], mais en tant qu'il possède quelque chose de moins »<sup>24</sup>.

Pour autant, ce mal-être est-il un préjudice ? En naissant avec un handicap, de quel bien l'enfant a-t-il été injustement privé, qui expliquerait le versement d'une indemnité ? Il n'y a de préjudice qu'en cas de dommage injustement subi « dans son intégrité physique, dans ses biens, dans ses sentiments »<sup>25</sup>. L'aurait-on privé de ne pas vivre ? Le soutenir n'aurait pas de sens, car l'inexistence implique l'absence de tout bien. Leur possession est indissociable de la vie. Malgré ses faiblesses qui, en comparaison des autres, peuvent être la cause de son mal-être, la personne née handicapée n'a été injustement privée de rien. Au contraire, la vie lui a été donnée. L'homme ne saurait prétendre avoir un droit de naître avec la santé et, à plus forte raison, de ne pas naître, « car s'il est bien une circonstance qui échappe par nature aux prérogatives de l'individu, c'est sa vie même, qui pour chacun est un don. Pas nécessairement un bienfait : c'est affaire de conviction personnelle. Mais une vie donnée, reçue »<sup>26</sup>. Malgré cela, les magistrats du Quai de l'Horloge ont admis l'indemnisation du « préjudice résultant du handicap », ce qui

---

<sup>21</sup> Cass. Ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13.701 ; *JCP* 2000. II. 10438, rapp. SARGOS, concl. SAINTE-ROSE, note CHABAS ; *D.* 2001. 332, note MAZEAUD ; *RTD civ.* 2001. 103, obs. HAUSER.

<sup>22</sup> A. SÉRIAUX, « "Perruche" et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification », *D.* 2002. 1996.

<sup>23</sup> *Supra*, n° 216 et s.

<sup>24</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité, op. cit.*, p. 200.

<sup>25</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 8<sup>e</sup> éd., 2007, *V*° Préjudice, p. 705-706.

<sup>26</sup> L. AYNÈS, « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », préc.

permet de soutenir qu'il s'agit d'« un nouveau type de dommage, qui ne réunit pas les caractéristiques classiques du dommage réparable »<sup>27</sup>.

Au demeurant, cet état de mal-être n'est pas la conséquence de la faute médicale consistant en un défaut d'information, mais bien de la maladie contractée par la mère ou génétiquement transmise. Aussi est-il surprenant de constater que la Cour de cassation retienne un lien de causalité pour prononcer l'indemnisation du mal-être. Dans ces différentes affaires, les Hauts magistrats ont considéré que la délivrance de l'information médicale aurait nécessairement eu pour effet de dissuader les parents de concevoir l'enfant ou, l'ayant déjà conçu, de les convaincre de recourir à un avortement. L'enfant ne venant pas au monde, il n'aurait pas été confronté aux difficultés liées à son handicap. Or, il n'est pas possible d'affirmer avec certitude que, dans le cas où l'information aurait été correctement délivrée, le couple aurait pris cette décision. Que l'interruption de grossesse soit ou non pratiquée pour motif médical, les textes applicables mettent en évidence la nécessité de recueillir le consentement de l'intéressée après l'avoir correctement informée<sup>28</sup>. Pour la femme, le fait d'interrompre sa grossesse relève de sa liberté, de sorte que, jusqu'au dernier moment, elle peut prendre la décision de ne pas y recourir. Aussi, la volonté venant s'intercaler entre la faute et le « préjudice », il n'y a pas de lien de cause à effet. Le mal-être n'est pas imputable.

**227. Neutralisation de la jurisprudence *Perruche*.** Toutefois, le législateur a entendu mettre un terme à la jurisprudence *Perruche*. Cette intention ressort des travaux préparatoires à l'adoption de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. La disposition selon laquelle « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance », a été insérée dans le projet de loi pour faire suite à la « volonté du Gouvernement de poursuivre dans le présent projet de loi le débat sur l'arrêt *Perruche* »<sup>29</sup>, et dans le but de rendre « irrecevable toute action en responsabilité uniquement fondée sur le seul fait d'être né »<sup>30</sup>. Par l'adoption de cette disposition, la jurisprudence *Perruche* a été neutralisée,

---

<sup>27</sup> J.-L. AUBERT, « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être », *D.* 2001. 489.

<sup>28</sup> CSP, art. L. 2212-3, L. 2212-4 et L. 2213-1. Il ressort de ces dispositions que la femme pouvant solliciter une interruption de grossesse bénéficie d'une assistance ou de conseils appropriés à sa situation, de l'ensemble des informations relatives à la pratique médicale et, pour le cas d'une interruption pratiquée pour motif "thérapeutique", d'un délai de réflexion d'au moins une semaine.

<sup>29</sup> Sénat, Commission des affaires sociales, Rapport n° 174 : projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, fait par F. GIRAUD, G. DÉRIOT et J.-L. LORRAIN, 16 janv. 2002, p. 18.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 20. – Voir également Assemblée nationale et Sénat, Commission mixte paritaire, Rapport n° 3587 et

même si l'on peut regretter une rédaction imparfaite du texte qui ne vise pas les circonstances dans lesquelles « la conception » a eu lieu ou les conséquences du « handicap », mais « le seul fait de la naissance »<sup>31</sup>.

**228. Souffrance de l'enfant né d'un viol ou d'un inceste.** Malgré cette neutralisation, le droit indemnise l'enfant qui, né d'un viol incestueux, se trouve dans l'impossibilité d'établir sa filiation paternelle et souffre alors d'un préjudice moral<sup>32</sup>. *A priori*, un traitement différencié se justifierait. Dans le cadre des travaux préparatoires à l'adoption de la loi suscitée du 4 mars 2002, une distinction était ainsi faite entre la naissance handicapée d'un enfant en raison d'un mauvais diagnostic anténatal, et la naissance d'un enfant dont la mère a été violée ou victime d'un inceste. Il était alors souligné que le dispositif "anti-Perruche" « n'empêche pas une action en responsabilité qui serait fondée sur les circonstances qui ont entouré et la conception et la naissance elle-même, comme par exemple l'action en réparation du préjudice de l'enfant issu d'un viol ou d'un inceste »<sup>33</sup>.

Ce préjudice renvoie au « traumatisme lié à la connaissance que [l'enfant] aura de ces faits en grandissant, et aux difficultés qu'il rencontrera à se construire en raison de sa filiation incestueuse »<sup>34</sup>. Au retentissement affectif et psychique que la connaissance de ces faits engendre, s'ajoute le bouleversement existentiel consécutif à la privation d'une branche de sa filiation. Cette situation contribue à la division de l'être, à sa fragmentation, compte tenu de l'impossibilité dans laquelle l'enfant se trouve de revendiquer le lien de filiation qui devrait l'unir à l'un de ses parents. Quand bien même il aurait la possibilité de le connaître, ce parent est juridiquement mais aussi symboliquement mis à distance. La loi interdit effectivement l'établissement simultané d'un double lien de filiation, afin que ne soit pas révélée au grand jour la situation ayant abouti à cette naissance, l'inceste étant un tabou dans notre société. Cette

---

220 : projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, fait par C. ÉVIN et F. GIRAUD, 12 févr. 2002, p. 11. Claude Évin, rapporteur pour l'Assemblée nationale, a affirmé qu'« un accord s'est dégagé pour ne pas permettre à un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute médicale lourde le droit d'engager une action en réparation contre l'auteur de cette faute ».

<sup>31</sup> P. PIERRE, Lamy Responsabilité civile, n° 413-42. L'auteur souligne que « la lettre de cet exorde, n'apparaît pas en contradiction directe avec la jurisprudence antérieurement développée par la Cour de cassation ».

<sup>32</sup> TGI Lille, 6 mai 1996 ; *D.* 1997. 543, note LABBÉE. – Dans le même sens, voir Grenoble, 29 juin 2005 ; *Resp. civ. et assur.* 2006, n° 48, note RADÉ.

<sup>33</sup> Sénat, Commission des affaires sociales, Rapport n° 174 : projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, fait par F. GIRAUD, G. DÉRIOT et J.-L. LORRAIN, préc., p. 20.

<sup>34</sup> Cass. crim., 23 sept. 2010, n° 09-84.108.



interdiction s'applique chaque fois que l'enfant est issu d'une union entre un ascendant et un descendant<sup>35</sup>, ou entre un frère et une sœur<sup>36</sup>, qui empêchent le mariage sans dérogation possible<sup>37</sup>. L'interdiction est absolue, puisqu'il est impossible, pour le parent à l'égard duquel le lien de filiation n'a pas pu être établi, de le faire se constituer par quelque voie que ce soit, y compris par la voie de l'adoption simple<sup>38</sup>. Il en va de « la protection de la famille dans ses valeurs profondes, ses fondements, sa généalogie, son image et sa perception sociales, sa dimension symbolique et la protection de l'intérêt même de l'enfant dans le regard social et moral qui pourrait être porté sur son origine [...] »<sup>39</sup>.

Cependant, aucune indemnisation de la souffrance de l'enfant ainsi conçu ne devrait être prononcée. Sans doute y a-t-il des blessures, un mal-être, mais il ne s'agit pas d'un préjudice puisque l'enfant ne subit aucune perte<sup>40</sup>. Au contraire, c'est dans ces circonstances qu'il a obtenu la vie. Aussi est-il possible de soutenir « qu'il n'y a ici ni privation, ni même bien dont on ait été injustement privé »<sup>41</sup>. Au reste, non seulement l'enfant ne subit aucun préjudice, mais aucune faute n'a été commise à son encontre. Si l'auteur du viol commet une faute à l'égard de la mère, il n'en commet aucune à l'égard de l'enfant. On ne saurait lui faire grief d'avoir permis sa conception, sous prétexte que celui-ci pourrait un jour en souffrir, cela pouvant au demeurant être reproché à nombre de parents. En dépit de ce constat, la souffrance de l'enfant est indemnisée.

## **§ 2 : Le mal-être du parent confronté à une naissance dommageable**

**229. Une existence non préjudiciable.** En principe, notre droit contemporain ne permet pas à un parent de demander réparation pour la naissance prétendument dommageable de son enfant. Cela s'applique d'abord à la mère. À la suite de l'échec d'un avortement et après

---

<sup>35</sup> C. civ., art. 161.

<sup>36</sup> C. civ., art. 162.

<sup>37</sup> C. civ., art. 164.

<sup>38</sup> C. civ., art. 310-2. – Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 janv. 2004, n° 01-01.600 ; *D.* 2004. 1419, obs. GRANET-LAMBRECHTS. – Pour l'adoption d'une sœur par son frère, voir Rennes, 24 janv. 2000 ; *JCP* 2000. IV. 2338 ; *RTD civ.* 2000. 819, n° 20, obs. HAUSER.

<sup>39</sup> F. GRANET-LAMBRECHTS, *D.* 2004. 1419, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 janv. 2004, n° 01-01.600.

<sup>40</sup> Voir en ce sens, A. SÉRIAUX, *JCP* 2002. II. 10001, comm. sous Caen, 7 nov. 2000, *JurisData* n° 2002-135114.

<sup>41</sup> *Ibid.*

avoir donné naissance à un enfant « parfaitement constitué », une mère a recherché la responsabilité du chirurgien qui n'avait pas vérifié que l'embryon avait été bien évacué. Les magistrats saisis de cette affaire en appel ont retenu la faute du chirurgien, mais aucune condamnation n'a été prononcée du fait de l'absence de préjudice moral. Sur ce point, la Cour de cassation a confirmé la position des juges du second degré en retenant « que l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse ». Les « difficultés probables dans sa vie de jeune fille et ses perspectives d'avenir » ne constituent pas un « dommage particulier qui, ajouté aux charges normales de la maternité, aurait été de nature à permettre à la mère de réclamer une indemnité »<sup>42</sup>. En soi, l'on ne saurait se plaindre d'être parent, quelles que soient les frustrations et difficultés que cela implique.

Une affaire plus récente a souligné que ce principe s'applique aussi naturellement au père. Par le biais de petites annonces, un homme a rencontré une femme avec laquelle il s'est uni, et un enfant est né l'année suivante. La mère a reconnu l'enfant, tandis que la paternité a été judiciairement déclarée à la suite d'une action en recherche de paternité, et l'homme condamné à verser des aliments. De manière inédite, ce dernier a engagé la responsabilité civile de la mère sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil pour n'avoir pas pris de mesures propres à éviter la conception. Les juridictions du fond l'ont cependant débouté de ses demandes et la Cour de cassation a approuvé cette position après avoir observé, d'une part, que cet homme « sexuellement expérimenté » avait « pleinement consenti à avoir avec Mme Y... un rapport sexuel non protégé dès leur première rencontre » et qu'aucune faute de la mère n'était avérée ; d'autre part, qu'il ne faisait valoir aucun « préjudice direct ou indirect indemnisable »<sup>43</sup>. À travers ce dernier élément de motivation, il est implicitement et certainement rappelé que l'existence d'un enfant ne peut pas être considérée comme un préjudice juridiquement réparable, mais l'on peut toutefois regretter, avec une partie de la doctrine, que ce principe n'ait pas été expressément énoncé. Nous partageons notamment la remarque faite par un auteur selon laquelle « si le silence gardé sur ce point par la Cour de cassation est sans doute l'expression d'une évidence, on pourrait aussi être tenté d'y voir la

---

<sup>42</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 juin 1991, n° 89-18.617.

<sup>43</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 juill. 2007, n° 06-16.869 ; *Dr. fam.* 2007, n° 9, comm. 171, ROUXEL.

manifestation d'un doute sur la pérennité de la solution de 1991 »<sup>44</sup>.

**230. Souffrance existentielle liée aux circonstances entourant la conception ou la naissance.** Le principe étant posé, il nous faut à présent révéler ses limites, qui sont atteintes lorsque des circonstances particulières sont avérées. Dans la solution de 1991, il est en effet question d'un « dommage particulier qui [...] aurait été de nature à permettre à la mère de réclamer une indemnité », c'est-à-dire d'un dommage moral distinct de celui résultant de la seule existence de l'enfant. Il est en réalité question d'une « souffrance morale liée aux circonstances de la conception »<sup>45</sup> ou de la naissance. Mais une interrogation récurrente se fait jour, qui est de savoir s'il y a concrètement une différence d'avec la plainte concernant l'existence de l'enfant. Il y a lieu d'en douter.

Le dommage subi par les parents, qui s'apparente à un trouble dans les conditions d'existence, est présenté différemment selon les hypothèses.

Dans une affaire dans laquelle une femme est tombée enceinte malgré une ligature des trompes, la responsabilité du praticien a été engagée pour n'avoir pas informé le couple du risque possible, quoiqu'infime, d'une grossesse. La Cour de cassation a approuvé les juridictions du fond d'avoir considéré que « le défaut d'avertissement avait participé à la survenance de la nouvelle grossesse » pour le condamner à réparer les préjudices subis par la mère et par le couple, étant observé que « cette nouvelle grossesse avait occasionné des difficultés non seulement matérielles et de santé pour la mère, mais aussi d'ordre psychique et relationnel ». La Haute juridiction ajoute que « les juges du second degré n'ont aucunement déclaré que la naissance d'un enfant était, en soi, génératrice d'un préjudice »<sup>46</sup>. Mais cette affirmation cache difficilement l'excès de nuance qu'il y a à distinguer un préjudice lié à la naissance de l'enfant de celui qui résulterait des circonstances de sa venue au monde.

Il peut encore s'agir, en cas d'échec d'une interruption de grossesse, du « préjudice, pour la mère, consist[ant] en la révélation tardive dont rien ne démontre le caractère artificiel, d'une grossesse jusque-là méconnue », la cour d'appel ajoutant « qu'une telle révélation, [...] alors que l'enfant est né seulement deux mois et trois jours plus tard, constitue en elle-même un événement bouleversant, d'autant plus inattendu que le docteur Z... ne rapporte pas la preuve qui pourtant lui incombe, d'avoir informé Mlle Y... X... du risque de poursuite de sa grossesse ».

---

<sup>44</sup> S. ROUXEL, comm. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 juill. 2007, n° 06-16.869.

<sup>45</sup> P. PIERRE, Lamy Responsabilité civile, n° 413-35.

<sup>46</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 mai 1983, n° 82-12.227 ; D. 1984. 121, note PENNEAU.

La juridiction précise par ailleurs qu'il s'agit d'un « trouble, voire d'un désarroi »<sup>47</sup>, pour bien signifier que l'existence ne suit alors plus un cours normal, puisque cette pratique médicale devait avoir supprimé toute vie intra-utérine. Dans d'autres affaires, il a été question de réparer la confrontation quotidienne des parents au « handicap de l'enfant »<sup>48</sup>, ou à son « absence d'autonomie complète »<sup>49</sup>. En toute hypothèse, ce qui fait l'objet d'une réparation est le bouleversement que cause l'existence de l'enfant dans la vie de ses parents.

### **231. Incidence de la loi du 4 mars 2002 en cas de naissance d'un enfant handicapé.**

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, qui avait pour objectif annoncé de faire obstacle à la jurisprudence *Perruche*, a contribué à l'insertion dans le Code de l'action sociale et des familles d'un article aux termes duquel « lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale ». Nous pouvons de suite relever que le préjudice matériel n'entre pas dans le champ de ce recours, ce qui signifie que ce dernier paraît être limité au seul préjudice moral, qui comprend les troubles dans les conditions d'existence. Ainsi, des parents dont « l'enfant a présenté, dès sa naissance [...] un handicap tenant notamment à d'importantes malformations de l'avant-bras droit et de la main droite et à une imperforation anale » non décelées avant la naissance, ont pu obtenir, après avoir engagé la responsabilité du centre hospitalier de Senlis devant la juridiction administrative, la réparation « des troubles importants dans leurs conditions d'existence du fait du grave handicap dont est atteint leur fils B..., lequel devra subir de nombreux traitements et opérations chirurgicales »<sup>50</sup>. À cet égard, la loi du 4 mars 2002 reste sans incidence au regard de la jurisprudence susvisée. Pour autant, il est à noter que l'exigence d'une « faute caractérisée » est de nature à restreindre les possibilités d'engagement par les parents de la responsabilité des praticiens et établissements de santé. La jurisprudence révèle à cet égard que

---

<sup>47</sup> Paris, 29 nov. 2001, *JurisData* n° 2001-177790 ; *D.* 2003. 661, obs. POMART.

<sup>48</sup> Paris, 17 févr. 1989 ; *D.* 1989. 316, obs. PENNEAU.

<sup>49</sup> TGI Montpellier, 15 déc. 1989 ; *JCP* 1990. II. n° 21556, note GRIDEL.

<sup>50</sup> CE, 31 mars 2014, n° 345812.

les juges judiciaire et administratif se fient à l'intensité et à l'évidence de la faute commise pour la dire caractérisée<sup>51</sup>.

**232. Un état de mal-être.** Néanmoins, l'indemnisation du mal-être des parents pose question. Assurément, il s'agit d'un état de mal-être puisque la naissance de l'enfant vient jeter un trouble dans la vie de ses parents. Dans le cas où cet enfant naît handicapé, les parents souffrent de le voir confronté à ce handicap, mais aussi de devoir adapter le quotidien en fonction des limitations et difficultés qu'il rencontre, et enfin d'accompagner leur enfant dans les épreuves qu'il vit. Le dommage des parents l'est alors « par ricochet »<sup>52</sup>.

Pourtant, l'indemnisation de ce mal-être est critiquable, car il n'y a pas de lien de causalité entre la faute médicale et ce bouleversement existentiel. En effet, même si la faute médicale est incontestable, il n'est jamais acquis que l'enfant n'aurait pas été conçu, ou, l'ayant déjà été, aurait finalement été supprimé dans le cadre d'une interruption de grossesse. Entre la faute commise et le trouble existentiel vient s'intercaler la volonté libre d'une mère ou d'un couple, empêchant ainsi la formation d'un lien de cause à effet. L'on ne peut donc pas soutenir que la vie de l'enfant est « la conséquence de la faute »<sup>53</sup> du médecin. Le fait que les décisions de justice mentionnent la décision ferme prise par le couple de ne pas procréer en cas de risque de transmission d'une maladie, ou de recourir à une interruption de grossesse en cas de découverte d'une malformation ou d'une maladie, est au reste parfaitement inopérant, car nul ne sait si cette décision initiale sera finalement mise en application. Concernant l'interruption de grossesse, nous avons déjà eu l'occasion de souligner qu'elle est envisagée par le législateur comme une liberté pure, la femme pouvant à tout moment se rétracter. Le couple est également libre dans sa décision de donner la vie, de sorte qu'il peut à tout moment revenir sur sa décision initiale, y compris dans le cas où elle aurait été ouvertement exprimée. Aussi, la reconnaissance, dans notre hypothèse, d'un préjudice existentiel est contestable, étant observé qu'il ne peut y avoir de causalité « lorsque, entre le comportement et le dommage, sont venues s'interposer des circonstances qui tiennent au comportement libre d'un autre être humain, qu'il s'agisse de la

---

<sup>51</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 nov. 2013, n° 12-21.576. Le fait de n'avoir pas avancé une échographie malgré le constat d'un retard de croissance intra-utérin, n'a pas été considéré comme une faute caractérisée, alors pourtant « que le médecin avait commis une faute en s'abstenant d'informer Mme X... de ce retard de croissance et d'entreprendre des investigations afin d'en déterminer la cause », les Hauts magistrats de l'ordre judiciaire ayant retenu comme élément décisif le fait « que la grossesse ne comportait pas d'élément pouvant faire redouter une malformation de l'enfant ».

<sup>52</sup> A. SÉRIAUX, « "Perruche" et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification », préc.

<sup>53</sup> A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Précis Domat, 2018, n° 545.

victime elle-même ou d'un tiers »<sup>54</sup>. Le mal-être ne devrait pas pouvoir être imputé à autrui.

**233. La reconnaissance préférable d'un préjudice d'impréparation.** Ce constat ne signifie pas pour autant qu'ils n'ont souffert aucun préjudice moral. En raison du défaut d'information, le couple a subi un préjudice d'impréparation. Alors que tout patient doit être informé de son état de santé et de l'utilité, des conséquences et des risques inhérents aux actes et traitements médicaux envisagés, il est de jurisprudence établie que « le non-respect de son devoir d'information par un professionnel de santé cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation »<sup>55</sup>. En l'occurrence, le défaut d'information concerne la reperméabilisation spontanée des trompes de Fallope après leur ligature, l'échec d'une IVG pratiquée, la malformation du fœtus. À la suite de ce défaut d'information, une atteinte non consentie à l'intégrité physique a eu lieu, puisqu'une grossesse est intervenue ou a pu se poursuivre normalement. Au jour de la révélation, la personne a été victime d'une souffrance d'origine morale – une angoisse – qui devrait être compensée. Selon Madame Roche-Dahan, « la naissance d'un enfant handicapé constitue à l'évidence un traumatisme moral qui peut être atténué si, informée préalablement, la mère a pu se préparer psychologiquement à cette naissance. [...] »<sup>56</sup>. L'approche qui consisterait à reconnaître en pareilles circonstances un préjudice d'impréparation doit être préférée, car, ajoute-t-elle, « une telle solution aurait permis, tout en condamnant le médecin et en indemnisant une partie du préjudice des parents, d'éviter d'admettre que la naissance même d'un enfant puisse constituer un préjudice réparable »<sup>57</sup>. D'un point de vue humain, cette approche doit être soutenue puisque l'existence d'une personne, quel que soit son état de santé, ne peut être préjudiciable aux autres, sauf à considérer le néant comme préférable selon les circonstances. Elle doit également être soutenue sur le plan juridique, puisqu'il existe un lien de causalité entre la faute médicale et le préjudice moral du couple qui en est victime. En effet, la souffrance psychologique est la « suite immédiate et directe » du défaut d'information, au sens de l'article 1231-4 du Code civil.

Par conséquent, et sauf l'exception du préjudice du seul fait de la naissance, la perte de qualité de vie en soi peut faire l'objet d'une compensation pécuniaire. L'on prend en

---

<sup>54</sup> A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, op. cit., n° 113.

<sup>55</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 janv. 2014, n° 12-22.123 ; *RTD civ.* 2014. 379, note JOURDAIN.

<sup>56</sup> J. ROCHE-DAHAN, *D.* 1997. 35, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 26 mars 1996, n° 94-13.145.

<sup>57</sup> *Ibid.*

considération le trouble porté dans les conditions d'existence : la privation d'un lien de filiation qui entraîne une division de l'être, la réorganisation de la vie quotidienne des parents en fonction des besoins de leur enfant porteur de handicap. L'allocation d'une somme d'argent pose tout de même question dans la mesure où le juge français se dispense des conditions habituelles de réparation du préjudice : la faute, le préjudice, le lien de causalité. Ce qui s'apparente à une démarche bienfaitrice se fait au prix d'une « dénaturation profonde des concepts fondateurs de cette responsabilité »<sup>58</sup>. Cette indemnisation est révélatrice d'une société dans laquelle la conquête d'une maîtrise de soi, par l'intermédiaire d'une médecine devenue technicienne, a favorisé l'émergence d'un droit d'être ou de ne pas être, d'un droit de bien naître. Ce même souci de maîtriser sa destinée incite des personnes confrontées à un trouble identitaire à recourir à la technique médicale afin d'obtenir l'identité désirée. Saisi quant à la validité de ces pratiques dont certaines sont mutilantes, le droit a été amené à les encadrer, ce qui pose la question de son éventuelle vocation thérapeutique.

## **Section 2 : Le rejet de son identité**

**234. La quête de maîtrise de soi.** Dans cette opposition contemporaine de l'homme à son corps qui, nous l'avons souligné, est la « version moderne du dualisme »<sup>59</sup> cartésien, toute défaillance du corps provoque une rupture existentielle à laquelle il faut répondre, au besoin en recourant à la technique. À une époque où l'on recherche « le salut par le corps »<sup>60</sup>, celui-ci doit pouvoir être modelé, remanié, ajusté au plus près de sa volonté dans une quête toujours plus poussée de maîtrise. Considéré tel un objet, le corps ne saurait opposer de résistance. Il s'agit de fuir une réalité honnie en espérant obtenir un mieux-être.

Dans ce mouvement, la médecine a été saisie de demandes de réassignation sexuelle, de « procréation sans sexualité »<sup>61</sup>. En présence d'un conflit interne d'ordre identitaire, la technique est convoquée pour être mise au service d'une volonté radicale de changement. Face

---

<sup>58</sup> A. SÉRIAUX, « "Perruche" et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification », préc.

<sup>59</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité*, op. cit., p. 272.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 294.

au corps remanié, devenu conforme à l'appartenance sexuelle revendiquée ou porteur de vie, le droit a été saisi afin que ces démarches, qui conduisent à la modification du statut des personnes, soient approuvées. *A priori*, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes y fait obstacle, car il n'est pas admis qu'une personne procède volontairement à la modification des éléments de son état. Seule la procréation assistée homologue, qui n'implique que les seuls membres du couple, ne s'y heurte pas. Pourtant, des lois successives ont écarté ce principe, tantôt pour des raisons "thérapeutiques"<sup>62</sup>, tantôt sous l'influence des théories du genre<sup>63</sup> qui ont promu le sentiment d'appartenance sexuelle en lieu et place de la détermination biologique du sexe. En favorisant la modification de l'identité rejetée, le droit s'est-il fait remède à la souffrance ou s'est-il borné à accompagner une volonté exprimée de changement ? Autrement dit, s'est-il fait auxiliaire médical ou auxiliaire de volonté ? Si le traitement juridique du transsexualisme a mis en lumière une vocation thérapeutique du droit (§ 1), l'affirmation des droits subjectifs participe au contraire du déploiement d'un « droit-providence » (§ 2).

### **§ 1 : Une vocation thérapeutique du droit : l'exemple du transsexualisme**

**235. Les phénomènes « transidentitaires ».** Pour une personne physique, l'identité se définit comme « ce qui fait qu'une personne est elle-même et non une autre »<sup>64</sup> et, par extension, « ce qui permet de la reconnaître et de la distinguer des autres »<sup>65</sup>. Certains éléments participent certainement à cette identification. Au nom, l'on ajoute généralement le sexe, qui est « la *summa divisio* des personnes, clef de répartition du genre humain entre les femmes et les hommes »<sup>66</sup>. Déterminé à la naissance<sup>67</sup>, le sexe ne fait l'objet d'aucune définition légale. Il se déduit normalement du seul constat des organes génitaux de l'enfant. Dans la plupart des cas, le sexe morphologique ne fait que révéler ce que les gènes, les hormones et la psychologie indiquent de l'appartenance sexuelle de la personne. Cela explique que le droit se fonde sur l'ensemble

---

<sup>62</sup> L. n° 94-654, 29 juill. 1994, *JO* 30 juill.

<sup>63</sup> L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, *JO* 19 nov.

<sup>64</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, *V*° Identité, p. 463.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> P. REIGNÉ, « Sexe, genre et état des personnes », *JCP G* 2011, n° 42, doct. 1140, n° 3.

<sup>67</sup> C. civ., art. 57, al. 1.



de ces caractéristiques biologiques pour le déterminer<sup>68</sup>. Mais il arrive qu'une ambiguïté persiste, qui peut être biologique, auquel cas il s'agit d'intersexualité, celle-ci se définissant comme l'« état d'un individu chez lequel coexistent des caractères sexuels mâles et femelles »<sup>69</sup>. L'intersexuel est confronté à un problème identitaire majeur. Alors qu'il ne sait pas quel est son sexe, on lui en assigne un d'office. Non seulement le droit n'a pas réagi en sa faveur, mais il a de surcroît, par la Cour de cassation, refusé de reconnaître un sexe neutre<sup>70</sup>. Pourtant, la souffrance de l'intersexuel aurait pu être prise en considération dans le cadre de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup>, celle-ci ayant par ailleurs institué une procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil. Alors que l'actualité judiciaire mettait en lumière la question de l'intersexualité, le législateur n'a pas souhaité s'en saisir. Cela a été critiqué en doctrine, un auteur s'étant ainsi demandé si ce silence signifiait « que les individus dont le sexe est indéterminé méritent moins de considération que ceux dont le sexe, inscrit à l'état civil, ne correspond pas à leur comportement social »<sup>71</sup>.

L'ambiguïté liée au sexe peut également avoir une origine psychologique, ce qui nous renvoie alors aux situations de transidentité dans lesquelles l'identité de genre diffère du sexe d'assignation. La notion de transidentité présente plusieurs réalités qui coexistent en son sein<sup>72</sup> : d'abord, le transsexualisme, qui se définit comme la « conviction qu'a un sujet d'appartenir à l'autre sexe, qui le conduit à tout mettre en œuvre pour que son anatomie et son mode de vie soient le plus possible conformes à sa conviction »<sup>73</sup> ; ensuite, le transgendérisme, qui renvoie à la situation d'une personne qui « adopte l'apparence et le mode de vie de l'autre genre, mais sans changer de sexe »<sup>74</sup> ; enfin, l'altersexualité, qui se traduit par un refus de toute appartenance sexuelle. Au titre de la vocation thérapeutique du droit, seule la première réalité – le transsexualisme – retiendra notre attention, car la personne est confrontée à une pathologie que seul le droit peut *a priori* résoudre définitivement. Si un parcours médical est

---

<sup>68</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 juin 1988, n° 86-13.698 ; *Bull. civ. I*, n° 176.

<sup>69</sup> Dictionnaire Larousse de la langue française, *V°* Intersexualité, consulté en ligne le 6 mai 2020.

<sup>70</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189 ; *D.* 2017. 1399, note VAUTHIER et VIALLA ; *Dr. fam.* 2017, étude 9, BINET.

<sup>71</sup> A. MARAIS, « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », *JCP G* 2016, 1164.

<sup>72</sup> CNCDH, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil, 28 juin 2013, p. 1.

<sup>73</sup> Dictionnaire Larousse de la langue française, *V°* Transsexualisme, consulté en ligne le 6 mai 2020.

<sup>74</sup> *Ibid.*, *V°* Transgenre, consulté en ligne le 6 mai 2020.

incontournable, c'est au droit qu'il incombe en dernier lieu de consacrer l'identité véritable du sujet. Contrairement à la situation de l'intersexuel à laquelle le droit n'a pas réagi, une thérapie juridique a été admise en faveur de la personne transsexuelle à la suite d'une longue évolution. Comme nous le verrons dans des développements ultérieurs, la volonté du sujet occupe à présent, et en toute hypothèse, une place centrale.

**236. Indisponibilité et immuabilité de l'état des personnes.** Historiquement, le droit s'est montré hostile à toute modification de la mention du sexe à l'état civil. Indisponible et immuable, l'état des personnes se trouve définitivement figé, de telle manière que la volonté humaine ne saurait avoir de prise sur lui. Cela ne signifie pas que la modification des éléments de l'état des personnes est impossible, mais elle nécessite le respect des dispositions prévues par la loi à cet effet. S'agissant du sexe, la jurisprudence a longtemps admis que la modification de cette mention nécessitait que la personne présentât l'ensemble des caractères du sexe opposé à celui qui lui a été biologiquement assigné<sup>75</sup>. De ce point de vue, la conversion d'une personne transsexuelle qui se soumettait à une reconstitution chirurgicale de ses organes génitaux n'était pas suffisante, car il était impossible d'acquérir l'ensemble des caractères, notamment génétiques, du sexe élu. Néanmoins, l'on admettait la modification du prénom lorsque l'intérêt légitime était démontré<sup>76</sup>. Toujours est-il que cette approche était discutable puisque la personne transsexuelle, loin d'avoir l'intention de disposer de son état, entendait le conformer à sa véritable identité sexuelle. Le transsexualisme étant une pathologie, cette dernière n'affecte pas l'indisponibilité de l'état des personnes.

**237. Souffrance du sujet.** L'absence de correspondance entre le sexe vécu et celui mentionné à l'état civil est source de souffrance pour la personne transsexuelle, qui subit une division de l'être. Alors que l'homme aspire à « l'unité de la présence »<sup>77</sup>, c'est-à-dire à cette marche commune du corps et de l'âme, cette discordance sème le trouble. En France, peut-être plus qu'ailleurs, la mention du sexe est présente dans plusieurs documents officiels, et s'impose dans la relation avec l'employeur et la caisse de sécurité sociale du fait que le numéro INSEE révèle le sexe de la personne<sup>78</sup>. Cela explique l'embarras dans lequel celle-ci peut se trouver

---

<sup>75</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 mai 1990, n° 88-12.829 ; D. 1991. 169, rapp. MASSIP ; RTD. civ. 1991. 289, note HAUSER.

<sup>76</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 déc. 1975, n° 73-12.787 ; D. 1976. 397, note LINDON. – Paris, 24 févr. 1978 ; JCP 1979. II. 19202, note PENNEAU.

<sup>77</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité*, op. cit., p. 151.

<sup>78</sup> Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille*, éd. Sirey, coll. Université, 20<sup>e</sup> éd., 2017, n° 937.

chaque fois que son apparence physique est contredite par la mention du sexe. La personne peut également être contrariée de n'être pas en mesure de revendiquer son appartenance à l'autre sexe. Surtout, cette situation peut retentir sur sa vie personnelle et professionnelle. La solitude, l'irrégularité de la vie professionnelle et la nécessité, fréquente, de devoir vivre au moyen d'aides sociales, sont susceptibles d'éprouver la personne<sup>79</sup>. Le morcellement de l'être bouleverse l'existence.

Au-delà, nous ne pouvons pas ignorer que le transsexualisme renvoie à la « la figure de celui qui a « une âme féminine dans un corps d'homme » - et inversement »<sup>80</sup>, et entend procéder à une transformation radicale pour conformer son corps à son âme. La personne connaît en effet « le franchissement d'une barrière entre les sexes »<sup>81</sup>, ce qui entraîne une « crise identitaire sans précédent »<sup>82</sup>. La voilà prisonnière d'un sexe refusé, rejeté, du fait de « la conviction inébranlable d'appartenir à l'autre sexe »<sup>83</sup>. Cette faille identitaire génère un profond mal-être. La personne en situation de transsexualisme peut alors être comparée à un « malade total », étant donné qu'elle « n'est pas malade dans son corps, [mais] de son corps »<sup>84</sup>. Comme nous l'avons déjà relevé, cela peut avoir un retentissement sur la vie personnelle et professionnelle. La psychiatre Colette Chiland, qui, au cours de sa carrière, a rencontré un certain nombre de transsexuels avérés, le confirme : « je me suis sentie en face d'êtres humains malheureux »<sup>85</sup>. Précisant la souffrance éprouvée, elle indiquait qu'il s'agissait de la « souffrance d'un drame existentiel »<sup>86</sup>. Dans ce combat contre un corps étranger, la transformation de l'apparence est un pis-aller. À défaut de pouvoir gommer l'histoire, le transsexuel masque cette « réalité refusée, haïe, inacceptable »<sup>87</sup> en sollicitant une intervention chirurgicale de réassignation sexuelle. Cette demande, qui a pour objet de remanier ce corps,

---

<sup>79</sup> C. CHILAND, *Le transsexualisme*, PUF, 2003, p. 53.

<sup>80</sup> D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, PUF, coll. Les voies du droit, 1994, p. 27.

<sup>81</sup> C. CHILAND, *Le transsexualisme*, *op. cit.*, p. 9-10.

<sup>82</sup> D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>83</sup> C. CHILAND, *Le transsexualisme*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>84</sup> P.-H. CASTEL, *La métamorphose impensable. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle*, éd. Gallimard, 2003, p. 100.

<sup>85</sup> C. CHILAND, *Le transsexualisme*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 36.

n'est-elle pas formulée par un « fou »<sup>88</sup> ? Tel est *a priori* l'avis du psychanalyste Pierre-Henri Castel, qui pense que les transsexuels sont « d'une folie froide, condensée dans leur vœu de changer de sexe »<sup>89</sup>. Il évoque une « perte de la réalité »<sup>90</sup>. Mais il tempère son propos après avoir observé leur détermination : « Car peut-on être fou, et s'exprimer avec cette chaleur pressante, cette conscience parfaite, ce sens aigu de ce que l'entourage peut comprendre, et de ce qui lui restera à jamais opaque »<sup>91</sup>. En changeant son apparence, le transsexuel entend corriger ce qu'il considère être une erreur de la nature. Ce souhait de « mise en conformité »<sup>92</sup> du corps et de l'âme est animé par le souci de « mener une existence quotidienne normale »<sup>93</sup>. Obtenir la modification de l'état civil est l'ultime étape, celle de la « reconnaissance, enfin, par les autres de la véritable identité »<sup>94</sup>. Dans cette entreprise, le droit se ferait auxiliaire médical dès lors que son intervention est indispensable au mieux-être de la personne. Il serait le maillon décisif grâce auquel le transsexuel aurait un état civil correspondant à son véritable sexe.

**238. Condamnation de la France par la CEDH.** Au nom de l'indisponibilité et de l'immutabilité de l'état des personnes, le droit peut-il ignorer l'état de souffrance des personnes transsexuelles qui demandent pour des raisons médicales la reconnaissance de leur véritable identité sexuelle ? Cela pose la question de la vocation du droit. Alors que le droit interne français maintenait l'interdiction de toute passerelle entre les catégories de sexe, sauf le cas d'acquisition de l'ensemble des caractères du sexe opposé, la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme a imposé une adaptation du droit positif pour le rendre compatible avec les exigences supranationales. Vérifiant si un juste équilibre avait été maintenu entre l'intérêt général et les intérêts des individus concernés<sup>95</sup>, le juge européen a constaté que « les inconvénients dont la requérante se plaint dans le domaine en question atteignent un degré de gravité suffisant pour entrer en ligne de compte aux fins de l'article 8 » (§ 62), avant de conclure que « celle-ci se trouve quotidiennement placée dans une situation globale

---

<sup>88</sup> P.-H. CASTEL, *La métamorphose impensable. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 29-30.

<sup>92</sup> M. GOBERT, « Le transsexualisme, fin ou commencement ? », *JCP G*, 23 nov. 1988, I, 3361.

<sup>93</sup> D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>94</sup> M. GOBERT, « Le transsexualisme, fin ou commencement ? », préc.

<sup>95</sup> Sur cette appréciation, voir CEDH, 7 juill. 1989, aff. *Gaskin c. Royaume-Uni*, n° 10454/83, § 42.

incompatible avec le respect dû à sa vie privée » (§ 63). Un point de rupture était donc atteint, qui était d'autant plus flagrant si l'on faisait une comparaison avec la situation des personnes transsexuelles vivant au Royaume-Uni. La Cour de Strasbourg a fait observer que ces différences concernaient en particulier « leur pratique en matière d'état civil, de changement de prénoms, d'emploi de pièces d'identité, etc. » (§ 51), et qu'elle en tirerait les conséquences « sur le terrain de la Convention » (*Ibid.*). Dans un arrêt *Rees contre Royaume-Uni*, la situation favorable des personnes transsexuelles avait été mise en exergue : « au Royaume-Uni les transsexuels peuvent, comme chacun, modifier leurs nom et prénom à leur gré. De même, ils peuvent se faire délivrer des documents officiels portant les nom et prénom qu'ils ont choisis et indiquant à l'aide de l'abréviation pertinente (M., Mme ou Mlle), le cas échéant, le sexe qu'ils préfèrent. Cette faculté leur procure un avantage considérable par rapport aux États où tous les documents officiels doivent concorder avec les registres de l'état civil »<sup>96</sup>, ce qui est le cas de la France. Ce qui était reproché à l'État français était la discordance entre les mentions figurant à l'état civil et la nouvelle apparence, la personne transsexuelle se trouvant fréquemment contrainte de révéler sa transformation<sup>97</sup>, ce qui était contraire au respect dû à la vie privée. Pour autant, la CEDH n'imposait nullement à la France de permettre un changement de la mention du sexe à l'état civil. Au plus indiquait-elle que « plusieurs moyens d'y remédier s'offrent au choix de l'État défendeur » (§ 63) tout en faisant référence à l'arrêt *Marckx contre Belgique* dans lequel la Cour affirmait que « déclaratoire pour l'essentiel, [sa décision] laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 »<sup>98</sup>. Autrement dit, l'arrêt s'impose certes à l'État, mais celui-ci prend toutes les dispositions qu'il juge utiles pour répondre aux exigences de la Cour. Selon le Professeur Frédéric Sudre, « l'État n'est tenu que de prendre des mesures individuelles corrigeant la violation dans le cas d'espèce, mais reste libre de prendre des mesures générales débordant le cas d'espèce »<sup>99</sup>. Ce qui est interdit, en revanche, est de n'en prendre

---

<sup>96</sup> CEDH, 10 oct. 1986, aff. *Rees c/ Royaume-Uni*, n° 9532/81, § 40.

<sup>97</sup> CEDH, 25 mars 1992, aff. *Botella c/ France*, n° 13343/87 ; D. 1993. 101, note MARGUÉNAUD. – Comp. CEDH, 30 juill. 1998, aff. *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, nos 2298593 et 23390/94, spéc. § 59. Alors que le Royaume-Uni était défavorable à la modification de la mention du sexe à l'état civil, la Cour européenne ne l'a pas condamné, car les personnes transsexuelles peuvent présenter leur nouvelle identité sexuelle sur l'ensemble des documents officiels. De cette façon, « les situations dans lesquelles les requérantes peuvent avoir à divulguer leur ancien sexe ne se produisent pas avec une fréquence telle que l'on puisse estimer qu'elles portent une atteinte disproportionnée aux droits des intéressées au respect de leur vie privée ».

<sup>98</sup> CEDH, 13 juin 1979, aff. *Marckx c/ Belgique*, n° 6833/74, § 58.

<sup>99</sup> F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2<sup>e</sup> éd., 1992, p. 68.

aucune, le juge national devant le cas échéant « pallier l'absence de mesure prise par le législateur »<sup>100</sup>. En l'occurrence, la France avait l'opportunité, soit de faciliter le changement de prénom des personnes transsexuelles pour lequel la jurisprudence n'était pas fixée, soit de ne plus faire apparaître la mention du sexe sur les documents officiels, de telle manière que la personne transsexuelle ne soit plus systématiquement exposée à la révélation de son sexe d'assignation. De ce point de vue, les changements attendus étaient mineurs et, selon un auteur « l'arrêt *B...* reste fort modeste puisque, déjà muet sur le droit au mariage des transsexuels, il n'oblige pas, au chapitre du droit au respect de la vie privée, à la modification essentielle qui est la seule à pouvoir entraîner les conséquences honnies des adversaires du transsexualisme »<sup>101</sup>.

**239. Admission du changement de la mention du sexe.** Pourtant, suite à cette condamnation, le juge français a opéré un revirement de jurisprudence en admettant la modification de la mention du sexe à l'état civil. Cette mesure allait bien au-delà de ce que pouvait raisonnablement attendre la Cour de Strasbourg. La Cour de cassation a retenu que « lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence. Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification »<sup>102</sup>. Nous relèverons, d'abord, le fondement de cette solution qu'est le droit de la personne au respect de sa vie privée, proclamé à l'article 9 du Code civil. Le transsexuel ne doit pas avoir à souffrir d'un décalage entre l'apparence qu'il a adoptée et la mention du sexe figurant à l'état civil. Selon la Cour de Strasbourg, cette contrariété est la cause de son mal-être, du fait que la personne « se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée »<sup>103</sup>. Ce qui est protégé au titre de l'article 9 du Code civil, c'est l'intimité de la vie privée, en l'occurrence l'existence d'une conversion sexuelle. La personne doit être en mesure

---

<sup>100</sup> E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, éd. du Conseil de l'Europe, 2<sup>e</sup> éd., 2008, p. 8.

<sup>101</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, *D.* 1993. 101, note sous CEDH, 25 mars 1992, aff. *Botella c/ France*, n° 13343/87.

<sup>102</sup> Cass. Ass. plén., 11 déc. 1992, n°s 91-11.900 et 91-12.373 ; *RTD civ.* 1993. 97, obs. HAUSER.

<sup>103</sup> CEDH, 25 mars 1992, préc., § 63.

« de cacher aux tiers son opération de conversion sexuelle »<sup>104</sup>. Ensuite, nous constatons la mise à l'écart du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, qui ne saurait faire obstacle au changement de la mention du sexe à l'état civil. Comme l'avons déjà fait observer, cette approche est opportune, qui se justifie par la maladie dont se trouve atteinte la personne transsexuelle. Il n'y a pas de *volonté libre* à l'origine de la demande de changement de la mention du sexe, mais une *démarche d'ordre thérapeutique*, qui implique par elle-même une certaine contrainte.

Les conditions fixées par cette jurisprudence pour obtenir la modification de la mention du sexe étaient strictes, qui s'inscrivaient dans un parcours médical, étant donné que le transsexualisme était alors considéré comme une pathologie. L'Organisation Mondiale de la Santé, qui propose une classification internationale des maladies, analysait alors le transsexualisme comme un trouble de l'identité de genre<sup>105</sup>, cependant que la France l'intégrait dans le domaine des affections psychiatriques de longue durée. Ainsi, pour que le demandeur au changement de la mention du sexe obtînt gain de cause, celui-ci devait présenter un syndrome transsexuel médicalement reconnu et confirmé dans le cadre d'une expertise judiciaire, avoir suivi une opération de conversion sexuelle avec ablation des organes génitaux<sup>106</sup>, et présenter une apparence physique ainsi qu'un comportement social correspondant au sexe revendiqué.

**240. Un remède apporté à une personne malade.** Partant, la procédure conduisant à la modification de la mention du sexe n'était pas de pure convenance personnelle. La personne étant victime d'un trouble d'ordre psychiatrique, il importait de lui délivrer les soins que son état requérait. Or, le dernier remède, purement juridique, consistait à adapter son état civil à son identité sexuelle. Dans ce contexte, il y avait une pertinence à procéder au diagnostic de la maladie. Celui-ci garantissait « qu'il n'y [avait] pas de volonté du sujet à l'origine des actes qui

---

<sup>104</sup> S.-M. FERRIÉ, « Le principe d'inviolabilité du corps humain est-il vraiment inviolable ? », *Dr. fam.* 2017, n° 7-8, étude 10, n° 2.

<sup>105</sup> CIM-10, V, F. 64. « Il s'agit d'un désir de vivre et d'être accepté en tant que personne appartenant au sexe opposé. Ce désir s'accompagne habituellement d'un sentiment de malaise ou d'inadaptation par rapport à son sexe anatomique et du souhait de subir une intervention chirurgicale ou un traitement hormonal afin de rendre son corps aussi conforme que possible au sexe désiré ». Cette présentation du transsexualisme figure dans une partie sur « les troubles de la personnalité et du comportement chez l'adulte », au sein du titre V sur « les troubles mentaux et du comportement ».

<sup>106</sup> Voir cependant, Rennes, 26 oct. 1998 ; *D.* 1999. 508, note FRIANT-PERROT ; *RTD civ.* 1999. 811, obs. HAUSER.

l'amènent à la transsexualisation »<sup>107</sup>, mais une nécessité d'ordre médical. Il y avait, au reste, un consentement à l'acte médical. Le diagnostic permettait également de distinguer les situations de transsexualisme « véritable », qui se révèlent dans les premières années de vie et s'inscrivent dans ce processus, de celles que l'on peut qualifier, avec la psychiatre Colette Chiland, de « transsexualisme secondaire »<sup>108</sup>, qui nécessitent un accompagnement spécifique. Ce dernier se manifeste en effet plus tardivement, et se trouve fréquemment lié à un état dépressif, des troubles de la sexualité ou des demandes lucratives<sup>109</sup>. Dans son ouvrage, l'auteur évoque à ce sujet la déception sentimentale d'une jeune fille, qui, à la suite de cet évènement, décida de devenir homme. Il s'agissait d'un transsexualisme secondaire, la psychiatre soulignant alors l'importance de rencontrer l'entourage et de prendre connaissance de photographies relatives à l'enfance lorsque la demande de conversion est exprimée<sup>110</sup>. Autrement dit, lorsque l'on était en présence d'un transsexualisme primaire, le droit avait bien une vocation thérapeutique en tant qu'il se faisait remède à la souffrance du transsexuel par la modification de son état civil.

**241. Incidence de la loi du 18 novembre 2016.** La loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>111</sup> remet-elle en question cette vocation thérapeutique du droit ? Cela ne fait guère de doute, dès lors que le texte de loi met au centre la volonté de la personne demandant le changement de la mention du sexe. Ce dernier est un droit subjectif, la personne pouvant l'exercer dès lors qu'elle prend l'apparence et se fait connaître sous un sexe d'élection distinct de son sexe d'assignation. Il faut une possession d'état du sexe<sup>112</sup>, comme le montrent les conditions posées à l'article 61-5 du Code civil : « Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être : 1° Qu'elle se présente publiquement comme

---

<sup>107</sup> P.-H. CASTEL, *La métamorphose impensable. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle*, op. cit., p. 101.

<sup>108</sup> C. CHILAND, *Le transsexualisme*, op. cit., p. 40.

<sup>109</sup> D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, op. cit., p. 40.

<sup>110</sup> C. CHILAND, *Le transsexualisme*, op. cit., p. 61.

<sup>111</sup> L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, JO 19 nov. – À propos de cette loi, voir A. MARAIS, « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », préc. – P. REIGNÉ, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *JCP G* 2016, 1378. – F. VIALLA, « La loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle : changement de la mention de sexe à l'état civil », *D.* 2016. 2351.

<sup>112</sup> P. REIGNÉ, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », préc. – Voir également, à ce propos, C. FORTIER, « La question du « transsexualisme » en France », in *Corps et patrimoine*, G. NICOLAS (dir.), LEH Édition, coll. Les cahiers de droit de la santé, n° 18, avr. 2014, p. 278 et s.



appartenant au sexe revendiqué ; 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ». Sous ces réserves et aux termes de l'article 61-5, « toute personne majeure ou mineure émancipée [...] peut en obtenir la modification ». La libéralisation du changement de la mention du sexe est très nette du fait de la démedicalisation du processus, l'article 61-8 du même instrument précisant à dessein que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande ». Pour autant, cela ne signifie pas que des éléments médicaux ne pourraient pas venir en soutien d'une demande de changement de la mention du sexe. Comme en témoigne la formule « les principaux de ces faits [...] peuvent être », les éléments que contient la liste présentée à l'article 61-5 ne sont ni cumulatifs ni exhaustifs, de sorte que d'autres éléments accréditant une possession d'état du sexe pourraient être avancés par l'intéressé<sup>113</sup>, qui viendraient « s'y substituer ou s'y ajouter »<sup>114</sup>.

Bien qu'elle ne soit pas mentionnée dans le texte de loi, la personne transsexuelle est celle qui a inspiré ce nouveau dispositif, le Professeur Astrid Marais ayant à ce propos souligné que « ses dispositions ont été présentées comme ayant vocation à régir [le transsexualisme] »<sup>115</sup>. Malgré cela, au regard des conditions dans lesquelles le changement de la mention du sexe peut être obtenu, il est possible de soutenir que ce dispositif concerne l'ensemble des transidentitaires ayant adopté une apparence physique ne correspondant pas au sexe mentionné dans les actes de l'état civil. En dépit de cette libéralisation, la personne transsexuelle souhaitera sans doute inscrire ce changement dans une démarche médicale afin de gommer, autant que faire se peut, l'erreur dont elle se dit victime. Madame Sophie Paricard estime en ce sens que « les transsexuels [...] continueront certainement à subir des traitements médicaux en vue de modifier leur apparence physique, leur volonté profonde étant d'avoir un corps conforme à leur sexe ressenti [...] »<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> P. REIGNÉ, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », préc. : Selon cet auteur, « le législateur a écarté toute condition médicale, sans pour autant interdire de produire des éléments de cette nature ».

<sup>114</sup> B. TEYSSIÉ, *Droit des personnes*, éd. LexisNexis, 20<sup>e</sup> éd., 2018, n° 602.

<sup>115</sup> A. MARAIS, « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », préc.

<sup>116</sup> S. PARICARD, « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », *AJ fam.* 2016. 585.

Dans la mesure où il n'est plus exigé de pathologie médicalement identifiée et où l'expression de la volonté d'un changement suffit à l'obtenir, le droit n'est plus un auxiliaire médical. C'est dire que chaque fois que la *volonté* d'une personne s'affirme dans le but d'obtenir une identité recherchée, la vocation thérapeutique du droit tend à s'effacer : d'auxiliaire médical, il devient auxiliaire de la volonté.

## **§ 2 : L'émergence d'un « droit-providence »**

**242.** L'émergence d'un « droit-providence » est la conséquence du souci manifesté par le législateur de satisfaire les demandes individuelles exprimées dans une perspective de mieux-être. Cette évolution, qui questionne la capacité du droit à répondre à tout malaise, est un phénomène récent (**I**) dont il nous faut bien saisir les conséquences pathologiques (**II**), car à vouloir répondre à toutes les souffrances, le risque est d'en créer de nouvelles.

### **I. Le phénomène**

**243. Satisfaire les demandes des individus.** La position du droit a évolué dans le sens d'une plus grande satisfaction des demandes exprimées par les personnes. Parmi les exemples les plus révélateurs, il y a d'abord le traitement juridique de la transidentité, le législateur ayant récemment autorisé le changement de la mention du sexe sur la seule affirmation d'une appartenance sexuelle. L'encadrement de l'assistance médicale à la procréation (AMP) montre également le souci de concrétiser les attentes des personnes se trouvant en mal d'enfant. En favorisant le bien-être individuel, l'on peut en effet espérer que cela se répercutera favorablement sur la collectivité. Comme l'a fait observer Monsieur Denis Salas, l'orientation du droit n'est plus celle du droit romain qui « part[ait] de la cité et n'envisage[ait] l'individu qu'à l'intérieur de celle-ci », puisque, désormais, dans une optique utilitariste, « l'individu devient la finalité même du droit »<sup>117</sup>.

**244. La démedicalisation du changement de la mention du sexe.** La récente réforme du changement de la mention du sexe en est un exemple topique. Depuis son adoption, il n'est

---

<sup>117</sup> D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, op. cit., p. 17.

sans doute plus possible de soutenir, comme le fit autrefois le substitut Fabre, que la différenciation sexuelle est « la base fondamentale de toute vie »<sup>118</sup>, car à la conception substantialiste de la personne<sup>119</sup>, d'après laquelle l'identité sexuelle serait figée dès le stade gestationnel conformément au sexe biologique, s'oppose désormais une conception psychosociologique qui fait la place au genre. La loi du 18 novembre 2016 relative à la modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a effectivement introduit dans le Code civil un article 61-5 qui se montre favorable à l'« auto-identification »<sup>120</sup> de la personne, puisque tout repose sur l'apparence. Le fait de se présenter publiquement et d'être connu comme appartenant à l'autre sexe sont des éléments de nature à prouver la discordance entre l'état de la personne et son apparence, tout comme le fait d'avoir changé de prénom. De ce système, la dimension biologique du sexe a volontairement été écartée, ce qui révèle la consécration de la théorie du genre<sup>121</sup>. Robert Stoller, qui en est l'un des fondateurs, a fait une distinction entre le sexe, qui est d'ordre biologique, et le genre, qui relève de la psychologie. Le premier est immuable, tandis que le second est susceptible de changer au cours de la vie. Sur cette base, une personne peut avoir une identité de genre – masculine ou féminine – qui ne concorde pas avec son sexe – mâle ou femelle. Robert Stoller a ainsi affirmé que « l'identité de genre commence avec la connaissance et la perception, conscientes ou inconscientes, que l'on appartient à un sexe et non à l'autre »<sup>122</sup>. Celle-ci se traduit par un comportement que l'on adopte en société. À travers l'habillement, la manière de se conduire, l'on indique une identité de genre qui, le plus souvent, coïncide avec le sexe génital, mais parfois s'en dissocie. Le fait que le législateur ait retenu l'apparence sociale comme condition de la rectification de la mention du sexe, montre qu'il a pris appui sur cette théorie.

Au cours de la discussion parlementaire, il avait pourtant été question de conserver une appréciation médicale de la situation du demandeur, qui « porterait sur le fait que la personne

---

<sup>118</sup> TGI Seine, 18 janv. 1965 ; *JCP* 1965. II. 14420-14421, concl. FABRE.

<sup>119</sup> Son origine est biblique : « Homme et femme il les créa » (Gn, 1, 27).

<sup>120</sup> P. AUFIERE, C. BAROUSSE, « Des prémices de la jurisprudence aux permissions de la loi », *AJ fam.* 2016, p. 580.

<sup>121</sup> À propos de cette théorie, voir R. STOLLER, *Recherches sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme*, éd. Gallimard, 1978. – R. STOLLER, *Masculin ou féminin ?*, PUF, 1989. – Également dans une approche psychanalytique, voir J. ARÈNES, « La question du genre », *Études*, 2007/1, t. 406, p. 42-50. – Pour une approche juridique du genre, voir S. HENNETTE-VAUCHEZ, « L'analyse juridique du genre », *RJSP* 2018, n° 15, p. 10-28. – Voir également J. CHARRUAU, « L'introduction de la notion de genre en droit français », *RFDA* 2015. 127.

<sup>122</sup> R. STOLLER, *Recherches sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme*, *op. cit.*, p. 28-29.

ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe »<sup>123</sup>. Mais cette option a été écartée, de telle manière que l'état de la personne corresponde à l'affirmation de son identité sexuelle. Cette évolution entraîne un effacement du principe d'indisponibilité, dès lors que la volonté de la personne est suffisante pour obtenir la modification de l'état. Le changement pourrait d'ailleurs être répété dans le temps, puisque les textes ne font pas obstacle aux modifications successives de la mention du sexe. Si certains auteurs s'en inquiètent<sup>124</sup>, le législateur, par ce nouveau dispositif, semble bien pourtant y souscrire. Seul le maintien d'une procédure judiciaire peut être de nature à en limiter l'ampleur. Alors que la CNCDH<sup>125</sup> et le Défenseur des droits<sup>126</sup> se sont déclarés favorables à une déjudiciarisation, au moins partielle, les parlementaires français ont, à la demande du gouvernement, conservé la compétence du tribunal judiciaire, car « maintenir une présence du tribunal apparaît comme une garantie d'une bonne prise en compte de chacun des intérêts fondamentaux qui sont en jeu »<sup>127</sup>.

Ce changement est respectueux de l'autonomie personnelle à propos de laquelle le juge de Strasbourg souligne qu'elle « reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »<sup>128</sup> de la Convention. À ce propos, il nous faut observer que le « droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel » est un « aspect fondamental [du] droit au respect de sa vie privée »<sup>129</sup>. Cette affirmation montre l'acceptation contemporaine des différentes orientations sexuelles et de genre, mais aussi le refus de voir dans le droit un remède à la souffrance. La théorie du genre justifie le phénomène en le dissociant de sa dimension pathologique et, partant, d'un état de mal-être.

Du fait de la reconnaissance d'un droit à l'identité sexuelle, l'ancienne exigence d'une

---

<sup>123</sup> Sénat, Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, Rapport n° 839 : projet de loi de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, fait par Y. DÉTRAIGNE, 21 sept. 2016, p. 110.

<sup>124</sup> B. TEYSSIÉ, *Droit des personnes*, *op. cit.*, n° 600. Selon cet auteur, « à cette variabilité, il n'est guère concevable de consentir : aux actes de l'état civil doit être assuré le maximum de stabilité ».

<sup>125</sup> CNCDH, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil, préc., p. 8-10.

<sup>126</sup> Défenseur des droits, Décision cadre MLD-MSP-2016-164, 24 juin 2016.

<sup>127</sup> AN, Comte rendu intégral, 2<sup>ème</sup> séance du jeudi 19 mai 2016, Discussion de l'article 18 *quater*, M. le Garde des Sceaux J.-J. URVOAS.

<sup>128</sup> CEDH, 29 avr. 2002, aff. *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61.

<sup>129</sup> CEDH, 12 sept. 2003, aff. *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, § 75.

transformation irréversible de l'apparence, qui aboutissait à la stérilisation de la personne, a logiquement été contestée. À l'exception des personnes transsexuelles avérées qui ont la conviction d'avoir été victimes d'une erreur de la nature et entendent se libérer d'un corps dont elles se disent prisonnières, les personnes transidentitaires et les altersexuels dont l'appartenance au sexe opposé est psychologique et sociale, ne sont généralement pas favorables à une transformation aussi radicale. En effet, ces personnes ne manifestent pas un rejet de leur sexe d'assignation, mais entendent vivre dans leur sexe d'élection ou s'affranchir de la dualité des sexes. Or, cette aspiration ne pouvait être concrétisée qu'à la condition de transformer irréversiblement son apparence, ce qui nécessitait *a minima* de recourir à un traitement hormonosubstitutif. Cette situation pose la question de la validité du consentement à l'acte médical que ces personnes peuvent exprimer, dès lors que le recours à la médecine est le seul moyen d'obtenir la reconnaissance de son identité de genre<sup>130</sup>. Compte tenu de la contrainte pesant alors sur les personnes transidentitaires, il est possible de soutenir que le consentement est vicié. De plus, le fait que le droit à l'identité sexuelle soit subordonné à la réalisation d'une atteinte à l'intégrité physique de la personne constitue une violation de l'article 8 de la Convention EDH. Les principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, sont en ce sens. Le troisième principe, qui pose un droit des personnes aux diverses orientations sexuelles et identités de genre à la reconnaissance devant la loi, énonce que « l'orientation sexuelle et l'identité de genre définies par chacun personnellement font partie intégrante de sa personnalité et sont l'un des aspects les plus fondamentaux de l'autodétermination, de la dignité et de la liberté. Personne ne sera forcé de subir des procédures médicales, y compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale, comme condition à la reconnaissance légale de son identité de genre ». La condamnation de la France par la Cour EDH<sup>131</sup> pour avoir conditionné le changement de la mention du sexe à la transformation irréversible de l'apparence, met en évidence la « privatisation »<sup>132</sup> du sexe, le juge européen ayant notamment soutenu que la personne a « un droit à l'autodétermination dont la liberté de

---

<sup>130</sup> C. civ., art. 16-3. – CSP, art. L. 1111-4, al. 4. « Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment ».

<sup>131</sup> CEDH, 6 avr. 2017, aff. *A. P., Garçon et Nicot c. France*, n° 79885/12 ; *D.* 2017. 1027, note VAUTHIER et VIALLA ; *RTD civ.* 2017. 350, obs. HAUSER.

<sup>132</sup> J. HAUSER, obs. sous CEDH, 6 avr. 2017, préc.

définir son appartenance sexuelle est l'un des éléments les plus essentiels »<sup>133</sup>.

**245. L'assistance médicale à la procréation.** C'est un même mouvement que l'on retrouve dans le traitement juridique de l'assistance médicale à la procréation. Le droit tend à s'y faire auxiliaire de la volonté plutôt qu'auxiliaire médical. Il existe, au moins en perspective, une affirmation du droit subjectif, le droit encadrant alors la pratique médicale plus qu'il ne soigne la personne.

**246. Mal-être de la personne en manque d'enfant.** La souffrance du sujet ne fait ici l'objet d'aucune justification – là où la théorie du genre vient justifier la démarche des transidentitaires en la dissociant d'une éventuelle pathologie et de l'état de mal-être qu'elle implique. Alors que dans notre société, le fait de fonder une famille permet d'accéder à « un véritable statut social »<sup>134</sup> et présente un effet intégratif, la personne se trouvant en manque d'enfant connaît un état de mal-être. La manifestation du souhait d'en avoir un révèle ce « dur désir de durer »<sup>135</sup>. L'objectif est contrasté. L'on souhaite inconsciemment mettre à distance sa propre finitude. Donner vie à un enfant, c'est en effet « juguler »<sup>136</sup> la peur que nous inspire l'évolution de notre vie, qui nous conduit inexorablement à la mort, en faisant l'expérience de la vie en abondance : « Si j'ai un enfant, c'est comme si je disais : je suis né, j'ai goûté à la vie et j'ai constaté qu'elle est si bonne qu'elle mérite d'être multipliée »<sup>137</sup>. Mais c'est aussi s'inscrire dans le temps et faire œuvre de transmission. La personne qui donne vie est amenée à partager des valeurs, un patrimoine<sup>138</sup>, et, ce faisant, s'inscrit dans la chaîne du temps. Tant que le désir n'est pas satisfait, la personne vit dans la « frustration de ne pas le voir comblé »<sup>139</sup>. La souffrance de se trouver "en mal d'enfant" est une épreuve pour les couples stériles ou risquant de transmettre une maladie grave à leur enfant. Le neuropsychologue Jacques Dayan met en exergue les nombreux troubles portés par cette situation dans les conditions d'existence, ainsi que les manifestations physiologiques pouvant en résulter. Il constate d'abord qu'elle est susceptible de provoquer des troubles dépressifs ou de l'estime de soi, et favorise les relations

---

<sup>133</sup> CEDH, 6 avr. 2017, aff. *A. P., Garçon et Nicot c. France*, préc., § 93.

<sup>134</sup> M. GAILLE, *Le désir d'enfant*, PUF, coll. La nature humaine, 2011, p. 52-53.

<sup>135</sup> P. ÉLUARD, *Le dur désir de durer, Œuvres complètes*, éd. Gallimard, coll. La Pléiade, 1946.

<sup>136</sup> R. FRYDMAN, *L'irrésistible désir de naissance*, PUF, 1986, p. 220.

<sup>137</sup> M. KUNDERA, *La valse aux adieux*, trad. F. KÉREL, éd. Gallimard, coll. Folio, 1978, p. 158.

<sup>138</sup> M. GAILLE, *Le désir d'enfant, op. cit.*, p. 81.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 25.

ambivalentes aux parents<sup>140</sup>. La personne souffre d'un sentiment de perte de maîtrise et de contrôle de sa vie, en même temps que d'un sentiment d'incapacité<sup>141</sup>. Le couple est alors mis à l'épreuve : si, parfois, il en sort renforcé, il n'est pas rare que la multiplication des tensions finisse par le détruire<sup>142</sup>. Il semble que la femme souffre davantage que l'homme de ce manque. Bien qu'il soit avéré que l'homme porte ce désir en ayant le souci « de rendre sa femme heureuse »<sup>143</sup>, il faut bien reconnaître que ce désir de vie est essentiellement féminin et, partant, que la souffrance consécutive au manque est plus intense chez la femme. Socialement, la personne est déstabilisée : l'impossibilité de donner vie la prive d'un statut et elle peut se sentir marginalisée du fait que la fertilité est la norme<sup>144</sup>.

**247. Recours à la technique médicale.** Comme en matière de transidentité, le perfectionnement des techniques scientifiques a permis à ces couples de trouver dans la médecine une alliée. Il est devenu possible d'avoir un enfant malgré une situation apparente de stérilité ou un risque de transmission d'une maladie grave. Cette évolution, qui a acté la possible séparation de la sexualité et de la procréation, a eu pour effet de rendre « publiques des souffrances qui, jusqu'alors, demeuraient secrètes »<sup>145</sup>, et sans solutions. Cela n'est pas sans poser de difficultés, précisément parce qu'il s'agit de rompre l'unité de la sexualité et de la procréation. L'enfant qui naît de cette union est un don : le couple est certes disposé à l'accueillir, mais la conception relève du mystère. Lorsque l'on sépare la sexualité de la procréation, l'enfant « devient un dû ordonné au bien de ces derniers »<sup>146</sup>. Il n'y a plus de mystère, mais une détermination à recevoir l'enfant.

**248. Un remède aux souffrances du couple.** Pour autant, en l'état actuel du droit positif, l'intervention du droit dans le cadre de l'AMP s'analyse comme un remède à la souffrance des couples demandeurs. L'AMP demeure en effet subordonnée à la preuve d'une pathologie : la stérilité. En réalité, le parcours médical proposé n'a pas pour objectif de

---

<sup>140</sup> J. DAYAN (dir.), *Psychopathologie de la périnatalité*, éd. Masson, coll. Les âges de la vie, 1999, p. 406

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 411.

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> J.-F. DAUBECH, « Entretiens préalables », in *Désirs d'enfants*, J. ANDRÉ, C. CHABERT (dir.), PUF, 2009, p. 40.

<sup>144</sup> J. DAYAN (dir.), *Psychopathologie de la périnatalité*, *op. cit.*, p. 406.

<sup>145</sup> M. GAILLE, *Le désir d'enfant*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>146</sup> A. SÉRIAUX, « L'enfant comme don », in *Le droit, la médecine et l'être humain*, A. SÉRIAUX (dir.), PUAM, 1996, p. 13.

permettre la guérison, celle-ci ayant pu être recherchée en amont par le couple désireux de procréer naturellement. C'est l'inefficacité de cette recherche, ou sa lenteur, ou son coût, qui contraignent les couples ne parvenant pas à avoir un enfant à recourir à l'AMP. Cette dernière vise donc à contourner la difficulté rencontrée en permettant au couple d'avoir un enfant.

Afin de protéger le couple porteur du projet, le droit recourt à la fiction, c'est-à-dire à un « "mensonge de la loi" consistant à "faire comme si", à supposer un fait contraire à la réalité »<sup>147</sup>. Les obstacles naturels auxquels sont confrontés les couples stériles l'imposaient. Sans ce recours à la fiction, il aurait fallu révéler que l'enfant né d'une AMP est pour partie le fruit de la technique, et, parfois, d'un tiers donneur, ou qu'il était dans certaines circonstances conçu dans l'intérêt d'un tiers<sup>148</sup>. Plusieurs dispositions tendent à protéger le couple porteur de ce projet : l'on fait « comme si » l'enfant a été conçu par union. Le droit modèle l'identité de l'enfant, en particulier lorsque l'AMP est dite hétérologue. Dans cette configuration, seul l'un des parents a fourni ses gamètes, étant précisé qu'il n'est pas permis, légalement, qu'aucun des parents n'en fournisse<sup>149</sup>. Alors, l'enfant est rattaché aux époux ou concubins « qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur »<sup>150</sup>. Il ne peut pas y avoir de lien de filiation entre l'enfant et l'auteur du don<sup>151</sup>, et la responsabilité de ce dernier ne peut pas être engagée<sup>152</sup>. Du fait du consentement donné par les parents en la forme authentique, la filiation devient incontestable, raison pour laquelle nous pouvons alors parler de « superfiliation »<sup>153</sup>. Ce système présente l'avantage de sécuriser la filiation juridique de l'enfant, qui n'est pas conforme à la filiation génétique. En interdisant toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation, le législateur a veillé à sa protection. Selon le Professeur Jean-René Binet, « l'enfant est protégé contre toute tentative de fragilisation de sa filiation par le tiers donneur ou, plus simplement, toute intrusion du donneur dans son

---

<sup>147</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, V<sup>o</sup> Fiction, p. 408-409.

<sup>148</sup> Voir à ce propos, A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Le bébé du double espoir », *D.* 2011.603.

<sup>149</sup> CSP, art. L. 2141-3, al. 1<sup>er</sup>. Sur la constitutionnalité de cette exclusion : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 janv. 2012, n<sup>o</sup> 11-40.089 ; *D.* 2012. 1432, obs. GRANET-LAMBRECHTS. – Voir antérieurement, Cons. const., 27 juill. 1994, n<sup>o</sup> 94-343/344 DC ; *D.* 1995. 299, obs. FAVOREU.

<sup>150</sup> C. civ., art. 311-20.

<sup>151</sup> C. civ., art. 311-19, al. 1.

<sup>152</sup> *Ibid.*, al. 2.

<sup>153</sup> F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Lamy Personnes et famille*, n<sup>o</sup> 420-77.



existence »<sup>154</sup>. Ce dispositif s'applique également dans les rares cas de dons d'embryons : alors, la fiction est totale, puisque l'enfant n'est biologiquement pas issu du couple parental qui l'accueille<sup>155</sup>. Ainsi, l'intervention du droit vient compléter celle de la médecine afin que les parents accueillant un enfant par AMP obtiennent un apaisement de leur souffrance.

**249. Affirmation du droit subjectif.** Néanmoins, nous voyons poindre dans ce domaine l'émergence du « droit-providence ». Depuis quelques années, il est apparu que chacun avait non seulement le droit à « une vie d'une certaine durée, un corps en bonne santé et préservé dans son intégrité »<sup>156</sup>, mais aussi de pouvoir procréer. Alors que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme protège le droit à la vie<sup>157</sup> et le droit au respect de la vie privée et familiale<sup>158</sup>, un « droit à l'épanouissement de la personne »<sup>159</sup> y a pris racines, qui comprend la faculté de recourir à une assistance médicale pour avoir un enfant<sup>160</sup>. Robert Badinter soutenait en ce sens que « le droit à la vie paraît bien impliquer le droit de tout être humain de donner la vie, la liberté de choisir les moyens par lesquels il pourra donner la vie »<sup>161</sup>. À travers cette évolution, nous assistons à la reconnaissance d'un « droit social en matière de procréation »<sup>162</sup>. La reconnaissance d'un « droit-providence » nécessiterait cependant que l'on admette l'accès de tous les couples, même homosexuels, à l'AMP. Dans ce cas, la volonté exprimée par le couple d'accéder à cette technique médicale serait suffisante, puisqu'il ne serait plus exigé de présenter une pathologie empêchant la conception d'un enfant. La volonté, accompagnée par la médecine, serait son propre remède. Alors, la logique d'assistance passerait au second plan. Il ne s'agirait plus de venir en aide à des couples stériles, dans un contexte qui relève de la pathologie, mais d'offrir à tous les couples demandeurs la possibilité d'avoir un

---

<sup>154</sup> J.-R. BINET, « La législation garante de la protection de l'enfant ? Le point de vue du juriste », in *La protection de la personne née d'une PMA impliquant un tiers*, S. DUMAS-LAVENAC (dir.), Cahiers Droit, Sciences & Technologies, n° 7, PUAM, 2017, p. 23.

<sup>155</sup> S. DUMAS-LAVENAC, « Anonymat du don de gamètes et droit d'accès à ses origines génétiques », in *La protection de la personne née d'une PMA impliquant un tiers*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>156</sup> J.-R. BINET, « La législation garante de la protection de l'enfant ? Le point de vue du juriste », *préc.*, p. 24.

<sup>157</sup> CESDH, art. 2.

<sup>158</sup> CESDH, art. 8.

<sup>159</sup> D. ROMAN, « L'assistance médicale à la procréation, un nouveau droit de l'homme ? », *RDSS* 2007. 810.

<sup>160</sup> CEDH, 10 avr. 2007, aff. *Evans c/ Royaume-Uni*, n° 6339/50. « le droit au respect de la décision de devenir ou de ne pas devenir parent ».

<sup>161</sup> R. BADINTER, Allocution devant le Conseil de l'Europe à Vienne, *Journal Libération*, 19-20 mars 1985.

<sup>162</sup> C. DUPRÉ, *Le droit à l'enfant. Le droit face au désir d'enfant*, Mémoire Aix-Marseille III, 2010, p. 14.

enfant. Le médecin se bornerait à mettre sa technique au service de la volonté des intéressés.

Du fait de l'aspiration de notre société à davantage « d'égalité »<sup>163</sup>, la question se pose actuellement de l'extension de l'AMP aux couples de personnes de même sexe. Ceux-là souffrent sans doute d'être "en mal d'enfant", puisque l'incapacité à fonder une famille les confronte à la précarité de l'existence, nécessairement limitée par la perspective de la mort, et les empêche de s'inscrire dans l'Histoire faute de descendance. Seulement, la stérilité n'a ici aucune cause médicale, elle est « sociale »<sup>164</sup>, dès lors que c'est la nature de la relation qui en est la cause<sup>165</sup>. La consécration d'un droit à l'enfant est alors patente, puisqu'il n'est pas question de corriger une inégalité naturelle. En étendant l'AMP aux couples de même sexe, l'on viendrait à admettre la procréation pour convenance personnelle, alors qu'elle poursuit actuellement un objectif « thérapeutique »<sup>166</sup>.

**250. Des décisions risquant de faire souffrir autrui.** L'affirmation du droit subjectif en matière de transidentité et dans le cadre de l'AMP, favorise le bien-être de ceux qui ont l'exercice de ces droits. Elle conduit surtout à nier la prise en considération de la souffrance du sujet, car seule compte sa pure volonté de maîtriser sa destinée. Plutôt que d'accepter les difficultés auxquelles elle se trouve confrontée, la personne prend des décisions pour elle-même et dans son intérêt exclusif. Le risque existe pourtant de faire souffrir les autres.

## ***II. Ses conséquences pathologiques***

**251. Le risque de souffrance dans l'entourage de la personne transidentitaire.** L'exercice par les personnes transidentitaires et travesties de ce droit au changement de la mention du sexe pourrait avoir des conséquences dommageables pour autrui. En effet, le

---

<sup>163</sup> Sur la notion d'égalité, voir Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, § 44. « [...] que les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe ; que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes dès lors que la différence de traitement qui en résulte est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit [...] ».

<sup>164</sup> A. MIRKOVIC, *PMA, GPA, La controverse juridique*, éd. Pierre Téqui, 2014, p. 13.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>166</sup> En réalité, il n'y a rien dans l'AMP de thérapeutique, puisqu'elle ne vise pas à résoudre à proprement parler la stérilité.

changement se répercute en partie sur l'état civil du conjoint et des enfants. Si la mention du sexe y reste inchangée en raison du caractère constitutif de la décision de justice<sup>167</sup>, la modification des prénoms est portée en marge des actes de l'état civil<sup>168</sup>. Certes, l'article 61-7, alinéa 2, du même instrument tempère ce principe en exigeant « le consentement des intéressés ou de leurs représentants légaux », mais nous devons bien voir que, dans le cas des enfants mineurs, c'est aux représentants légaux qu'il revient de consentir<sup>169</sup>. Cela traduit symboliquement le changement d'appartenance sexuelle du transidentitaire, qui peut ainsi être imposé aux enfants mineurs par le consentement exprimé par les représentants légaux. Le souci manifesté par le législateur d' « éviter que le succès obtenu par le demandeur ne soit générateur de troubles pour les membres les plus proches de sa famille »<sup>170</sup>, ne paraît pas suffisant pour empêcher toute souffrance. En admettant ces effets, le droit cherche à « résoudre la détresse d'un seul en la déplaçant sur des tiers, et d'ailleurs risquer de l'accroître »<sup>171</sup>. Car le regard que l'enfant pose sur son parent peut être bouleversé : pour certains, ce peut être un « véritable choc »<sup>172</sup>. Certes, l'enfant né d'un père et d'une mère ne sera jamais officiellement considéré comme né de parents de même sexe du fait que la sentence n'a d'effet que pour l'avenir ; mais la modification des prénoms a pourtant cette conséquence dans l'ordre du symbolique.

De façon plus problématique, l'abandon de l'exigence de transformation irréversible de l'apparence, qui entraînait de fait la stérilisation de la personne, ouvre la voie à la procréation naturelle par des couples de même sexe. En effet, la personne transidentitaire peut conserver sa capacité à procréer dans son sexe originel. Si le droit met en adéquation l'état civil de la personne avec son sexe psychosociologique, il crée potentiellement une discordance entre l'état modifié et le sexe biologique de l'intéressé lorsque ce dernier n'a entrepris aucune démarche de réattribution sexuelle. Nous pouvons toutefois mettre de côté le cas des transsexuels qui aspirent généralement à adapter leur corps à leur sexe vécu. Selon le Professeur Xavier Labbée, « l'homme et la femme sont à ce point égaux qu'ils sont devenus interchangeables dans leur

---

<sup>167</sup> C. civ., art. 61-8. – Voir antérieurement, Paris, 2 juill. 1998 ; *JCP* 1999. II. 10005, note GARÉ.

<sup>168</sup> C. civ., art. 61-4.

<sup>169</sup> CPC, art. 1055-9.

<sup>170</sup> B. TEYSSIÉ, *Droit des personnes, op. cit.*, n° 604.

<sup>171</sup> P.-H. CASTEL, *La métamorphose impensable. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle, op. cit.*, p. 95.

<sup>172</sup> C. CHILAND, *Le transsexualisme, op. cit.*, p. 94.

fonction reproductrice et parentale »<sup>173</sup>. De toute évidence, cette situation n'est pas neutre pour l'enfant, et pourrait être la cause de son mal-être en raison de l'incohérence qu'elle provoque dans sa filiation. La construction psychique de l'enfant peut en être bouleversée. Comment peut-il sans dommages se représenter être le fruit d'une union de personnes qui ont en apparence le même sexe ? Nous avons vu précédemment que les perturbations de la filiation peuvent, en certaines circonstances, être à l'origine d'un « préjudice » moral. La souffrance peut encore sourdre du fait qu'il « est moins le fruit de l'amour que celui de la volonté et de la liberté »<sup>174</sup>. « Plus que jamais, l'enfant semble bien victime de l'égoïsme de ses parents »<sup>175</sup>. Que l'enfant soit considéré comme un dû peut avoir des conséquences néfastes sur son développement. Quel espace de liberté, pourtant indispensable à son épanouissement, reste-t-il à l'enfant approprié ? Il faut bien voir que « ce que l'on possède par don n'est jamais exclusivement sien », alors que ce qui nous est dû « pourra être conservé jalousement [...] comme étant totalement sien »<sup>176</sup>.

À cette situation, la loi du 18 novembre 2016 n'apporte pas de réponse. Si les parlementaires se sont préoccupés des filiations antérieures, en retenant que « la modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet [...] sur les filiations établies avant cette modification », ils n'ont dit mot sur les filiations postérieures<sup>177</sup>. Cela montre à dessein qu'ils n'envisagent plus le droit comme remède à la souffrance mais comme auxiliaire de la volonté du demandeur au changement de la mention du sexe. Afin d'éviter les possibles souffrances existentielles de l'enfant à naître, deux voies pourraient être juridiquement empruntées. La première a été suggérée par un auteur, qui préconise « d'inscrire la personne en tant que parent sous son sexe d'origine »<sup>178</sup>, cette solution ayant le mérite de préserver la vérité biologique et d'assurer la cohérence de la filiation de l'enfant. Pourtant, cette voie n'est pas totalement satisfaisante, car elle met en doute la reconnaissance de l'identité sexuelle de la personne. La seconde voie, plus radicale mais aussi plus efficace, consisterait à sortir le sexe de l'état des personnes. Après tout, la dimension biologique qu'il renferme et qui devait assurer sa stabilité a été supplantée par le genre. La loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a

---

<sup>173</sup> X. LABBÉE, « L'homme qui a accouché d'un enfant », *D.* 2018. 1085.

<sup>174</sup> *Ibid.*

<sup>175</sup> *Ibid.*

<sup>176</sup> A. SÉRIAUX, « L'enfant comme don », préc., p. 15.

<sup>177</sup> P. AUFIERE, C. BAROUSSE, « Des prémices de la jurisprudence aux permissions de la loi », préc.

<sup>178</sup> S. PARICARD, « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », préc.

contribué à l'effacement du principe d'indisponibilité des personnes en reconnaissant aux individus la maîtrise de leur identité sexuelle. À la suite de cette réforme, le sexe est devenu un élément instable de l'état, soumis en tant que tel aux évolutions de l'identité sexuelle des personnes. Alors que l'état est en principe immuable, ne faudrait-il pas mieux l'en sortir ? Dans une récente affaire, la Cour de cassation a fait le choix d'emprunter la première voie consistant à préserver la vérité biologique en dépit du changement obtenu de la mention du sexe à l'état civil, tout en refusant par ailleurs de reconnaître la catégorie de « parent biologique ». Elle a retenu qu'« une personne transgenre homme devenu femme qui, après la modification de la mention de son sexe dans les actes de l'état civil, procrée avec son épouse au moyen de ses gamètes mâles, n'est pas privée du droit de faire reconnaître un lien de filiation biologique avec l'enfant, mais ne peut le faire qu'en ayant recours aux modes d'établissement de la filiation réservés au père »<sup>179</sup>.

**252. La souffrance de l'enfant dans les situations d'assistance médicale à la procréation.** De la même manière, l'aspiration des personnes en manque d'enfant à le combler en recourant à la technique médicale et à la force procréatrice d'autrui, peut se faire au risque qu'autrui en souffre, en particulier l'enfant. En cas d'AMP hétérologue, ce dernier est privé d'un lien de filiation le rattachant au tiers donneur, ce qui entraîne une « réduction parentale par élimination »<sup>180</sup>. Cette situation ne peut aboutir qu'à un être divisé, à un mal-être, en raison de l'impossibilité qu'on lui oppose de connaître l'un de ses auteurs et de revendiquer le lien de filiation qui devrait les unir. À cette privation s'ajoute celle de la connaissance de ses origines<sup>181</sup>. En effet, la perte d'un lien de filiation, généralement celui qui rattacherait l'enfant à son père génétique, est d'autant plus bouleversante que le donneur est anonyme, empêchant ainsi toute perspective de reconnaissance de l'enfant à l'égard de celui dont il est issu<sup>182</sup>, mais aussi, faut-il bien le souligner, de connaissance de lui-même. Un auteur a justement fait observer

---

<sup>179</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 sept. 2020, n<sup>os</sup> 18-50.080 et 19-11.251 ; *RJPF* 2020-10/23, note GOUËZEL.

<sup>180</sup> A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Prohibition de la GPA et intérêt de l'enfant en droit français », préc.

<sup>181</sup> Sur le débat concernant le maintien de l'anonymat du donneur de gamètes, voir V. DEPADT-SEBAG, « Le don de gamètes ou d'embryon dans les procréations médicalement assistées : d'un anonymat imposé à une transparence autorisée » ; *D.* 2004. 891. – G. TAORMINA, « Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique », *D.* 2006. 1071. – H. GAUMONT-PRAT, « Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique » ; *Dr. fam.* 2001, chron. 2. – M.-C. LE BOURSICOT, « Accès aux origines personnelles : la délicate pesée des intérêts en présence », *RJPF* 2013-9/28. – C. LABRUSSE-RIOU, « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français », préc.

<sup>182</sup> A. SÉRIAUX, « L'enfant comme don », préc., p. 24.

que « le don de gamètes conditionne les caractéristiques génétiques de l'enfant qui en est né, et ce dernier n'aura jamais accès à son identité tant qu'il ignorera l'identité du donneur »<sup>183</sup>. Surtout, d'un point de vue psychologique, l'enfant aura les plus grandes difficultés à vivre dans l'ignorance de celui qui a contribué à lui donner la vie. Selon le Professeur Catherine Labrusse-Riou, l'enfant « ne peut, du fait de l'anonymat, faire le deuil d'un géniteur, puisque l'on ne fait pas le deuil de rien ou de personne, il est alors impossible de symboliser ce vide »<sup>184</sup>.

Alors que le maintien de l'anonymat engendre « un mal-être chez la personne née de la PMA, qui se sent privée d'une partie de son histoire et de son identité »<sup>185</sup>, il y a lieu de se réjouir de la volonté exprimée par le législateur de mettre en place, dans le cadre de l'actuel projet de loi relatif à la bioéthique, un dispositif de levée de l'anonymat à la majorité civile de l'enfant né d'une AMP. Un article L. 2143-2 du Code de la santé publique y est rédigé en ces termes : « Tout enfant conçu par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut à sa majorité, accéder à des données non identifiantes relatives à ce tiers donneur, et s'il le souhaite, accéder à l'identité de ce tiers donneur ». Cette évolution est à soutenir compte tenu de l'importance de la connaissance de ses origines dans le processus de construction identitaire. Seulement, ce même projet de loi prévoit aussi l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes célibataires. Son extension aux couples de femmes pourrait avoir des conséquences particulièrement néfastes sur la construction identitaire de l'enfant, car l'enfant n'est plus en mesure de se représenter comme étant issu d'un homme et d'une femme. L'enfant serait privé de toute filiation paternelle, ce qui sacrifierait la dimension symbolique de la filiation. L'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère, qui est déjà permise dans le cas où une insémination artificielle avec don de sperme est réalisée à l'étranger<sup>186</sup>, n'est pas de nature à remplacer la présence du père aux côtés de l'enfant. Madame Mirkovic soutient que la privation de toute filiation paternelle est non seulement une violation du droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux, mais aussi, de façon plus grave, « un acte de maltraitance à son égard »<sup>187</sup>. Rappelons qu'il est juridiquement admis que la privation d'un lien de filiation est une blessure de l'être. Des enfants ayant été échangés à la naissance ont obtenu 400.000 euros

---

<sup>183</sup> F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Lamy Personnes et famille*, n° 420-35.

<sup>184</sup> C. LABRUSSE-RIOU, « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français », *préc.*, p. 94.

<sup>185</sup> S. DUMAS-LAVENAC, « Anonymat du don de gamètes et droit d'accès à ses origines génétiques », *préc.*, p. 58.

<sup>186</sup> Cass. avis, 22 sept. 2014, n°s 15010 et 15011, *préc.*

<sup>187</sup> A. MIRKOVIC, *PMA, GPA, La controverse juridique*, *op. cit.*, p. 67.

de dommages-intérêts au titre de leur préjudice moral, alors que l'identité de leurs géniteurs leur a été révélée. De même, l'enfant issu d'un viol incestueux est fondé à demander l'indemnisation de la souffrance consécutive à la privation de sa filiation maternelle ou paternelle<sup>188</sup>. Dans ce cas, « pourquoi la même interdiction serait sans conséquence pour l'enfant issu du don ? »<sup>189</sup>. Nous voyons bien qu'« il n'est pas indifférent d'être issu d'un tel ou d'un autre »<sup>190</sup>. En toute hypothèse, l'enfant est saisi comme pourrait l'être un objet, dès lors que l'opération est préméditée, réfléchie, organisée et planifiée. Seulement, cette démarche est dommageable pour l'enfant, car son épanouissement, indissociable de la liberté, nécessite qu'il ne soit pas accaparé, qu'il « soit traité par sa mère comme un être qui ne lui appartient pas »<sup>191</sup>.

**253. La souffrance du parent.** L'opération qui consiste à fonder une famille par le recours à la force procréatrice d'autrui a également des répercussions sur le couple parental et le tiers donneur.

**254. La souffrance du couple parental.** S'agissant du couple parental, il y a lieu de se demander si le parcours d'AMP, présenté comme une démarche à vocation "thérapeutique", ne constitue pas en réalité une obstination déraisonnable<sup>192</sup>. S'il n'est pas inutile, c'est-à-dire dépourvu de toute efficacité puisqu'il fonctionne dans 20 % des cas environ, il peut certainement être jugé disproportionné. La balance coût/avantage révèle que ses inconvénients sont en plus grand nombre que ses avantages, y compris dans l'hypothèse dans laquelle la démarche aboutirait à une naissance. Madame Mirkovic souligne en ce sens, d'une part, la lourdeur des traitements administrés à la femme – piqûres, prises de sang, échographies<sup>193</sup> – et, d'autre part, l'importance des risques encourus – « thromboses artérielles et veineuses pouvant aller jusqu'au décès »<sup>194</sup>, par exemple. La souffrance se montre dans ses divers aspects : il y a une atteinte à la *sensibilité* – les douleurs physiques de la femme, la peine, l'anxiété et la colère éventuellement partagées –, mais aussi un *mal-être* dans la mesure où le quotidien est

---

<sup>188</sup> TGI Lille, 6 mai 1996 ; D. 1997. 543, note LABBÉE ; RTD civ. 1999. 64, obs. HAUSER. – Grenoble, 29 juin 2005 ; Resp. civ. et assur. 2006, n° 48, note RADÉ.

<sup>189</sup> A. MIRKOVIC, *La PMA : un enjeu de société*, éd. Artèges, 2018, p. 44.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>191</sup> A. SÉRIAUX, « L'enfant comme don », préc., p. 15. – Dans le même sens, voir C. DUPRÉ, *Le droit à l'enfant. Le droit face au désir d'enfant*, op. cit., p. 11

<sup>192</sup> CSP, art. L. 1110-5-1.

<sup>193</sup> A. MIRKOVIC, *La PMA : un enjeu de société*, op. cit., p. 101.

<sup>194</sup> AMP Vigilance, Rapport annuel 2016, p. 48.

entièrement tourné vers la réalisation – incertaine – d’un projet parental. Avant la réalisation de l’AMP, nous ne pouvons ignorer les bouleversements existentiels liés à la difficulté de procréer ou aux risques qu’une union pourrait avoir sur la santé de l’enfant ou du conjoint. Dans cette réflexion puis dans ce cheminement conduisant à l’AMP, la vie n’est plus rythmée que « par la fonction reproductive », « le temps [devenant] à la fois restreint et démesuré »<sup>195</sup>. De plus, le rapport au corps de l’autre change. L’on entre dans « la voie du soupçon »<sup>196</sup>. Face au « corps obstacle, défaillant »<sup>197</sup>, la médecine enferme le couple « dans une multitude de procédures humainement lourdes, surtout pour la femme, à travers la croyance en la toute-puissance de la technologie »<sup>198</sup>. Alors qu’une AMP aboutit en moyenne à la naissance d’un enfant dans 20% des cas<sup>199</sup>, il convient de relever « la déception lors de l’échec »<sup>200</sup> et l’entrée du couple dans une période de turbulence affective et relationnelle : « choc, tristesse, déni, colère voire dépression »<sup>201</sup>. Même dans le cas où le projet d’AMP finit par aboutir, et alors pourtant qu’ils sont bénéficiaires de cette œuvre de solidarité procréatrice, un état de mal-être est susceptible de persister. Le neuropsychologue Jacques Dayan évoque « un maintien acharné du secret sur le mode de procréation, des difficultés d’évocation des affects et du traitement, et éventuellement plus de perturbations psychologiques, notamment une symptomatologie dépressive persistante »<sup>202</sup>. S’il ne faut pas systématiser ce tableau clinique, il a le mérite de signaler les désordres existentiels pouvant résulter d’une AMP. Monsieur Dayan insiste également sur le tiraillement dont chacun des membres du couple peut être victime au moment d’envisager de révéler à l’enfant la manière par laquelle il a été conçu<sup>203</sup>. De toute évidence, la vie ne suit plus alors un cours habituel, mais la volonté d’avoir un enfant conduit tout de même le couple à s’y confronter. L’extension de l’AMP aux couples de femmes, qui entraînerait la multiplication des demandes de procréation assistée, aurait nécessairement pour effet de confronter davantage de couples à ces difficultés.

---

<sup>195</sup> L. GARCIA, *FIV et qualité de vie du couple*, Mémoire Aix-Marseille II, 2002, p. 27.

<sup>196</sup> D. LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité*, *op. cit.*, p. 271.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 297.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 298.

<sup>199</sup> A. MIRKOVIC, *La PMA : un enjeu de société*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>200</sup> L. GARCIA, *FIV et qualité de vie du couple*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>202</sup> J. DAYAN (dir.), *Psychopathologie de la périnatalité*, *op. cit.*, p. 412

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 421.



**255. La souffrance du tiers donneur.** Le tiers donneur est également susceptible de souffrir du don de gamètes. Pour la femme donneuse d'ovocytes, le risque couru est important, qui est de même nature que celui de la femme sollicitant une AMP, à la différence toutefois qu'il n'y a aucune perspective de donner naissance à un enfant<sup>204</sup>, de sorte qu'une obstination déraisonnable pourrait être caractérisée. Que le donneur soit homme ou femme, le désir d'enfant existe « en un sens »<sup>205</sup>. Pourtant, sa personne est niée. En procédant à un « don de cellules et non de parenté »<sup>206</sup>, le donneur est comme « abrogé »<sup>207</sup>, ce qui peut occasionner d'importantes frustrations. Là encore, une extension de l'AMP aux couples de femmes aurait pour conséquence la multiplication des dons de gamètes et, par conséquent, des cas de souffrance.

**256. Les aspects malfaisants d'une approche utilitariste du droit.** Il résulte de ce constat que la satisfaction des demandes exprimées par les individus risque de se faire au détriment des autres. Nous avons mis en évidence le retentissement que peut avoir sur l'entourage le changement de la mention du sexe de la personne transidentitaire ou le recours aux parcours d'assistance médicale à la procréation. L'enfant est la personne la plus exposée, notamment dans cette dernière hypothèse. Cela interroge bien sûr la pertinence d'un droit qui se prétend "thérapeutique" et dont les effets secondaires seraient possiblement malfaisants. À moins que des ajustements soient possibles, ne convient-il pas d'appliquer en ces domaines un principe de précaution consistant à s'abstenir plutôt qu'à prendre le risque que les autres en souffrent ?

**257. Conclusion de chapitre.** Les réponses apportées par le droit aux situations de mal-être non-imputable ne sont pas uniformes. En cas de perte de qualité de vie en soi, une indemnisation est proposée à l'enfant et aux parents en dépit des canons habituels de la responsabilité civile. Le mal-être n'étant imputable à personne, il ne s'agit d'ailleurs pas à proprement parler d'une indemnisation, qui vise à réparer un préjudice, mais de l'allocation d'une somme d'argent correspondant aux « divers émoluments que notre société accepte d'octroyer à ses laissés-pour-compte »<sup>208</sup>. L'indemnité est versée dès lors qu'un défaut d'information en matière médicale n'a pas permis au couple de différer la conception de l'enfant

---

<sup>204</sup> A. MIRKOVIC, *La PMA : un enjeu de société*, op. cit., p. 18.

<sup>205</sup> M. GAILLE, *Le désir d'enfant*, op. cit., p. 81-82.

<sup>206</sup> C. LABRUSSE-RIOU, « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français », préc., p. 84.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>208</sup> A. SÉRIAUX, « "Perruche" et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification », préc.

ou d'interrompre la grossesse. Cela signifie que l'inexistence serait préférable à une vie dont on préjuge qu'elle sera malheureuse. Pour le reste, nous avons vu que le droit ne peut se faire remède au mal-être des personnes que dans le cas où il contribue directement à les soigner, c'est-à-dire dans l'hypothèse dans laquelle une pathologie est médicalement identifiée et qu'il est le seul en mesure d'y répondre. Sa vocation thérapeutique cesse au contraire dans le cas où la personne peut se prévaloir d'un droit subjectif, auquel cas la volonté, accompagnée par la médecine, est son propre remède. Alors, le droit n'a plus qu'une « fonction purement utilitariste »<sup>209</sup> consistant à favoriser le bien-être de ceux pouvant se prévaloir d'un droit subjectif. Telle est l'émergence d'un "droit-providence", s'inscrivant dans une « politique de la satisfaction de la demande »<sup>210</sup> plutôt que dans une perspective véritablement thérapeutique. Pour la collectivité, le bénéfice n'est pas évident, puisque le risque qu'autrui en souffre est élevé. Nous voyons alors les dangers de la technicisation, qui, approuvée par le droit, donne à chacun l'opportunité de satisfaire ses désirs quel qu'en soit le coût. Autrement dit, la vie ne vaut d'être vécue qu'à la condition de voir aboutir ce que l'on veut. Face à « la souveraineté de l'ego »<sup>211</sup>, nous assistons « la pulvérisation du droit en droits subjectifs »<sup>212</sup>.

**258. Conclusion de titre.** Le droit réagit au mal-être des personnes. Une indemnité est ainsi accordée à la victime bousculée dans son existence. Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, l'ensemble des déclinaisons du mal-être ont été reconnues, de sorte que la personne est en droit d'obtenir réparation chaque fois qu'elle subit injustement et contre son gré une perte de qualité de vie. Malgré cela, une inadaptation des postes de préjudice et le maintien d'une fonction punitive des dommages-intérêts font parfois obstacle à la réparation intégrale de la victime. Cela appelle certains ajustements. Même lorsqu'il n'est pas imputable à autrui, le mal-être est pris en considération par le droit. Par un contournement des règles de la responsabilité civile, il permet l'allocation d'une somme d'argent aux personnes souffrant d'une perte de qualité de vie dont la cause réside dans les circonstances entourant la conception ou la naissance de l'enfant. Il accompagne également les personnes rejetant leur identité, mais sa vocation thérapeutique cesse à partir du moment où toute dimension pathologique est évacuée. Alors, il n'est plus un auxiliaire médical, mais un auxiliaire de volonté. L'émergence du « droit-providence » doit

---

<sup>209</sup> D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, op. cit., p. 10.

<sup>210</sup> D. SELBOURNE, *Le principe de devoir : essai sur les fondements de l'ordre civil*, trad. par M.-J. MINASSIAN, éd. de l'Éclat, 1997, p. 75.

<sup>211</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, « Jean Carbonnier et la passion du droit », *Droit et société*, n° 40, 1998, p. 654.

<sup>212</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, éd. Flammarion, 1996, p. 121.

néanmoins susciter la méfiance, car elle est portée par une volonté de maîtrise de sa destinée. Celle-ci ne se préoccupe pas des autres, qui pourraient en souffrir. Alors que le droit a vocation à maintenir la cohésion de la collectivité, il serait regrettable qu'il participe à sa fragmentation en favorisant de nouvelles occasions de souffrance.



## TITRE 2 : L'ÊTRE MAL ET LA MORT

**259. L'homme confronté à la mort.** Il est écrit dans l'Écclésiaste : « Il y a un moment pour tout et un temps pour toute chose sous le ciel. Un temps pour enfanter, et un temps pour mourir ; un temps pour planter et un temps pour arracher le plant »<sup>1</sup>. La mort s'inscrit dans le cours normal de la vie dont elle marque l'achèvement. Il y a là quelque chose d'inévitable, d'irréversible, d'incontournable pour l'homme. À la fin du Moyen-Âge, l'homme s'y préparait en lisant l'*Ars moriendi*, qui est un ensemble de textes permettant aux hommes de confession catholique de se préparer à la mort. Celle-ci était largement exposée, commentée, et même imagée, de sorte qu'elle était familière pour les hommes de ce temps. Cet enseignement pouvait du reste se transmettre aisément à travers les générations, alors que la mort, loin d'être cachée, faisait partie de la vie. C'est au cours des dernières décennies qu'une approche plus distanciée de la mort s'est fait jour comme le suggère le titre d'un ouvrage : « *Ne les laissez pas mourir seuls* »<sup>2</sup>. Selon l'auteur, la cause résiderait dans le déploiement de la technique qui aurait contribué à aseptiser et éloigner la mort<sup>3</sup>. La médecine occidentale, qui en a largement bénéficié, ne s'est plus contentée d'apporter des soins, mais a cherché, avec un certain succès, à guérir les malades, repoussant ainsi, dans l'esprit des hommes, la perspective de la mort<sup>4</sup>. Par ailleurs, il convient de mettre en exergue le rôle des médias dans son éloignement, eux qui « nous fournissent notre dose de massacres, de meurtres, de guerre »<sup>5</sup> et qui, paradoxalement, loin de nous faire nous « interroger sur ce phénomène fondamental pour les humains »<sup>6</sup>, font que l'on souhaite moins s'y arrêter. Les sens sont aussi moins sollicités, étant observé que la prise en charge de la fin de vie et la survenance de la mort sont souvent de nos jours l'affaire des

---

<sup>1</sup> Écclésiaste, 3, 1-2.

<sup>2</sup> J. PIQUET, *Ne les laissez pas mourir seuls*, éd. Desclée de Brouwer, 1997.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>4</sup> M. ABIVEN, « Les soins palliatifs : pour qui ? pourquoi ? », in *Pour une mort plus humaine*, M. ABIVEN (dir.), InterÉditions, 1990, p. 24-25. – Dans le même sens, voir également G. NICOLAS, A.-C. RÉGLIER (dir.), *Mort et droit de la santé*, PUAM, Les Cahiers de droit de la santé, p. 11. « Depuis le milieu du XXe siècle, les progrès de la médecine et de la pharmacopée nous permettent de vivre plus longtemps, de souffrir moins, de guérir de maladies mortelles. La mort s'éloigne effectivement. Elle ne fait plus partie de notre quotidien, nous l'avons, souvent, reléguée à l'hôpital ».

<sup>5</sup> M. ABIVEN, *Une éthique pour la mort*, éd. Desclée de Brouwer, 1995, p. 55-56.

<sup>6</sup> *Ibid.*

soignants plutôt que des familles. Grâce aux chambres froides, le cadavre ne se décompose plus, de telle manière que la mort n'a plus d'apparence ni d'odeur. Comme l'observait Philippe Ariès, « l'initiation est passée de la famille, aussi aliénée que le mourant, au médecin et à la médecine hospitalière. Ce sont eux les maîtres de la mort, du moment et aussi des circonstances de la mort »<sup>7</sup>. Plus radicalement, la question se pose de nos jours d'un éloignement définitif de la mort par la perspective d'une vie humaine nettement rallongée grâce à la technomédecine. Laurent Alexandre, médecin de profession, s'en est fait le héraut à travers un ouvrage au titre annonciateur : *La mort de la mort*<sup>8</sup>.

À l'épreuve de *sa* mort, l'homme n'a plus le même regard ni la même attente. D'ailleurs, il s'y prépare moins puisque le temps n'est plus à la lecture de l'*Ars moriendi*. Le rallongement de l'espérance de vie et l'espoir, nourri par certains, d'une vie rallongée par le recours aux technologies les plus pointues, contribuent certainement à la crainte de sa venue. La vie elle-même, parce que plus longue, se trouve davantage investie par les hommes, qui ne finissent plus d'entreprendre. François Mitterrand constatait que « pressés d'exister, [les hommes] paraissent éluder le mystère »<sup>9</sup>. Assurément, « l'homme moderne a une peur obsessionnelle [de la mort]. Il ne veut plus admettre que la vie a une fin. Il cherche par tous les moyens à oublier la Grande Faucheuse. La mort est maquillée, grimée, comme une réalité honnie et cauchemardesque »<sup>10</sup>. Pour l'homme contemporain, la mort est d'autant plus violente que l'existence se mène à bonne distance de cette échéance pourtant inéluctable.

À l'épreuve de *la mort d'autrui*, et chaque fois qu'elle vient ravir l'être aimé, le bouleversement existentiel est majeur. Observons, dans un premier temps, et pour mieux se figurer son importance, combien la séparation des vivants est source de souffrances. Lorsque la guerre ou la maladie contraint des familles à se séparer, le cours de la vie est bousculé. Dans *La peste*, Albert Camus décrit parfaitement les répercussions existentielles de la séparation forcée de ceux qui s'aiment. « Et pour nous tous, le sentiment qui faisait notre vie et que, pourtant, nous croyions bien connaître, prenait un visage nouveau. Des maris et des amants qui avaient la plus grande confiance dans leur compagne, se découvraient jaloux. Des hommes qui se croyaient légers en amour retrouvaient une constance. Des fils, qui avaient vécu près de leur

---

<sup>7</sup> P. ARIÈS, *L'homme devant la mort*, Seuil, vol. 1, 1977, p. 87.

<sup>8</sup> L. ALEXANDRE, *La mort de la mort*, éd. JC Lattès, coll. Essais et documents, 2011.

<sup>9</sup> F. MITTERRAND, préf., in M. DE HENNEZEL, *La mort intime*, éd. Robert Laffont, 1995.

<sup>10</sup> N. DIAT, *Un temps pour mourir*, éd. Pluriel, 2019, p. 12.

mère en la regardant à peine, mettaient toute leur inquiétude et leur regret dans un pli de son visage qui hantait leur souvenir. Cette séparation brutale, sans bavures, sans avenir prévisible, nous laissait décontenancés, incapables de réagir contre le souvenir de cette présence, encore si proche et déjà si lointaine, qui occupait maintenant nos journées. En fait, nous souffrions deux fois - de notre souffrance d'abord et de celle ensuite que nous imaginions aux absents, fils, épouse ou amante »<sup>11</sup>. Du fait de cette pensée toute tournée vers celui qui manque, l'absent se fait en réalité infiniment présent. Le temps présent ne peut pas être pleinement investi, dès lors que l'esprit est ailleurs, préoccupé, submergé par d'innombrables questionnements. Ceux qui connaissent cette séparation ne peuvent que « souffrir de leur isolement, d'être obsédés par l'impossibilité de rejoindre leurs parents, leurs amants et amantes, situés de l'autre côté du cordon sanitaire. C'est comme *séparés* qu'ils souffrent. Ils s'ingénient en vain à trouver des solutions pour mettre fin à cet état de manque, de profonde insatisfaction [...] »<sup>12</sup>. L'homme à qui manque l'être cher est en proie au mal-être.

Lorsque la séparation devient définitive, la perte est considérable, car il n'y a plus aucun espoir de retour et l'avenir doit être envisagé sans l'être cher. Au-delà de la peine légitime que l'on peut ressentir en pareille circonstance, nous ne pouvons ignorer l'état de manque dans lequel se trouve le survivant. Ce dernier est comme « morcelé », « dépossédé de lui-même »<sup>13</sup> par la disparition de celui qui était une part de son être. En effet, l'homme se construit par ses relations qui viennent pour ainsi dire le constituer<sup>14</sup>. La perte de l'une d'elles laisse un vide qui plonge la personne dans cet état de manque. La question se pose alors de la manière d'investir le monde malgré la perte, cependant que l'être aimé se fait infiniment présent par la pensée, par le souvenir des moments partagés.

**260. La mort et le droit.** Le droit s'intéresse peu à la mort. Il ne la définit pas, et, comme l'a fait remarquer un auteur, il ne l'entend « que par ses conséquences sur les vivants, qu'il s'agisse de succession ou d'indemnisation, loin de toute considération affective parfois »<sup>15</sup>. Le *Vocabulaire juridique* la présente au demeurant de manière factuelle comme étant « la mort

---

<sup>11</sup> A. CAMUS, *La peste*, éd. Gallimard, coll. NRF, 1947, p. 68-69.

<sup>12</sup> C. THOMAS, *Souffrir*, éd. Manuels Payot, coll. Rivages poche, 2004, *V*° Séparation, p. 194.

<sup>13</sup> R. LE BERRE, « Le deuil comme épreuve de la relation : une approche philosophique de la perte », *Kinesither Rev.* 2016, n° 16, p. 28.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>15</sup> B. FROGER, « La mort et le droit », éd. ERES, *Empan*, 2015/1, n° 97, p. 40.

naturelle, la perte de la vie », ce qui implique « l'arrêt des fonctions vitales »<sup>16</sup>. Il faut dire que la personne décédée, sans être ravalée au rang des choses, n'a plus la personnalité juridique et perd les droits qui y sont attachés. Il n'y a pas de droit au respect de la vie privée<sup>17</sup> et de l'image<sup>18</sup> du défunt, et seul le préjudice personnel que cause aux proches la fixation de celle-ci peut faire l'objet d'une réparation<sup>19</sup>. Au plus doit-on le respect à cette dépouille mortelle qui a précédemment accueilli la vie<sup>20</sup>. Une exception demeure toutefois, qui montre le souci qu'a le droit d'apaiser les vivants confrontés à la perte bouleversante d'un être cher, dans le cas où la personne n'est pas en mesure d'en faire le deuil ou se trouve privée d'un statut auquel elle s'était préparée et dont elle est privée par la survenance d'un évènement inopiné.

**261. La perte de l'être aimé dans des circonstances bouleversantes.** Parmi ces circonstances particulièrement douloureuses et bouleversantes dans lesquelles la personne perd un être cher, nous pensons spécialement à la perte de l'enfant à naître alors que l'on se prépare à fonder ou agrandir une famille ; à la perte de celui que l'on s'apprêtait à épouser. En principe, le droit se tient à distance de ces situations qu'il règle loin de toute « considération affective »<sup>21</sup>. Il n'a pas à se préoccuper des situations réglées par la nature. Leurs répercussions – aussi dramatiques soient-elles – sur les vivants n'entrent pas en ligne de compte. Pourtant, depuis quelques décennies, le droit connaît une évolution. Selon un auteur, il s'agirait de reconnaître, dans certaines circonstances exceptionnelles, une personnalité juridique à la personne défunte, ou à tout le moins de « prolonger [s]es droits »<sup>22</sup>. Mais l'on pourrait aussi y voir, de façon inédite et peut-être plus juste, le souci qu'aurait le droit d'apaiser les souffrances de personnes meurtries par la perte de l'être aimé dans des circonstances de nature à les priver d'un état – celui de d'époux ou d'épouse, de parent – ou, *a minima*, de l'inscription de l'enfant à naître dans une généalogie. Ces circonstances sont particulièrement déstabilisatrices pour ceux qui les endurent, étant observé que c'est la position sociale et à travers elle l'identité qui est en jeu. La perte brutale et soudaine de celui qui devait contribuer à l'établissement d'un statut ou à son

---

<sup>16</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, V<sup>o</sup> Mort, p. 599.

<sup>17</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 déc. 1999, n<sup>o</sup> 97-15.756 ; *D.* 2000. 372, note BEIGNIER.

<sup>18</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 31 janv. 2018, n<sup>o</sup> 16-23.591 ; *RTD. civ.* 2018. 364, obs. MAZEAUD.

<sup>19</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 oct. 2009, n<sup>o</sup> 08-10.557 ; *D.* 2009. 1612 ; *RJPF* 2010-1/20, obs. PUTMAN.

<sup>20</sup> C. civ., art. 16-1-1.

<sup>21</sup> B. FROGER, « La mort et le droit », préc., p. 40.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 42.



affermisssement justifierait une intervention du droit, qui serait destinée à prévoir les dispositifs nécessaires à l'apaisement des souffrances. S'interrogeant sur la fonction du droit, le Professeur Frédéric Rouvière posait les questions suivantes : « La souffrance serait-elle un moteur général de l'évolution du droit ? Faut-il établir qu'on souffre pour avoir des droits ? »<sup>23</sup>. Sans les trancher, il reconnaît que « cette fonction serait totalement nouvelle dans la liste historique de celles que le droit a assumées » et que la portée de cette innovation serait « considérable »<sup>24</sup>. Si toute situation pénible ne doit pas entraîner l'intervention du droit, certaines méritent toutefois la mise en place de dispositifs adaptés compte tenu des souffrances existentielles générées. Ces dispositifs impliquent le recours à la fiction, car il importe de se projeter au-delà de la mort pour faire comme si elle n'avait pas eu lieu. La fiction se définit comme un « artifice de technique juridique, "mensonge de la loi" (et *bienfait* de celle-ci) consistant à "faire comme si", à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit »<sup>25</sup>. Reconnaître une existence juridique minimale à l'enfant mort-né, un état à la personne qui en a été privé à la suite de la mort d'autrui, nécessite de faire comme s'il n'y avait pas eu de décès. Cette projection au-delà de la mort est faite dans l'intérêt de celui qui reste.

Afin d'apporter un apaisement aux parents confrontés à la perte d'un enfant mort-né, le droit leur donne la possibilité d'obtenir son inscription à l'état civil, afin que, par la reconnaissance de son existence juridique, les parents puissent faire leur deuil dans de bonnes conditions (**Chapitre 1**). La mort peut aussi avoir détruit un projet longuement mûri, qui devait aboutir, pour ceux qui le portaient, à l'établissement d'un état. Du fait de cette perte, le survivant souffre d'un bouleversement dans ses conditions d'existence. À cette souffrance, le droit apporte son remède par la reconnaissance *post mortem* de l'état recherché (**Chapitre 2**).

---

<sup>23</sup> F. ROUVIÈRE, « La difficulté d'exister du sexe neutre », *RTD civ.* 2017. 947.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Fiction, p. 408.



## Chapitre 1 : L'apaisement du mal-être par la reconnaissance juridique de l'enfant mort-né

### **262. Reconnaître juridiquement l'existence d'un enfant non déclaré à l'état civil.**

L'entrée sur la scène du droit est envisagée à l'article 55 du Code civil, qui dispose que « les déclarations de naissance sont faites dans les cinq jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu ». En raison de l'empêchement de la mère, c'est en général au père qu'incombe l'heureuse tâche de déclarer son enfant<sup>1</sup>. Malgré la baisse significative de la mortalité périnatale au cours des dernières décennies, il arrive encore que des femmes accouchent d'enfants mort-nés, ou vivants mais non viables. Dans ces circonstances, l'impossible déclaration de naissance, qui contrarie l'accès de ces enfants à la scène du droit, pose la question de leur reconnaissance juridique et, à travers elle, l'accompagnement des parents confrontés à la détresse de la perte. À cette question, l'acte d'enfant sans vie apporte une réponse aussi bien sur un plan juridique que sur un plan humain. Il est à noter que le recours à la fiction est en l'occurrence nécessaire du fait que l'enfant n'a d'existence juridique qu'une fois né vivant et viable. Alors que son entrée sur la scène du droit était *a priori* compromise, la reconnaissance juridique de son existence par le truchement de l'acte d'enfant sans vie la rend possible.

**263. L'acte de présentation d'un enfant sans vie.** C'est un décret du 4 juillet 1806<sup>2</sup> qui a posé les fondations de l'acte d'enfant sans vie. Dans le cas où un enfant était décédé à la naissance, son cadavre devait être présenté à l'officier d'état civil afin qu'il fût inscrit sur les registres de décès qu'un enfant lui avait été présenté sans vie. L'identité des parents y était mentionnée, ainsi que la date et l'heure de l'accouchement. Toutefois, les parents n'avaient pas la possibilité de nommer leur enfant. Aucune distinction n'étant alors faite entre l'enfant décédé au cours de la grossesse ou né vivant mais non viable, et celui qui, viable, aurait vécu avant d'être présenté mort à l'officier d'état civil, une contestation en justice devait être effectuée pour que l'existence juridique de ce dernier fût reconnue. Comme ont pu le faire observer Planiol et Ripert dans leur *Traité élémentaire de droit civil*, « la loi n'a pas voulu qu'une question aussi grave fût préjugée par la déclaration d'une personne qui n'a aucun caractère

---

<sup>1</sup> C. civ., art. 56. – La mère n'est pas débitrice de cette obligation. Voir sur ce point Cass. crim., 10 sept. 1846, *DP* 1847. 1. 302.

<sup>2</sup> Décr., 4 juill. 1806 ; *Bull. des Lois*, 4e S., B. 104, n° 1744.

public et qui a peut-être intérêt à mentir »<sup>3</sup>. L'on pense notamment aux conséquences que cette déclaration aurait pu avoir en matière successorale<sup>4</sup>. Cela étant observé, même si l'inscription faite à l'état civil était minimale, elle n'en restait pas moins décisive sur un plan ontologique, car elle rendait compte de la vie d'un être humain. Le Professeur Pierre Murat rappelait en ce sens que cette inscription permet de trouver une place « dans une typologie juridique qui depuis l'antiquité romaine divise abstraitement le monde entre personnes, choses et actions »<sup>5</sup>. Par son inscription sur le registre des décès, l'enfant sans vie se trouvait rattaché à la communauté humaine, même si on lui déniait la qualité de sujet de droit. Il est à noter qu'un véritable « acte d'enfant sans vie » a pu être rédigé après que la loi du 20 novembre 1919 a mis fin à l'obligation de présenter l'enfant né à l'officier de l'état civil.

**264. Causes et incidences de la réforme de 1993.** Issu de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, l'article 79-1 du Code civil règle la question autrement<sup>6</sup>. Une distinction est faite entre l'enfant « né vivant et viable » et celui qui ne l'est pas. Concernant le premier, un acte de naissance et un acte de décès sont dressés par l'officier d'état civil sur la base d'un certificat médical. Bien que son existence ait été courte, l'enfant est considéré comme sujet de droit. Pour les parents, le changement est important, car il ne leur est plus nécessaire d'agir en justice pour que l'enfant entre sur la scène juridique. Au contraire, concernant l'enfant mort-né ou né vivant mais non viable, l'officier d'état civil dresse un acte d'enfant sans vie, qui est inscrit sur les registres de décès lorsque la commune dispose de registres spéciaux concernant chaque catégorie d'acte ; ou, à défaut de registres spéciaux, sur un registre commun. L'acte mentionne la date et le lieu de l'accouchement, ainsi que l'identité, le domicile et la profession des père et mère.

L'abrogation du décret de 1806 par l'adoption de ce nouveau dispositif s'imposait à double titre. Il s'agissait, d'une part, de tenir compte du fait que la plupart des accouchements se faisaient alors en institution ou étaient au moins encadrés médicalement, ce qui limitait les

---

<sup>3</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 12<sup>e</sup> éd., 1935, n° 495.

<sup>4</sup> S. BREZILLON, JCI Notarial, fasc. 39, 2019, n° 4.

<sup>5</sup> P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS* 1995. 451.

<sup>6</sup> Sur le texte issu de la réforme, voir Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Introduction Biens Personnes Famille*, Sirey, coll. Université, 20<sup>e</sup> éd., 2018, n° 755. – F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, Dalloz, coll. Précis, 8<sup>e</sup> éd., 2012, n° 229. – A. MARAIS, *Droit des personnes*, Dalloz, coll. Cours, 3<sup>e</sup> éd., 2018, n° 13-14. – S. BREZILLON, JCI Notarial, fasc. 39, 2019, n° 9 et s.

risques de déclaration frauduleuse<sup>7</sup> ; d'autre part, que des raisons d'ordre psychologique commandaient de permettre l'inscription de l'enfant né vivant et viable à l'état civil, alors que le constat était fait que « les parents qui sont confrontés à la situation douloureuse d'un enfant né viable, décédé avant sa déclaration à l'état civil, ne comprennent pas que leur soit refusé l'enregistrement de la naissance »<sup>8</sup>. Au reste, ce trouble explique sûrement le fait qu'il n'était pas fréquent que des parents entreprissent une saisine de la justice pour faire reconnaître leur enfant né vivant et viable, malgré les incidences que cela pouvait entraîner sur la scène du droit<sup>9</sup>.

Ces considérations d'ordre psychologique rendent compte de la souffrance vécue par les parents qui connaissent un deuil périnatal. À une époque où les parents « investissent l'enfant de manière beaucoup plus intense qu'ils ne pouvaient le faire auparavant »<sup>10</sup> grâce aux progrès de l'imagerie médicale<sup>11</sup>, celle-ci ne pouvait plus être ignorée.

### **265. L'abaissement du seuil de viabilité dans un souci d'apaisement des parents.**

Pourtant, la souffrance des parents se trouvait avivée par le fait que la circulaire d'application du 3 mars 1993 conditionnait l'établissement de l'acte d'enfant sans vie au franchissement d'un seuil de viabilité fixé à 180 jours de gestation. Cette exigence présentait un décalage avec la définition que l'OMS donnait de la viabilité depuis 1977 en fixant pour limite un poids de 500 grammes ou 20 semaines de gestation. Or, dans l'hypothèse dans laquelle le seuil de 180 jours n'était pas atteint, l'impossibilité d'obtenir une inscription dans les registres de l'état civil était de nature à aggraver cette souffrance, car la reconnaissance sociale de leur enfant leur était alors refusée. Un auteur l'exprimait en ces termes : « Les personnels soignants confrontés au décès périnatal soulignent à quel point la souffrance des parents peut être aggravée par la difficulté qu'ils rencontrent pour faire coïncider l'objet de leur deuil, qui pour eux est incontestablement un enfant, avec l'image que leur en renvoie la société »<sup>12</sup>. L'abaissement du seuil de viabilité par la circulaire du 30 novembre 2001 relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance, apportait de la

---

<sup>7</sup> F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, op. cit.*, n° 229.

<sup>8</sup> Sénat, Rapport n° 76 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur la proposition de loi relative aux enfants déclarés sans vie à l'officier d'état civil, présentée par A. ROUVIÈRE *et al.*, 2 déc. 1992, p. 52.

<sup>9</sup> S. BREZILLON, JCI Notarial, fasc. 39, 2019, n° 5.

<sup>10</sup> A. DORSNER-DOLIVET, Lamy Personnes Famille, n° 214-25.

<sup>11</sup> S. BREZILLON, JCI Notarial, fasc. 39, 2019, n° 2.

<sup>12</sup> V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », *D.* 1999.81.

cohérence par un alignement sur la définition qu'en donne l'OMS. Surtout, il était clairement « destiné à faciliter le travail de deuil des parents »<sup>13</sup>, en leur permettant d'obtenir l'établissement de cet acte en cas de naissance d'un enfant vivant mais non viable, ou d'un enfant mort-né après 20 semaines de gestation, ou dont le poids est supérieur à 500 grammes.

La même évolution peut être observée en matière funéraire. Avant la présentation de la circulaire du 30 novembre 2001, la souffrance des parents était aggravée par le fait qu'en-deçà de ce seuil de 180 jours de gestation, il n'était pas envisageable, sauf tolérance locale, d'obtenir un permis d'inhumation. À l'époque où il était exigé de présenter le cadavre de l'enfant sans vie à l'officier de l'état civil, le juge répressif commandait toutefois de s'en abstenir chaque fois que cette présentation était de nature à « blesser la pudeur publique »<sup>14</sup>. Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, lorsque six mois de gestation ne s'étaient pas écoulés, celle-ci ne devait pas avoir lieu, car « l'être qui vient au monde avant ce terme, privé non seulement de la vie, mais des conditions organiques indispensables à l'existence, ne constitue qu'un produit innomé et non un « enfant », dans le sens que le législateur a attaché à cette expression ; que ce n'est point en vue d'un pareil être qui, suivant que sa venue au jour se rapproche davantage de l'époque de la conception, peut ne pas même présenter les signes distinctifs de la forme humaine, que le décret du 4 juillet 1806 a prescrit la présentation du cadavre du tout petit enfant mort-né à l'officier d'état civil »<sup>15</sup>. Ce seuil a été maintenu malgré l'évolution de la législation qui, en 1919, mit fin à l'obligation de présentation du cadavre de l'enfant sans vie. Cela a eu pour conséquence de compliquer le travail de deuil des parents, qui se trouvaient dans l'impossibilité d'organiser les funérailles de leur enfant. Ce travail « exige une sépulture au sens étroit du terme, c'est-à-dire un espace de terrain où est effectivement ensevelie la dépouille mortelle »<sup>16</sup>. Si l'enfant était fréquemment incinéré et ses cendres dispersées dans un jardin du souvenir, cela n'était certainement pas suffisant pour permettre le recueillement. En outre, l'enfant était assimilé aux déchets hospitaliers voués à l'incinération, ce qui ne pouvait qu'ajouter une souffrance supplémentaire à la peine légitime des parents. Le Professeur Pierre Murat a qualifié ce seuil des 180 jours de « cruel »<sup>17</sup>, tandis qu'un autre auteur trouvait

---

<sup>13</sup> Rép. min. n° 1075 ; *JO AN Q*, 2 déc. 2002, p. 4670, J.-M. FERRAND.

<sup>14</sup> Cass. crim., 7 août 1874 ; *S.* 1875. 41, note VILLEY.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », préc.

<sup>17</sup> P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », préc.

« infiniment choquant d'assimiler une dépouille humaine, quand bien même elle n'aurait jamais vécu de sa vie autonome, à un déchet »<sup>18</sup>. L'abaissement de ce seuil par la circulaire du 30 novembre 2001 était donc attendu. Pour les parents, cette évolution était source d'apaisement en ce qu'elle leur indiquait que « la société considère que ce projet de vie qui n'a pas abouti [...] a bien constitué un être humain »<sup>19</sup>.

**266. L'encadrement de l'acte d'enfant sans vie par voie réglementaire.** Malgré tout, il pouvait être reproché à ces circulaires, auxquelles on ne peut en principe prêter aucune valeur normative<sup>20</sup>, de fixer un seuil en-deçà duquel l'établissement de l'acte n'est pas permis, alors que l'article 79-1 du Code civil qui l'encadre n'opère aucune distinction. De plus, le fait de fixer un seuil de "viabilité" était en soi critiquable, puisque l'objectif de l'acte d'enfant sans vie n'est pas de lui attribuer la qualité de sujet de droit, mais de signifier son appartenance à la communauté des hommes en lui reconnaissant une existence juridique minimale. Pour ces raisons, la Cour de cassation, par trois arrêts rendus le 6 février 2008, a censuré les décisions de justice qui en ont repris les instructions<sup>21</sup>. L'on retrouve, dans chacun de ces arrêts, un même attendu final d'après lequel « l'article 79-1, alinéa 2, du code civil ne subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse ». C'était faire une application de l'adage *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. En s'affranchissant du critère de viabilité, la Haute juridiction de l'ordre judiciaire rappelait qu'« il ne s'agit pas pour l'officier d'état civil d'établir un acte de naissance suivi d'un acte de décès concernant une personne, mais seulement un acte d'enfant sans vie »<sup>22</sup>.

L'intervention du juge judiciaire ayant contribué à faire sourdre la crainte d'une reconnaissance de l'existence juridique de l'enfant à n'importe quel stade de la grossesse, qui serait « porteuse d'une logique de personnification de l'embryon menaçant, de façon sous-

---

<sup>18</sup> V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », préc.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Cass. com., 23 oct. 1950 ; *Bull. civ.* II, n° 302 ; *D.* 1951. 4. – Cass. civ., 23 oct. 1954, *GAJC*, n° 12. – Comp., Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189.

<sup>21</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 févr. 2008, n<sup>os</sup> 06-16.498, 06-16.499, 06-16.500 ; *D.* 2008. 483, obs. GUIOMARD ; *D.* 2008. 638, obs. CHAUVIN ; *AJ fam.* 2008. 165, obs. CHÉNEDÉ ; *Dr. fam.* 2008, n° 3, comm. 34, MURAT ; *LPA* 1<sup>er</sup> avr. 2008, note LATINA ; *RLDC* 2008/47, n° 2915.

<sup>22</sup> G. ROUJOU DE BOUBÉE, D. VIGNEAU, *D.* 2008. 1862, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 févr. 2008, n<sup>os</sup> 06-16.498, 06-16.499, 06-16.500.

jacente, la liberté des femmes d'interrompre leur grossesse »<sup>23</sup>, il était nécessaire de préciser à partir de quel stade l'on avait affaire à un "enfant sans vie". Un décret du 20 août 2008 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du Code civil<sup>24</sup> et un arrêté du même jour<sup>25</sup>, ont retenu pour limite une durée de gestation. Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> du décret, l'acte d'enfant sans vie ne peut être dressé par l'officier de l'état civil que sur production d'un certificat médical. Or, le modèle de certificat médical d'accouchement annexé à l'arrêté précise qu'un certificat médical ne peut pas être établi en cas de fausse couche précoce ou d'interruption volontaire de grossesse (IVG). Cela signifie que seule une durée suffisante de gestation ouvre la possibilité d'un certificat médical d'accouchement, et, partant, de l'établissement d'un acte d'enfant sans vie. Au regard des situations ne permettant pas la délivrance d'un certificat médical d'accouchement, notamment l'IVG, il y a lieu d'affirmer que seule la perte d'un enfant après le premier trimestre de grossesse est de nature à ouvrir la possibilité de l'établissement de cet acte. Cette limite se justifie, non seulement au regard du délai autorisant le recours à une IVG, mais encore par le fait qu'il est scientifiquement avéré que les fausses-couches précoces s'expliquent dans de nombreux cas par l'absence de viabilité de l'œuf, qui se trouve naturellement expulsé<sup>26</sup>. Autrement dit, il est considéré qu'il n'y a pas d'« enfant sans vie » lorsqu'une grossesse est stoppée précocement de façon naturelle ou, s'agissant d'une IVG, par volonté. Toutefois, le nouveau seuil n'étant pas strictement défini, les professionnels de santé ont une certaine marge d'appréciation. La circulaire du 19 juin 2009 relative à l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance<sup>27</sup> souligne elle-même que « la réalité d'un accouchement relève de l'appréciation médicale des praticiens ». Si l'écoulement du délai de douze semaines correspondant à la période pendant laquelle la femme peut solliciter une IVG<sup>28</sup>, constitue à n'en pas douter un minimum incompressible pour l'établissement de ce certificat, il y a lieu de constater que la nouvelle réglementation relative à

---

<sup>23</sup> G. LOISEAU, « L'acte II d'enfant sans vie », *Dr. fam.* 2010, n° 8, comm. 135.

<sup>24</sup> Décr. n° 2008-800, 20 août 2008, *JO* 22 août.

<sup>25</sup> Arrêté du 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie.

<sup>26</sup> Voir, par exemple, V. LEJEUNE, « Fausses-couches précoces répétées : bilan étiologique et prise en charge des grossesses ultérieures », *JGOBR* 2010, 39S, F11-F16.

<sup>27</sup> Circ. interministérielle DGCL/DACS/DHOS/DGS du 19 juin 2009 relative à l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance et de ceux pouvant donner lieu à un acte d'enfant sans vie, à la délivrance du livret de famille, à la prise en charge des corps des enfants décédés, des enfants sans vie et des fœtus.

<sup>28</sup> CSP, art. L. 2212-1.



l'établissement de l'acte d'enfant sans vie confère au pouvoir médical la détermination des situations dans lesquelles on a affaire à une fausse couche précoce. Selon la circulaire susvisée du 19 juin 2009, une fausse couche est dite précoce lorsqu'elle survient avant la quinzième semaine d'aménorrhée. Elle précise par ailleurs, et « en tout état de cause, [que] l'établissement d'un certificat médical d'accouchement implique le recueil d'un corps formé - y compris congénitalement malformé - et sexué, quand bien même le processus de maturation demeure inachevé et à l'exclusion des masses tissulaires sans aspect morphologique ». Là encore, l'appréciation médicale est décisive. Cette réglementation a été critiquée, le Professeur François Sauvage déplorant ainsi une « absence de délimitation » qui, d'après lui, « est susceptible de semer le doute chez les praticiens, qui auront pourtant la responsabilité de mettre en œuvre la distinction »<sup>29</sup>. Quant à Jean Hauser, il a fustigé le fait que « faute d'un seuil précis, qui valait ce qu'il valait, on s'en remet à une appréciation médicale, qui sera probablement assez arbitraire, sur la notion de fausse couche précoce »<sup>30</sup>.

**267. Un acte favorisant l'individualisation de l'enfant sans vie.** Lorsque les conditions de l'établissement d'un acte d'enfant sans vie sont réunies, les parents ont la possibilité d'en faire la demande à l'officier de l'état civil. La démarche est facultative, l'arrêté du 20 août 2008 précisant en ce sens que la délivrance du certificat médical d'accouchement l'est « en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie auprès de l'officier d'état civil (article 79-1, alinéa 2 du Code civil) ». Les parents restent libres de la suite à donner. Avant le décret et l'arrêté du 20 août 2008, il semblait pourtant – sur la base d'une interprétation de l'article 79-1 qui, n'employant pas le conditionnel, ne laissait *a priori* aucune alternative – que l'établissement de l'acte était impératif<sup>31</sup>. En pratique, « les médecins établissent déjà et continueront d'établir systématiquement des certificats d'accouchement pour les enfants non viables ou mort-nés qui ne manqueront pas de permettre la confection d'un acte d'état civil, la déclaration pouvant être faite soit par les parents qui, comme on l'a déjà dit, y ont intérêt, soit par un tiers, à savoir le plus souvent, les services de l'établissement où l'accouchement a eu lieu »<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> F. SAUVAGE, « L'acte d'enfant sans vie discrètement réglementé », *AJ fam.* 2008. 392.

<sup>30</sup> J. HAUSER, « Actes d'enfant sans vie (suite et fin ?) ou la démission du législateur », *RTD civ.* 2008. 652.

<sup>31</sup> S. BREZILLON, *JCI Notarial*, fasc. 39, 2019, n° 18. – J. MASSIP, « Actes d'enfants sans vie : les deux décrets du 20 août 2008 », *Gaz. Pal.* 18 nov. 2008, n° GP20081118001, p. 2.

<sup>32</sup> J. MASSIP, « Actes d'enfants sans vie : les deux décrets du 20 août 2008 », préc.

Lorsque l'acte est établi, l'enfant mort-né est juridiquement reconnu. Toutefois, n'étant pas né vivant et viable, il ne dispose d'aucune personnalité juridique, ce qui a pour conséquence de ne pas lui accorder de filiation<sup>33</sup> et donc de nom. S'ils « en expriment le désir »<sup>34</sup>, les parents ont néanmoins la possibilité de lui attribuer un ou plusieurs prénoms, cela étant de nature à contribuer à son individualisation. Notons que cette faculté leur était ouverte bien avant la réforme de 1993, puisque l'on en trouve trace dans l'instruction générale relative à l'état civil de 1955<sup>35</sup>. Lorsque les parents disposent d'un livret de famille, il peut y être fait mention de l'existence de l'enfant sans vie, et, le cas échéant, de ses prénoms. Depuis la circulaire du 19 juin 2009, les parents ont également la faculté, lorsqu'ils ne sont pas mariés et qu'il s'agit de leur premier enfant, de demander la délivrance d'un livret de famille. C'est ainsi que, juridiquement, par la naissance d'un enfant sans vie, une famille se constitue ou, dans l'hypothèse dans laquelle existent des aînés, vient à s'agrandir. Dans tous les cas, son inscription au sein du livret de famille le place « au cœur [d'une] histoire familiale » selon la belle expression employée par le Professeur François Sauvage<sup>36</sup>.

**268. Un acte nécessaire à l'organisation de ses funérailles.** Grâce à cette reconnaissance juridique, les obsèques de l'enfant peuvent être organisées. Rappelons qu'avant la présentation de la circulaire du 30 novembre 2001, seuls pouvaient y prétendre les enfants nés vivants mais non viables, et ceux mort-nés après une gestation de plus de 180 jours. Le nouveau cadre réglementaire permet à présent l'organisation des obsèques de ceux décédés *in utero* au cours du deuxième trimestre de grossesse. Le changement est important en tant qu'il permet aux parents de se recueillir sur la dépouille d'un être dont le corps n'était pas nécessairement parvenu à un degré de maturation suffisant, mais qui était malgré tout rattachable à la communauté humaine car formé et sexué. Cela est conforme à la jurisprudence européenne qui, sur la question des funérailles de l'enfant mort-né, a condamné la Suisse par un arrêt rendu le 14 février 2008. Dans cette affaire *Hadri-Viollet*, les autorités ont en effet refusé que l'enterrement d'un enfant sans vie, né au cours de la 27<sup>e</sup> semaine de grossesse – ce qui correspond à la fin du 6<sup>ème</sup> mois de grossesse –, soit accompagné d'une cérémonie et n'ont

---

<sup>33</sup> Voir, selon une opinion courante, C. civ., art. 318, et, également, IGREC, 11 mai 1999, § 467. – Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Introduction Biens Personnes Famille, op. cit.*, n° 828. – S. BREZILLON, JCI Notarial, fasc. 39, 2019, n° 26. – Voir notre critique, *infra* n° 272.

<sup>34</sup> IGREC, 11 mai 1999, § 467-2.

<sup>35</sup> S. BREZILLON, JCI Notarial, fasc. 39, 2019, n° 24.

<sup>36</sup> F. SAUVAGE, « L'acte d'enfant sans vie discrètement réglementé », préc.

à aucun moment consulté les proches sur cette question ainsi que celle du transport du corps. La CEDH a estimé qu'il y avait violation du droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante, étant constaté que « l'officier d'état civil a procédé à l'enterrement sans avoir consulté les proches » et que « l'inhumation n'a pas été organisée par les proches »<sup>37</sup>. Cependant, les parents peuvent aussi bien ne pas souhaiter organiser de funérailles, auquel cas l'établissement de santé dispose de deux jours francs « pour prendre les mesures en vue de procéder, à sa charge, à la crémation du corps de l'enfant pouvant être déclaré sans vie à l'état civil ou, lorsqu'une convention avec la commune le prévoit, en vue de son inhumation par celle-ci »<sup>38</sup>.

**269. Un acte permettant la reconnaissance sociale des parents.** Les parents sont aussi reconnus comme tels par la société, mais dans des conditions qui sont propres à la législation sociale<sup>39</sup>. Une condition de viabilité de l'enfant, à laquelle n'est plus soumis l'établissement de l'acte d'enfant sans vie, est ainsi requise pour que les parents puissent réclamer un congé de paternité et de maternité<sup>40</sup>. Ils seront alors tenus de présenter un acte d'enfant sans vie<sup>41</sup>. Pour la prime de naissance, les droits sont ouverts « le premier jour du mois civil suivant le cinquième mois de la grossesse »<sup>42</sup> – ce qui correspond peu ou prou aux seuils de viabilité fixés par l'OMS –, et à condition que « la passation du premier examen prénatal médical obligatoire de la mère prévu en application de l'article L. 2122-1 du code de la santé publique »<sup>43</sup> soit justifiée. Par contre, la seule présentation d'un acte d'enfant sans vie suffit à permettre l'obtention d'une majoration du montant de la pension de retraite, qui est de 10 % à partir du troisième enfant<sup>44</sup>. En outre, la naissance d'un enfant sans vie permet à la femme d'obtenir une majoration de durée d'assurance vieillesse s'élevant à quatre trimestres du fait de l'incidence que la période de

---

<sup>37</sup> CEDH, 14 févr. 2008, aff. *H.-V. c/ Suisse*, n° 55525/00 ; *D.* 2008. 1435, obs. GALLOUX.

<sup>38</sup> CSP, art. R. 1112-76.

<sup>39</sup> Voir dans le détail, S. BREZILLON, *JCI Notarial*, fasc. 39, 2019, n° 39.

<sup>40</sup> Pour la maternité, voir CSS, art. L. 331-3, L. 331-4 et R. 331-5.

<sup>41</sup> Voir, pour le père, l'Arrêté du 3 mai 2013 fixant la liste des pièces justificatives à fournir pour bénéficier de l'indemnisation du congé de paternité et d'accueil de l'enfant, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>42</sup> CSS, art. R. 531-1.

<sup>43</sup> CSS, art. L. 533-1.

<sup>44</sup> CSS, combinaison art. L. 351-12 et R. 351-30. – Voir également Cass. soc., 30 janv. 2003, n° 00-21.232 ; *RJS* 2003, n° 525. Selon la chambre sociale, l'ignorance de ce droit à majoration ne peut être considérée comme une impossibilité d'agir, de sorte que la prescription de droit commun peut être opposée au parent qui ignorait son droit à la majoration légale.

grossesse et que l'accouchement ont pu avoir sur sa vie professionnelle<sup>45</sup>. Ainsi, l'ensemble des droits sociaux relatifs à la naissance d'un enfant bénéficient aux parents de l'enfant mort-né. L'attribution de ces droits participe à l'apaisement des souffrances éprouvées par les parents, puisqu'à travers eux, et au-delà de l'aspect pécuniaire, sont reconnues l'existence de l'enfant et leur qualité de parent. Au contraire, l'allocation de base, qui vise « à compenser le coût lié à l'entretien de l'enfant »<sup>46</sup>, requiert la présentation d'un acte de naissance pour qu'un versement puisse intervenir.

**270. Un acte levant le doute quant à l'appartenance de l'enfant sans vie à l'humanité.** La reconnaissance juridique de l'enfant sans vie, qui l'arrache au domaine des choses auquel il était auparavant destiné, est de nature à faciliter l'apaisement du mal-être des parents. Les parents eux-mêmes sont reconnus en cette qualité puisque des droits sociaux leur sont attribués. S'il ne peut y avoir un effacement de la souffrance, qui est incommensurable et s'analyse comme une fragmentation de l'être<sup>47</sup>, celle-ci peut malgré tout être atténuée, apaisée, par la reconnaissance de l'être perdu. Comme nous l'avons souligné dans de précédents développements relatifs au préjudice d'affection, dans l'immédiateté de la perte, la personne vit une crise de la sensibilité dans laquelle se mêlent tristesse et colère<sup>48</sup>, avant que ne s'installe un état de mal-être qui révèle son extrême « morcellement »<sup>49</sup>. Concernant les situations de deuil périnatal, il semble important de préciser la confusion psychique et le désordre existentiel induits par la perte d'un enfant attendu, annoncé, et dont les parents préparaient la venue au monde. Des auteurs spécialisés en psychologie et psychopathologie, qui ont travaillé sur le processus de deuil en s'appuyant sur des situations cliniques de mort anténatale, ont affirmé que les parents, pour mener à bien ce processus de deuil et, partant, « continuer à vivre avec la perte (et non pas à vivre sans le disparu) », « doivent intégrer dans un même mouvement psychique la naissance et le décès : accoucher pour donner la mort au lieu de donner la vie, et renoncer à rencontrer cet autre, inventé de toutes pièces par les espoirs et idéalizations qui sont

---

<sup>45</sup> CSS, art. L. 351-4. – Voir également Circ. CNAV 2004/22, 30 avr. 2004, portant sur les modalités d'application de l'article 32 (I) de la loi du 21 août 2003 relatif à la majoration de durée d'assurance pour enfant.

<sup>46</sup> CSS, art. L. 531-1.

<sup>47</sup> R. LE BERRE, « Le deuil comme épreuve de la relation : une approche philosophique de la perte », *Kinesither Rev.* 2016, 16, p. 27-34.

<sup>48</sup> Voir, pour la perte d'un enfant, J.-M. COQ, H. ROMANO, R. SCHELLES, « La mort d'un enfant : processus de deuil dans le groupe familial », *Neuropsychiatr Enfance Adolesc* 2011 ; 59 ; 356-361

<sup>49</sup> R. LE BERRE, « Le deuil comme épreuve de la relation : une approche philosophique de la perte », préc., p. 29.

les prémisses de la relation de la mère à son enfant dès la vie anténatale »<sup>50</sup>. Si les auteurs évoquent la mère, ils n'ignorent pas le père qui, lui aussi, est concerné, mais demeure moins sujet aux difficultés et complications psychiques et existentielles suscitées par la perte de l'enfant. Ces complications tiennent précisément au statut incertain de l'enfant à naître, étant observé que « le fœtus a un statut particulièrement ambigu : non-né, il n'est vivant qu'en tant qu'il appartient au corps de la mère »<sup>51</sup>. L'enfant simplement conçu n'est que *pars viscerum matris*. Cela est de nature à perturber les relations familiales et amicales, puisque « pour le couple, ou pour la mère seulement, un enfant est mort ; pour les proches, il s'agit d'un désir d'enfant contrarié et le chagrin du couple peut sembler disproportionné, voire illégitime et délétère »<sup>52</sup>. La tentation du repli est, au stade du processus de deuil, une des voies empruntables, et d'autant plus empruntable que la singularité de la perte d'un enfant « demande à ses parents un long processus de remaniement et d'élaboration psychique, marqué par un douloureux sentiment de solitude et l'impression d'être foncièrement différents des autres et étrangers à leur vie »<sup>53</sup>. La reconnaissance juridique de cet être humain est donc un élément décisif dans ce processus de deuil, qui contribue à l'apaisement des parents en levant la confusion autour de l'appartenance de l'enfant sans vie à l'humanité. Pouvoir le nommer, organiser ses funérailles, être reconnu en tant que parents à travers l'inscription à l'état civil et l'attribution de droits sociaux, facilitent l'acceptation de la perte et, partant, la réussite du processus de deuil.

**271. Vers la reconnaissance d'un état.** Cela étant considéré, ne faudrait-il pas, toujours dans ce souci d'atténuer le mal-être des parents, reconnaître à l'enfant un état qui l'intégrerait durablement dans une famille ? Dans cette perspective, la reconnaissance juridique de l'enfant serait plus aboutie même si, à l'instar du mariage ou de l'adoption posthumes, les effets qui y seraient associés resteraient limités, étant donné que l'enfant n'aurait pas de personnalité juridique.

Pour le moment, l'individualisation de l'enfant mort-né se limite à l'attribution d'un ou de plusieurs prénoms et à son inscription sur le livret de famille. Mais aucun statut ne lui est

---

<sup>50</sup> A. COGNET, C. MASSON, « Souviens-toi. Processus de deuil, processus de création », *Evol. psychiatr.* 2019; 84 (4), p. 540-541.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 542.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 543.

<sup>53</sup> J.-M. COQ, H. ROMANO, R. SCELLES, « La mort d'un enfant : processus de deuil dans le groupe familial », *préc.*, p. 358.

reconnu. L'enfant n'a pas de filiation, et donc pas de nom. Son rattachement se limite à la *famille* entendue au sens strict, c'est-à-dire aux personnes avec lesquelles on vit – le couple et les enfants –, et non à une lignée. Pourtant, au regard de l'évolution de la jurisprudence européenne, cette position interroge. Nous pouvons notamment nous demander si, par son maintien, la France ne se mettrait pas en porte à faux avec ses engagements. Dans un arrêt *Znamenskaya c/ Russie* du 2 juin 2005<sup>54</sup>, la CEDH a condamné la Russie pour avoir jugé irrecevable la demande d'une mère, qui, après avoir perdu son enfant au cours de la grossesse, demandait une modification de la mention du père à l'état civil ainsi qu'une modification des prénoms et nom de l'enfant. En jugeant la demande irrecevable, la Russie a méconnu le droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante, étant fait observer que la grossesse était à un stade avancé et qu'un lien étroit avait été noué entre la mère et son enfant. La Cour de Strasbourg précise que la filiation de l'enfant entre dans le champ de la vie privée de la mère (§ 27). Cet arrêt est intéressant en tant qu'il met en lumière les faiblesses de notre droit positif. Celui-ci reconnaît certes juridiquement l'enfant mort-né, mais ne lui accorde aucun statut. Or, la Cour de Strasbourg souligne l'importance du lien charnel et affectif qui se noue dans le sein de la mère et, partant, l'humanité de l'enfant. Sa filiation est envisagée, ce que refuse pourtant notre droit interne. Par cet arrêt, l'on s'achemine « vers un statut juridique de l'enfant mort-né »<sup>55</sup>, même s'il faudrait l'adapter au fait que l'enfant est né sans vie, par exemple en ne lui attribuant pas de personnalité juridique. Le Professeur Jean-Pierre Marguénaud a soutenu qu'il « est permis de se demander si un fœtus humain qui a été pratiquement mené jusqu'au terme de la grossesse par une femme ayant noué avec lui un lien étroit, auquel il convient de donner une sépulture, une filiation et un nom, n'est pas revêtu d'une sorte de personnalité posthume qui, comme le mariage posthume, n'aurait que des effets symboliques »<sup>56</sup>.

**272. Contours d'un éventuel état.** La création d'un statut contribuerait à la complète individualisation de l'enfant, qui serait ainsi nommé et inscrit dans une chaîne générationnelle, ce qui lui est actuellement refusé. Il n'est pas ici question de reconnaître à l'enfant sans vie la personnalité juridique, mais de lui attribuer malgré tout un état, car « cet enfant a, comme tous les autres sans distinction, des parents »<sup>57</sup>. Juridiquement, cette dissociation de l'acquisition de

---

<sup>54</sup> CEDH, 2 juin 2005, aff. *Znamenskaya c/ Russie*, n° 77785/01 ; *JCP* 2005. I. 179, obs. SUDRE ; *RTD civ.* 2005. 737, obs. MARGUÉNAUD.

<sup>55</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD civ.* 2005. 737, préc.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> N. BAILLON-WIRTZ, « La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit

la personnalité juridique et de l'établissement d'une filiation est concevable. Un auteur a ainsi fait observer que « la question de savoir si l'établissement d'une filiation présuppose nécessairement l'acquisition d'une personnalité juridique et si sa constatation peut être admise pour des êtres humains sans vie, n'a pas encore reçu de réponse certaine et définitive »<sup>58</sup>. Un autre est toutefois plus catégorique, qui affirme que « ce n'est pas parce qu'il n'a pas de personnalité juridique que l'enfant né sans vie n'est l'enfant de personne et est dépourvu de filiation »<sup>59</sup>. En procédant à cette dissociation, l'enfant aurait une filiation, le rattachant ainsi à une famille, et donc à un nom ; un sexe ; une nationalité<sup>60</sup>. Cela aurait le mérite de lui donner une place au sein du corps social malgré la brièveté de son existence. Contrairement à ce qui a pu être soutenu<sup>61</sup>, l'article 318 du Code civil n'est en rien un obstacle à la reconnaissance de sa filiation, et donc de son état. Rappelons que cet article dispose qu' « aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable ». Cela signifie que l'on ne peut intenter une action aux fins d'établissement ou en contestation de la filiation concernant un enfant sans vie. Mais cela ne signifie pas que cet enfant serait nécessairement dépourvu de filiation. Surtout, cela permettrait de mettre fin au dispositif actuel dont on peut souligner l'incomplétude et l'ambiguïté. L'enfant sans vie est inscrit dans le livret de famille, reçoit parfois un ou plusieurs prénoms, mais on lui refuse pourtant une filiation et un nom. Cela manque de cohérence. Le Professeur Mathias Latina s'étonnait de cette configuration : « Étrange est donc la situation qui voit, d'un côté, « des père et mère », de l'autre, « un enfant sans vie » et, entre les deux, aucun lien véritable »<sup>62</sup>. Le Professeur Pierre Murat constate lui aussi que « l'acte d'enfant sans vie individualise sans faire monter sur la scène du droit ; c'est un acte de l'état civil qui ne donne aucun état civil : de là son ambiguïté »<sup>63</sup>. La reconnaissance d'un état qui n'aurait pas d'autre effet que d'attribuer une filiation, un sexe et une nationalité à l'enfant sans vie, permettrait l'achèvement d'un dispositif favorable à l'apaisement du mal-être des parents. En revanche,

---

français », *Dr. fam.* 2007, n° 4, étude 13.

<sup>58</sup> S. BREZILLON, *JCI Notarial*, fasc. 39, 2019, n° 26.

<sup>59</sup> J. MASSIP, « Actes d'enfants sans vie : les deux décrets du 20 août 2008 », préc.

<sup>60</sup> Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Introduction Biens Personnes Famille*, *op. cit.*, n° 812 et s.

<sup>61</sup> L. DARGENT, « Enfant né sans vie : inscription sur le registre d'état civil », *D.* 2008. 2061. – F. CHÉNEDÉ, *AJ fam.* 2008. 165, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 févr. 2008, n<sup>os</sup> 06-16.498, 06-16.499, 06-16.500.

<sup>62</sup> M. LATINA, *LPA* 1<sup>er</sup> avr. 2008, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 févr. 2008, n<sup>os</sup> 06-16.498, 06-16.499, 06-16.500.

<sup>63</sup> P. MURAT, *Dr. fam.* 2008, n° 3, comm. 34 sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 févr. 2008, n<sup>os</sup> 06-16.498, 06-16.499, 06-16.500.

l'enfant n'aurait pas la qualité de sujet de droit. Il ne serait pas en capacité de recevoir entre vifs<sup>64</sup> ou de succéder<sup>65</sup>, car « la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable »<sup>66</sup>.

### **273. Une reconnaissance indispensable à l'apaisement du mal-être des parents.**

Cette perspective doit être encouragée, mais pas uniquement parce que la France s'expose à une condamnation de la Cour de Strasbourg depuis l'arrêt *Znamenskaya c/ Russie*. La question du statut de l'enfant mort-né mobilise principalement des considérations humaines. Dans la mesure où la réussite du processus de deuil dépend de la capacité de la personne à vivre avec la perte, il est nécessaire que le droit positif inscrive l'enfant dans la lignée qu'il a marquée de son empreinte. La mise en place de ce statut est d'autant plus crédible qu'elle a déjà été envisagée et présentée par l'ancien défenseur des droits, Jean-Paul Delevoye, qui avait souligné l'impérieuse nécessité, après la découverte de fœtus dans la chambre mortuaire d'un hôpital parisien, de traiter « de manière identique l'ensemble des enfants décédés avant la déclaration de naissance »<sup>67</sup>.

**274. Conclusion de chapitre.** La reconnaissance juridique de l'enfant conçu puis mort-né ou né vivant mais non viable dans le cadre de l'acte d'enfant sans vie, contribue à l'apaisement du mal-être de ses parents, car cet acte lève le doute quant à l'appartenance de l'enfant sans vie à l'humanité et participe à la reconnaissance du statut de père ou de mère. Auparavant, les difficultés d'organisation des funérailles de l'enfant né trop précocement et l'assimilation de ce dernier à un déchet hospitalier voué à l'incinération alimentaient l'idée selon laquelle celui-ci n'était qu'une chose. Surtout, l'impossibilité d'inscrire cette vie sur les registres de l'état civil faisait obstacle à son rattachement à une généalogie. Pourtant, ce dernier est décisif pour ceux qui attendaient cet enfant et venaient, par sa conception, de fonder une famille ou de l'agrandir. En permettant l'établissement d'un acte d'enfant sans vie, le législateur entend les souffrances des parents en y apportant un remède. Malgré cela, il y a lieu de douter du caractère suffisant de ce dispositif qui permet, au plus, de prénommer l'enfant. Si, par son inscription sur le livret de famille, il se trouve indirectement rattaché à ses parents, ces derniers n'ont aucun lien de filiation à son égard. Sans état, l'enfant sans vie n'est pas complètement

---

<sup>64</sup> C. civ., art. 906.

<sup>65</sup> C. civ., art. 725.

<sup>66</sup> C. civ., art. 906, al. 3.

<sup>67</sup> J.-P. DELEVOYE, « Des propositions de réforme pour les fœtus », *RJPF* 2005-9/4.



individualisé, ni rattaché à une chaîne générationnelle. Toujours dans ce souci d'apaiser les parents par la reconnaissance juridique de leur enfant, et compte tenu de la probable inconventionnalité du dispositif actuel, il semble nécessaire de procéder à sa refonte, de telle façon que l'enfant sans vie soit rattaché à ses parents par un lien de filiation et se voie attribuer un nom. N'étant pas né vivant et viable, aucune personnalité juridique ne lui serait reconnue, mais son inscription dans l'histoire serait scellée. Cela étant observé, alors que la fiction permet utilement dans cette hypothèse de se projeter par-delà la mort pour apporter aux parents un apaisement de leurs souffrances par l'établissement de l'acte d'enfant sans vie, elle permet également, dans d'autres circonstances malheureuses, et toujours dans la perspective d'un apaisement du mal-être, d'octroyer aux survivants l'état qu'ils recherchaient et que la mort leur a empêché d'atteindre.



## **Chapitre 2 : L'apaisement du mal-être par la reconnaissance d'un état**

**275.** Lorsque la souffrance n'est pas injustement subie par une personne, le droit n'a pas en principe vocation à intervenir. Ce qui relève des aléas de la vie doit être assumé, quel qu'en soit le coût humain. Pourtant, certaines situations dramatiques ont été prises en considération. Il arrive en effet que, par la mort d'une personne, un projet soit compromis, qui devait aboutir au changement d'état de ceux qui le portaient. Le trouble ainsi jeté dans la vie des survivants est important, car selon le statut auquel on accède, une démarche intérieure est à l'œuvre. Ainsi pour se marier, pour adopter. Non seulement la mort compromet l'accession au statut recherché, mais vient aussi rompre un processus affectif et intrapsychique. C'est au cours de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle que des dispositifs ont été conçus et adoptés par le législateur, qui avaient pour objectif, par le truchement d'une fiction de survie, de permettre au survivant d'accéder au statut auquel il s'était préparé et ainsi d'apaiser son mal-être. Nous les envisagerons en commençant par le plus ancien, le mariage posthume (**Section 1**), avant d'évoquer l'adoption posthume (**Section 2**).

### **Section 1 : Le mariage posthume**

**276. Répondre à un drame.** Dès l'origine, le mariage posthume a été conçu comme un dispositif destiné à apaiser une souffrance existentielle. Le drame consécutif à la rupture du barrage de Malpasset en a été l'élément déclencheur. Pourtant de construction récente, ce barrage n'a pas supporté d'importantes précipitations et s'est rompu le 2 décembre 1959. Cet événement a eu des conséquences dramatiques aussi bien sur le plan humain que matériel. Parmi les 423 victimes se trouvait en particulier un futur époux dont la fiancée était enceinte, alors que le mariage était prévu dans les jours à venir. À une époque où, juridiquement, le fait que l'enfant naquît dans le mariage avait une importance, notamment d'un point de vue patrimonial, l'impossibilité de faire aboutir ce mariage allait avoir des conséquences dommageables pour cette famille. Surtout, cette catastrophe venait empêcher la concrétisation – en l'occurrence imminente – de cette période au cours de laquelle les fiancés affermissent des liens essentiels en vue d'une vie conjugale : liens de l'âme, du cœur et du corps indispensables

à la communication mutuelle de leur amour<sup>1</sup>. Le survivant n'est pas en mesure d'accéder à l'état auquel il aspirait, ce qui est de nature à bousculer son existence. Aussi, le législateur a inséré dans le Code civil un dispositif permettant, sous certaines conditions que l'on envisagera, la célébration d'un mariage *post mortem*. Si l'on peut *a priori* critiquer ce qui s'apparente à une « législation d'émotion »<sup>2</sup>, il convient de ne pas perdre de vue que l'objectif est de ne pas ajouter une perte à une autre, qui est en soi particulièrement aiguë. À défaut de pouvoir soulager des souffrances qui sont incommensurables, l'on cherche à ne pas les aggraver, à apporter dans la mesure du possible un certain apaisement.

**277. La volonté dans la formation du mariage.** Si l'institution a pu être jugée « curieuse »<sup>3</sup>, elle ne doit pas surprendre, car elle montre l'importance de la volonté dans la formation du mariage. En effet, « il ne faut pas que la volonté manque son but parce que la mort est venue trop tôt »<sup>4</sup>. Si les époux doivent en principe échanger les consentements le jour de la célébration à la maison commune<sup>5</sup> devant l'officier de l'état civil, le législateur a prévu qu'en de rares circonstances il pût y être fait exception, par exemple en cas de mariage *in articulo mortis*, le Code civil invitant alors l'officier de l'état civil à se transporter au domicile ou à la résidence du mourant, afin d'y célébrer le mariage « avant toute réquisition ou autorisation du procureur de la République »<sup>6</sup>. La présence des époux est également requise, ce qui fait interdiction aux mariages par procuration. Si leur présence a été expressément imposée par une loi du 24 août 1993<sup>7</sup>, l'obligation faite aux époux de comparaître devant l'officier de l'état civil le jour de la célébration du mariage était inscrite dans le Code de 1804<sup>8</sup>, ce qui rendait cette présence incontournable. Ainsi cherche-t-on à prévenir les changements de volonté qui pourraient intervenir dans l'intervalle entre le moment où l'acte est rédigé et celui où le mariage

---

<sup>1</sup> P. LOUIS, *Avant le mariage*, éd. Artège, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 14.

<sup>2</sup> V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, éd. LexisNexis, coll. Manuel, 2<sup>e</sup> éd., 2018, n° 160.

<sup>3</sup> B. BEIGNIER, J.-R. BINET, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, coll. Cours, 4<sup>e</sup> éd. 2019, n° 700.

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2002, p. 436.

<sup>5</sup> CGCT, art. L. 2121-30-1. Ce peut être aussi dans « tout bâtiment communal, autre que celui de la maison commune, situé sur le territoire de la commune » sur décision du maire.

<sup>6</sup> C. civ., art. 75.

<sup>7</sup> L. n° 93-1027, 24 août 1993, JO 29 août. L'article 31 de la loi crée un 146-1 au sein du Code civil aux termes duquel « Le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence ».

<sup>8</sup> C. civ., art. 75. En 1804, cet article disposait que « [...] l'officier de l'état civil [...] recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme », ce qui était de nature à imposer leur présence le jour de la célébration du mariage.

est célébré. Mais là encore, il a été fait exception à cette règle en temps de guerre. Ainsi, le mariage par procuration a été autorisé par les lois du 4 avril et du 19 août 1915. Elles ont été complétées par une loi du 7 avril 1917 dont l'article 2 proclamait que « ces mariages, s'ils ont été célébrés postérieurement au décès du futur époux, produisent néanmoins tous leurs effets au point de vue de la légitimation des enfants et du droit du conjoint, conformément aux dispositions des articles 201 et 202 du Code civil ». Nous pouvons noter avec intérêt que cette législation ne consacrait certes pas un mariage posthume, mais s'en rapprochait par ses effets<sup>9</sup>. Au contraire, au cours de la Seconde Guerre Mondiale et de la guerre d'Algérie, le législateur a autorisé la célébration de mariages posthumes<sup>10</sup>, mais ces dispositifs restaient toutefois limités aux temps de guerre et aux seuls gens d'armes. Si elle n'est pas novatrice, la loi du 31 décembre 1959<sup>11</sup> n'en demeure pas moins importante – et même « révolutionnaire »<sup>12</sup> – en tant qu'elle met en place une « institution permanente, susceptible d'être appliquée en toutes circonstances et à toute personne, sous la seule réserve que soient respectées les conditions prévues par la loi »<sup>13</sup>.

**278. Les conditions de formation du mariage *post mortem*.** La célébration d'un mariage posthume impose néanmoins le respect d'un certain nombre de conditions. En effet, seul un projet d'union matrimonial porté par un couple de fiancés peut être accueilli. Aux termes de l'article 171 *in limine* du Code civil, le Président de la République est compétent pour autoriser la célébration du mariage *post mortem*. D'un point de vue procédural<sup>14</sup>, l'instruction générale relative à l'état civil indique qu'il convient d'adresser au Ministère de la Justice, chargé d'instruire la demande, une « requête à l'attention du Président de la République, accompagnée de tous les documents justifiant les motifs graves invoqués dans l'article précité »<sup>15</sup>. Après enregistrement par la Direction des Affaires Civiles et du Sceau (DASC), la demande est

---

<sup>9</sup> A. LAMBOLEY, JCI Civil Code, art. 171, fasc. unique, V° Mariage posthume, n° 3. Il était nécessaire que le conjoint survivant fût de bonne foi comme le suggère le renvoi aux articles 201 et 202. En réalité, cette loi a été adoptée pour tenir compte du fait qu'en pratique la plupart des mariages par procuration étaient célébrés alors que le représenté était déjà trépassé.

<sup>10</sup> Décr.-L., 9 sept. 1939, JO 14 sept. – L. n° 57-1232, 23 novembre 1957, JO 29 nov.

<sup>11</sup> L. n° 59-1583, 31 déc. 1959 ; JO 8 janv. 1960.

<sup>12</sup> J. NOIREL, « Mariage 1960 : le mariage posthume », S. 1960. 15.

<sup>13</sup> A. LAMBOLEY, JCI Civil Code, art. 171, fasc. unique, V° Mariage posthume, n° 7.

<sup>14</sup> Sur la procédure à suivre en cas de demande de mariage posthume, voir A. LAMBOLEY, JCI Civil Code, art. 171, fasc. unique, V° Mariage posthume, n° 34.

<sup>15</sup> IGREC, 11 mai 1999, § 374-1.

transmise au tribunal judiciaire du lieu de résidence du requérant pour y être instruite par le Ministère public. À l'issue de l'instruction, les conclusions sont transmises au Parquet général qui se charge de les communiquer à la DASC. Celle-ci transmet un rapport au Chef de l'État, lequel décide alors souverainement, à sa lecture, d'autoriser le mariage ou de rejeter la demande.

La demande ne peut être accueillie que pour des motifs graves. Initialement, cette exigence visait notamment le souhait de légitimation de l'enfant, du fait de son incidence sur le plan successoral<sup>16</sup>. En pratique, au cours des années 1960, les demandes de mariage posthume étaient essentiellement présentées par des femmes enceintes qui avaient l'intention d'obtenir la légitimation de leur enfant<sup>17</sup>. Cependant, la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation a fait perdre au mariage posthume l'un de ses principaux intérêts, car l'article 757 du Code civil issu de cette loi venait alors affirmer que « l'enfant naturel a, en général, dans la succession de ses père et mère et autres ascendants, ainsi que de ses frères et soeurs et autres collatéraux, les mêmes droits qu'un enfant légitime ». De nos jours, le principe d'égalité des filiations en droit des successions est énoncé à l'article 733 du même instrument. Sur le plan successoral, le mariage posthume ne présentait alors plus aucun intérêt. Dès lors, il ne restait guère plus qu'un intérêt moral. À travers le mariage *post mortem*, il s'est agi de mettre la mort entre parenthèses pour faire aboutir un projet qui, normalement, aurait dû se réaliser. Mais il n'est clairement plus question de réserver ce dispositif aux « situations exceptionnelles de guerre ou de catastrophe »<sup>18</sup> et aux seules femmes enceintes. Un « simple intérêt moral »<sup>19</sup> suffit, qui peut consister en « la volonté de garder le souvenir du défunt » ou « le besoin pour le fiancé survivant de conserver au-delà de la mort la preuve concrète de son union »<sup>20</sup>, ce que critiquait vivement la doctrine à l'époque où cette institution était consacrée<sup>21</sup>. En retenant ce simple intérêt moral, l'on procède à « la traduction en droit de la réalité affective de ce couple »<sup>22</sup>, d'une démarche

---

<sup>16</sup> V. ÉGÉA, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 160. – N. BAILLON-WIRTZ, *La famille et la mort*, éd. Defrénois, coll. Doctorat & notariat, 2006, n° 116.

<sup>17</sup> A. LAMBOLEY, JCI Civil Code, art. 171, fasc. unique, *V°* Mariage posthume, n° 29.

<sup>18</sup> J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU, *D.* 2008. 1789, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 oct. 2007, n° 06-11.887.

<sup>19</sup> J. HAUSER, *D.* 1990. 225, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 déc. 1989, n° 88-11.994.

<sup>20</sup> N. BAILLON-WIRTZ, *La famille et la mort, op. cit.*, n° 123. – Voir, pour un exemple tiré de la jurisprudence, TGI Albertville, 3 juill. 1987 ; *Gaz. Pal.* 1989, I, 27, note PASCAL.

<sup>21</sup> J. NOIREL, « Mariage 1960 : le mariage posthume », préc., p. 21. – P. GUILHO, « Réflexions sur le mariage posthume », *Mél. Falletti*, 1974, n° 26.

<sup>22</sup> I. CORPART, « Mariage à titre posthume : une prérogative présidentielle dépassée ? », *JCP N* 2004. 1328, n°

d'ordre existentiel. La mort du promis quelques jours avant la célébration d'un mariage attendu n'est-elle pas en soi le motif grave exigé par le texte de loi ? Au regard du retentissement affectif et de la rupture existentielle qui s'opère, il est possible de répondre par l'affirmative. Malgré cela, il ne faudrait pas exclure, par idéalisme, l'existence d'un intérêt matériel, qui pourrait résider dans l'attribution d'une pension de réversion<sup>23</sup>, de prestations assurantielles, par exemple une assurance veuvage<sup>24</sup>, ou encore d'un capital-décès<sup>25</sup>, même si celui-ci avait été antérieurement versé aux enfants majeurs du défunt<sup>26</sup>. Après tout, si l'on voit dans ce dispositif une voie d'apaisement du mal-être d'une personne endeuillée et, le cas échéant, d'une famille, cette perspective « n'empêche pas l'existence d'autres fins »<sup>27</sup> que morales, dès lors que cet apaisement peut être obtenu non seulement par la reconnaissance d'un statut, mais encore par la perspective d'une situation pécuniaire plus sereine, notamment pour l'entretien et l'éducation des enfants. En tout cas, depuis quelques années, une « évolution libérale de la politique suivie par les services du Président de la République en la matière »<sup>28</sup> a été constatée, qui a entraîné une hausse des demandes de mariage *post mortem*.

S'il nous est loisible d'affirmer qu'un simple intérêt moral suffit à présent pour justifier d'un motif grave, l'appréciation de ces motifs incombant au seul Chef de l'État, un contrôle judiciaire de leur effectivité et de leur importance ne saurait de toute façon intervenir. La première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi eu l'occasion d'affirmer que « l'appréciation de l'existence comme de la gravité des motifs qui justifient le mariage posthume relève du pouvoir discrétionnaire du Président de la République »<sup>29</sup>. Certes, cette solution reste d'actualité, mais une juridiction a cependant précisé qu'en cas de refus d'autorisation du mariage posthume, la décision du Président de la République devait être motivée<sup>30</sup>. S'il ne faut

---

12.

<sup>23</sup> CSS, art. L. 353-1.

<sup>24</sup> CSS, art. L. 356-1.

<sup>25</sup> CSS, art. L. 361-4.

<sup>26</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 mai 2007, n° 05-18.582 ; *AJ fam.* 2007. 398, obs. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2007. 756, obs. HAUSER.

<sup>27</sup> M. VERWILGHEN, *Rev. crit. DIP* 1973, p. 322, note sous T. civ. Arlon, 16 janv. 1973.

<sup>28</sup> J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU, *D.* 2008. 1789, préc.

<sup>29</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 déc. 1989, n° 88-11.994 ; *D.* 1990. 225, note HAUSER.

<sup>30</sup> Nancy, 15 janv. 2016, *JurisData* n° 2016-001091 ; *Dr. fam.* 2016, n° 3, comm. 43, BINET ; *RTD civ.* 2016. 323, obs. HAUSER. Dans cette affaire, un couple de concubins avait choisi de se marier le 17 avril 2004 devant l'officier d'état civil d'une petite bourgade française, mais la mort a frappé le futur époux la veille des noces. En

y voir *a priori* que la préservation du droit à l'information des personnes physiques ou morales concernant les décisions administratives individuelles défavorables<sup>31</sup>, il y a lieu de constater avec un auteur que « l'étau se resserre autour de cet anachronisme qu'est l'autorisation du Président de la République pour pouvoir bénéficier du mariage posthume »<sup>32</sup>. Même si cela ne concerne que les cas de refus, un contrôle juridictionnel tend à s'exercer, qui consiste à vérifier que la décision est effectivement motivée. En l'occurrence, il a été révélé en cours d'instance que le refus opposé à la demanderesse s'expliquait par le fait que l'intérêt recherché était purement pécuniaire. Au demeurant, il apparaît que l'intérêt moral doit non seulement être présent, mais aussi prépondérant. Dans une précédente affaire, la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de souligner l'importance qu'à travers les décisions de rejet du Président de la République on puisse s'assurer qu'un « examen individuel de la demande » a été effectué<sup>33</sup>. Nous sommes donc loin d'un « second droit de grâce non prévu par la Constitution »<sup>34</sup> ou de l'un de ces « quelques îlots de non-droit qui doivent tout à la défunte royauté et à la guérison des écrouelles »<sup>35</sup>, dès lors qu'une motivation est requise.

Si l'autorisation du Président de la République ne peut être accordée que pour des motifs graves, il faut également que des faits établissant sans équivoque le consentement soient avérés. Cette exigence est issue de la loi du 17 mai 2011<sup>36</sup>. Auparavant, l'article 171 du Code civil imposait « l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement ». Cette évolution est opportune, qui permet au Président de la République de prendre en considération l'organisation d'éventuelles fiançailles, ainsi que les nécessaires préparatifs du mariage, dont l'achat de l'alliance<sup>37</sup>, qui n'entraient pas dans le champ des « formalités officielles » autrefois exigées. Elle ouvre la voie, plus largement, à la présentation

---

2011, une demande de mariage posthume a été présentée au Président de la République, mais elle a été rejetée en 2013 sans qu'aucun motif ne soit précisé. Sollicitant l'annulation de la décision du Chef de l'État, la requérante a obtenu gain de cause devant la cour d'appel de Nancy qui a soutenu que « si sa décision est discrétionnaire, elle n'en doit pas moins être motivée ».

<sup>31</sup> L. n° 79-587, 11 juill. 1979, *JO* 12 juill.

<sup>32</sup> J. HAUSER, *RTD civ.* 2016. 323, obs. sous Nancy, 15 janv. 2016, *JurisData* n° 2016-001091.

<sup>33</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 oct. 2007, n° 06-11.887 ; *D.* 2008. 1789, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *RTD civ.* 2008. 84, obs. HAUSER.

<sup>34</sup> J.-R. BINET, *Dr. fam.* 2016, n° 3, comm. 43, note sous Nancy, 15 janv. 2016, *JurisData* n° 2016-001091.

<sup>35</sup> J. HAUSER, *RTD civ.* 2016. 323, obs. sous Nancy, 15 janv. 2016, *JurisData* n° 2016-001091.

<sup>36</sup> L. n° 2011-525, 17 mai 2011 ; *JO* 18 mai.

<sup>37</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 oct. 2007, n° 06-11.887.



d'éléments démontrant que des démarches ont été accomplies en vue de la célébration du mariage, sans qu'il s'agisse pour autant de formalités légales. Il peut s'agir, par exemple, d'une prise de contact avec la mairie afin de se renseigner sur la procédure à suivre ou même, plus simplement, d'un témoignage d'après lequel la célébration du mariage était une évidence pour le couple<sup>38</sup>. Un auteur suggère même, « au regard du droit actuel dont la finalité a été d'assouplir les dispositions de l'article 171 »<sup>39</sup>, de considérer que la demande d'une copie intégrale de l'acte de naissance est un élément suffisant pour démontrer l'intention matrimoniale, étant observé que l'article 70 du Code civil exige sa remise par chacun des futurs époux à « l'officier de l'état civil qui doit célébrer le mariage ». Ceci étant dit, les « formalités officielles » naguère attendues peuvent toujours être présentées en soutien de la demande. Sauf les certificats médicaux prénuptiaux, qui ne sont plus exigés depuis une loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit<sup>40</sup>, il est possible au demandeur de joindre l'indication de la publication des bans<sup>41</sup> – sa caducité important peu –, la notification de l'intention de mariage reçue par un juge étranger<sup>42</sup>, ou une demande de dispense présentée au procureur de la République du lieu de célébration du mariage<sup>43</sup> ou au Président de la République<sup>44</sup>. Si, en principe, la liberté matrimoniale prive ces démarches de toute valeur juridique – un fiancé pouvant, même au dernier moment, renoncer au mariage –, nous constatons que dans cette institution d'exception, une certaine valeur leur est tout de même reconnue. Carbonnier soulignait à ce propos que leur « ouverture crée un droit acquis à aller jusqu'au bout »<sup>45</sup>.

**279. Des conditions révélant l'intention bienfaitrice du législateur.** À la lumière de ces conditions, nous prenons conscience que c'est essentiellement dans un souci d'apaisement des souffrances que le législateur a concédé et maintenu cette faveur. Sous réserve qu'un projet de mariage ait été effectivement porté par les fiancés, celui-ci peut être célébré dès lors que le

---

<sup>38</sup> Reims, 6 sept. 2013, *JurisData* n° 2013-018735 ; *Dr. fam.* 2013, n° 11, comm. 149, BINET.

<sup>39</sup> A. LAMBOLEY, JCI Civil Code, art. 171, fasc. unique, *V°* Mariage posthume, n° 24.

<sup>40</sup> L. n° 2007-1787, 20 déc. 2007, *JO* 21 déc. – Voir antérieurement, Paris, 20 juin 1995 ; *RTD civ.* 1995. 865, obs. HAUSER.

<sup>41</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 déc. 1989, n° 88-11.994.

<sup>42</sup> Grenoble, 5 sept. 2001, *JurisData* n° 2001-159490 ; *Dr. fam.* 2002, comm. n° 139, note LÉCUYER.

<sup>43</sup> C. civ., art. 145.

<sup>44</sup> C. civ., art. 164.

<sup>45</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, p. 436.

survivant présente un intérêt moral<sup>46</sup>. Au contraire, l'existence d'un simple intérêt patrimonial<sup>47</sup> conduit au rejet de la demande.

**280. L'appréciation discrétionnaire du Chef de l'État.** L'appréciation de la réalité du consentement incombe au Président de la République qui, là encore, dispose d'un pouvoir discrétionnaire<sup>48</sup>. Au plus le juge judiciaire s'assure-t-il de l'existence de formalités officielles<sup>49</sup> et, depuis la réforme opérée en 2011, des faits établissant sans équivoque le consentement. Au regard du rapport que lui transmet la Chancellerie après instruction du dossier, le Président de la République se prononce sur la question de savoir si les éléments en présence sont suffisants pour confirmer que le consentement du défunt est « sans équivoque ». Cette condition d'absence d'équivocité pose toutefois difficulté dès lors que le mariage peut être célébré, avec l'autorisation du Chef de l'État, alors que les époux n'ont pas eu l'occasion d'échanger leurs consentements devant l'officier d'état civil. Est-on bien sûr que le défunt aurait effectivement consenti au mariage s'il était resté en vie ?<sup>50</sup> Admettre la célébration posthume du mariage sur la base d'un consentement réputé « sans équivoque » ne revient-il pas à « nier la nature essentiellement réversible de la volonté humaine » ?<sup>51</sup>. En réalité, le contentieux relatif à la rupture fautive des fiançailles nous montre que le changement de volonté dans les dernières semaines du mariage n'intervient qu'exceptionnellement<sup>52</sup> et que cette discussion est en réalité théorique.

**281. La vérification par le juge judiciaire de la persistance du consentement.** En principe, la décision du Président de la République ne saurait être remise en cause. Cependant, l'évolution de la jurisprudence montre une extension du contrôle effectué par le juge judiciaire.

---

<sup>46</sup> TGI Albertville, 3 juill. 1987, préc.

<sup>47</sup> Nancy, 15 janv. 2016, *JurisData* n° 2016-001091.

<sup>48</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 févr. 2006, n° 02-13.175 ; *D.* 2006. 1417, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *AJ fam.* 2006. 206, obs. CHÉNEDÉ ; *Dr. fam.* 2006, n° 79, note LARRIBAU-TERNEYRE ; *RTD civ.* 2008. 84, obs. HAUSER.

<sup>49</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 déc. 1989, n° 88-11.994.

<sup>50</sup> Voir, à ce propos, la critique exprimée par un auteur à l'encontre de l'institution du mariage posthume : P. GUILHO, « Réflexions sur le mariage posthume », préc., n° 17.

<sup>51</sup> N. BAILLON-WIRTZ, *La famille et la mort, op. cit.*, n° 90.

<sup>52</sup> Pour une rupture le jour du mariage, le contentieux est rarissime. Voir Cass. req., 23 juin 1938 ; *S.* 1939, 4, p. 23 ; *Gaz. Pal.* 1938, 2, p. 586. – Paris, 8 nov. 1957 ; *D.* 1958. 45, note BLANC ; *RTD civ.* 1958, p. 232, obs. DESBOIS. – Paris, 3 déc. 1976 ; *D.* 1978. 339, note FOULON-PIGANIOL. – Et, plus récemment, Rouen, 15 juin 2005, *JurisData* n° 2005-278689 ; *Dr. fam.* 2005, comm. 235, LARRIBAU-TERNEYRE.

Ce dernier est désormais amené à « vérifier si ce consentement a persisté jusqu'au décès »<sup>53</sup>. Cela signifie que le Chef de l'État se prononce sur l'existence du consentement, tandis que le juge judiciaire vérifie sa persistance jusqu'au décès dans le cas où la décision du Président ou le mariage lui-même est contesté. En apparence, le pouvoir régalien n'est pas ébranlé, mais il faut bien reconnaître la « flexibilité » de cette « frontière temporelle »<sup>54</sup> qui donne finalement au juge l'opportunité de reconsidérer la décision du Chef de l'État. Ce dernier n'avait-t-il pas en sa possession l'ensemble des éléments permettant de s'assurer de la persistance du consentement jusqu'au décès ? Aussi, cette jurisprudence contribue à l'affaiblissement de cette prérogative présidentielle<sup>55</sup>. Selon Jean Hauser, « dans la mesure où il n'y a pas, par hypothèse, de constatation instantanée du consentement comme dans un mariage classique, ce consentement ne peut être qu'un continuum qui est incompatible avec les subtilités chronologiques proposées »<sup>56</sup>. La distinction est artificielle.

**282. La célébration du mariage.** Lorsque le Président de la République a donné son autorisation à la célébration du mariage, il revient au survivant de s'adresser à l'officier de l'état civil. D'après l'instruction générale relative à l'état civil, il lui incombe de « remettre à l'officier de l'état civil une ampliation du décret autorisant le mariage posthume », ainsi que les pièces exigées à l'article 70 du Code civil<sup>57</sup>.

Dans la mesure où, comme nous le verrons, les effets associés au mariage posthume sont purement symboliques, sa célébration fait l'objet de certains ajustements. L'officier de l'état civil est notamment invité à s'abstenir de lire, comme l'y invite en principe l'article 75 du Code civil, les articles 212 et 213, le premier alinéa des articles 214 et 215, et l'article 371-1 du même instrument, qui concernent les devoirs mutuels des époux et leurs devoirs à l'égard des enfants. Comme a pu le souligner un auteur, il s'agit précisément d'un « mariage sans communauté de vie »<sup>58</sup>, de sorte que cette lecture serait inappropriée et de nature à blesser le conjoint survivant. En pareille circonstance, il convient de ne pas ajouter aux souffrances déjà

---

<sup>53</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 févr. 2006, n° 02-13.175.

<sup>54</sup> V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Dr. fam.* 2007, n° 12, comm. 217, note sous Grenoble, 27 juin 2007, *JurisData* n° 2007-343428.

<sup>55</sup> En ce sens, voir V. ÉGÉA, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 161.

<sup>56</sup> J. HAUSER, *RTD civ.* 2008. 84, obs. sous Grenoble, 27 juin 2007, *JurisData* n° 2007-343428.

<sup>57</sup> IGREC, 11 mai 1999, § 374-1.

<sup>58</sup> J.-M. COQUEMA, C. BARTHELET, « Les formes de mariage dénuées de toute communauté de vie, unions atypiques », *Dr. fam.* 2010, n° 5, étude 10.

endurées.

**283. Effets principalement symboliques.** Les effets du mariage *post mortem*, qui sont principalement symboliques, remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux<sup>59</sup>. Le survivant n'a aucun droit successoral, ce qui inclut les droits sur le logement<sup>60</sup> et à des aliments<sup>61</sup>, qui dépendent de la qualité de successible du conjoint survivant. De plus, aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé<sup>62</sup>, ce que met en exergue l'invitation faite à l'officier de l'état civil de ne pas interpeller l'époux sur son régime matrimonial<sup>63</sup>. Il convient encore d'exclure les règles propres au droit des libéralités qui concernent les seuls époux, dès lors que les donations et legs dont bénéficierait le survivant n'auraient pas pu être faits pendant le mariage. Il ne peut notamment pas prétendre au bénéfice de la quotité disponible élargie entre époux<sup>64</sup>. Ces exclusions n'ont d'autre objectif que de maintenir la concorde dans les relations entre le survivant et sa belle-famille<sup>65</sup>. Assurément, cette union ne saurait être motivée par l'intérêt du lucre<sup>66</sup>.

**284. Une institution bienfaisante à l'égard du survivant.** Ces exclusions sont à mettre en balance avec les bienfaits que cette institution procure au survivant. Elle contribue non seulement à apaiser un chagrin, mais aussi à donner à une personne un statut dans une société dans laquelle « le mariage est bien un modèle du couple »<sup>67</sup>. Par le recours à la fiction juridique, l'on reconnaît « la réalité affective du couple »<sup>68</sup> et la trajectoire de vie communément choisie.

---

<sup>59</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 juill. 2008 ; D. 2010. 728, obs. LEMOULAND et VIGNEAU.

<sup>60</sup> C. civ., art. 764 et 765. S'agissant du droit viager, cela ne fait aucun doute, dès lors que sa valeur « s'impute sur les *droits successoraux* recueillis par le conjoint ».

<sup>61</sup> C. civ., art. 767. « La succession de l'époux prédécédé doit une pension au *conjoint successible* qui est dans le besoin ».

<sup>62</sup> C. civ., art. 171, al. 3.

<sup>63</sup> IGREC, 11 mai 1999, § 374-1.

<sup>64</sup> C. civ., art. 1094-1.

<sup>65</sup> M. LAMARCHE, J.-J. LE MOULAND, Rép. civ., V<sup>o</sup> Mariage, 2014, actu. 2019, n<sup>o</sup> 654.

<sup>66</sup> Nous ne pouvons pas écarter l'hypothèse dans laquelle le conjoint survivant parviendrait indirectement à jouir de la succession du prédécédé. En effet, dans le cas où le couple de concubins a eu un enfant, la succession échoit à ce dernier et s'il a moins de seize ans, le conjoint survivant administrera et sera en mesure de jouir de ces biens. Il pourrait même, du fait d'un concours de circonstances, finir par les recueillir en cas de prédécès de l'enfant sans descendance.

<sup>67</sup> B. BEIGNIER, J.-R. BINET, *Droit des personnes et de la famille*, op. cit., n<sup>o</sup> 702.

<sup>68</sup> J.-M. COQUEMA, C. BARTHELET, « Les formes de mariage dénuées de toute communauté de vie, unions

De plus, par la création d'un lien d'alliance, le survivant intègre une famille dont il peut porter le nom à titre d'usage<sup>69</sup>. D'un point de vue identitaire, cela a une importance de premier rang dans le cas où l'enfant né après le décès du père porterait le nom de ce dernier<sup>70</sup>. De cette façon, le droit met en place les conditions d'un dépassement de la mort pour assurer au conjoint survivant un mieux-être, alors que des circonstances funestes ont détruit son projet d'union matrimoniale. Le fait que le mariage posthume puisse être autorisé sur la base de simples « motifs d'ordre moral ou psychologique » rend cette approche indubitable<sup>71</sup>. Assurément, ces conséquences du mariage posthume sont « à rechercher du côté de la compassion, très symbolique, que le droit manifeste ainsi à l'égard du survivant éploré »<sup>72</sup>. Notons d'ailleurs qu'il ne semble pas que ce mariage produise d'autres effets extrapatrimoniaux. Imposer des devoirs entre époux – respect, fidélité, secours et assistance, communauté de vie – n'aurait aucun sens en raison du décès prématuré de l'un d'eux. D'ailleurs, nous avons relevé que l'IGREC invite l'officier de l'état civil à s'abstenir de faire mention de ces devoirs. Si l'intégration dans une famille – que met en lumière la faculté qu'à le survivant de prendre le nom de son conjoint à titre d'usage – conduit tout de même à prohiber le mariage entre alliés<sup>73</sup>, nous faisons le constat que le mariage *post mortem* n'a pas d'autre intérêt que de donner les moyens à l'époux survivant d'obtenir un apaisement de son mal-être. Comme nous l'avons fait observer en évoquant l'acte d'enfant sans vie, un mouvement a été amorcé qui, porté par le législateur, conduit à « humaniser le droit de l'état civil »<sup>74</sup> face à la perte de l'être aimé. Si un auteur a pu affirmer, à une époque où la célébration du mariage posthume avait pour principale finalité la légitimation de l'enfant, que « les institutions juridiques ne sont pas faites pour traduire des sentiments »<sup>75</sup>, nous voyons que le droit n'évolue pas en ce sens. Selon le Professeur Pierre Murat, « le droit ne doit pas engendrer de souffrances inutiles puisqu'il est

---

atypiques », préc.

<sup>69</sup> C. civ., art. 225-1.

<sup>70</sup> Cela a été mis en évidence lors du débat parlementaire ayant précédé l'adoption de la loi relative au mariage posthume. Voir M.-R. BOSCARY-MONSSERVIN, *JO AN CR* 30 déc. 1959, p. 3731.

<sup>71</sup> A. LAMBOLEY, *JCI Civil Code*, art. 171, fasc. unique, *V°* Mariage posthume, n° 31.

<sup>72</sup> V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, *op. cit.*, n° 162.

<sup>73</sup> C. civ., art. 161. – Voir, en sens contraire, A. LAMBOLEY, *JCI Civil Code*, art. 171, fasc. unique, *V°* Mariage posthume, n° 57.

<sup>74</sup> *Ibid.*, n° 59.

<sup>75</sup> P. GUILHO, « Réflexions sur le mariage posthume », préc., n° 26.

continuellement tendu vers l'équilibre institutionnel le plus propice à assurer le bien-être individuel tout en préservant la paix et la justice sociales »<sup>76</sup>. De ce point de vue, le mariage *post mortem* y a toute sa place.

**285. Une institution bienfaisante à l'égard de l'enfant à naître.** Dans l'hypothèse dans laquelle la fiancée était enceinte, il ne faut pas négliger l'intérêt qu'il y a, pour l'enfant, à être de plein droit rattaché par filiation à son père. Certes, l'enfant n'a pas été conçu en mariage, et il est né après sa dissolution, mais il est admis de longue date que la présomption de paternité s'applique lorsque la gestation a eu lieu pendant le mariage<sup>77</sup>. En l'état actuel des textes, et par combinaison des articles 312 et 313 du Code civil, il convient de tenir compte du fait que l'enfant est né moins de 300 jours après la dissolution du mariage pour considérer que la présomption de paternité est maintenue dans cette hypothèse au demeurant exceptionnelle. Un auteur a fait observer que dans le cas où le mari ne serait pas désigné en tant que père – et sous réserve qu'un autre homme ne soit pas désigné en cette qualité –, « l'acte de naissance devra éventuellement être rectifié en ce sens », « sans qu'il soit nécessaire de recourir à une reconnaissance ou de rechercher la possession d'état »<sup>78</sup>. Ce double lien de filiation accordé à l'enfant consolide son état. Ce dernier prend en outre le nom de son père, car en l'absence de déclaration conjointe de choix du nom de famille – en l'occurrence impossible –, « l'enfant prend [...] le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre »<sup>79</sup>, ce qui est le cas dans cette hypothèse par le jeu de la présomption de paternité. Pour l'enfant, cette transmission est importante, qui lui permettra de « perpétuer son souvenir au-delà de la mort »<sup>80</sup>. Au reste, la mère survivante n'a pas à entamer de démarche auprès d'un notaire, afin que lui soit délivré un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état<sup>81</sup>. Certes, il a été admis par la jurisprudence que cette possession d'état puisse être établie malgré le décès du père pendant la période de gestation<sup>82</sup>, mais la démarche, astreignante, n'en demeurerait pas moins pénible pour celle qui est en deuil. En revanche, dans le cas de l'enfant déjà né et non

---

<sup>76</sup> P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS* 1995. 451.

<sup>77</sup> Cass. civ., 2 juill. 1936 ; *DP* 1936. 1. 118, note LAGRANGE.

<sup>78</sup> M. LAMARCHE, J.-J. LE MOULAND, *Rép. civ.*, *V°* Mariage, préc., n° 656.

<sup>79</sup> C. civ., art. 311-21, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>80</sup> A. LAMBOLEY, *JCI Civil Code*, art. 171, fasc. unique, *V°* Mariage posthume, n° 100.

<sup>81</sup> C. civ., art. 317.

<sup>82</sup> TGI Nanterre, 8 juin 1988 ; *D.* 1988. 400, obs. HUET-WEILLER.

reconnu par son père du fait du décès, cette démarche serait incontournable.

**286. Des avantages patrimoniaux résiduels.** Le mariage posthume présente bien quelques avantages patrimoniaux, mais au regard des bienfaits qu'il procure, il nous faut souligner leur caractère résiduel. Ainsi, les libéralités que le survivant pourrait éventuellement recevoir sont soumises au régime fiscal des transmissions entre époux<sup>83</sup>. Il peut également prétendre à l'attribution d'une pension de réversion et de prestations assurantielles. Selon les circonstances entourant la mort du fiancé, il est également envisageable pour le survivant d'agir en réparation de préjudices soufferts par le *de cuius*, dès lors que le droit à réparation du dommage est né dans le patrimoine du défunt<sup>84</sup>. Le fait que la succession soit « dévolue par la loi aux parents et au conjoint successibles du défunt »<sup>85</sup>, et que ce dernier, héritier *ab intestat*, soit investi de la saisine successorale<sup>86</sup> – celle-ci ayant notamment pour conséquence la transmission passive du droit à réparation des dommages<sup>87</sup> –, expliquent cette solution. Le conjoint successible continue la personne du défunt, non le concubin.

**287. Critiques de l'institution.** Aussi pouvons-nous mettre en doute l'affirmation selon laquelle « son utilité marginale ne justifierait pas qu'on l'établisse, s'il n'existait pas »<sup>88</sup>. De toute évidence, le mariage posthume a perdu l'un de ses principaux intérêts qu'était la légitimation de l'enfant conçu au moment du décès de l'un de ses parents, mais l'utilité qu'il conserve ne saurait être qualifiée de « marginale ». En effet, les bienfaits qu'il procure sont une source d'apaisement des souffrances. Dans le cas de l'enfant, ils permettent même de les prévenir. De notre point de vue, cette seule perspective suffirait à justifier la mise en place de ce dispositif s'il n'existait pas.

Malgré cela, plusieurs auteurs le critiquent ouvertement. L'un d'eux souligne que, dès l'origine, il s'apparentait à « un corps étranger difficilement assimilable, qui recèle des

---

<sup>83</sup> Rép. min. n° 88311 ; *JO AN*, 16 mai 2006, p. 5187.

<sup>84</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 juill. 2008, n° 07-15.390 ; *D.* 2010. 728, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *Dr. fam.* 2008. 169, obs. FADEUILHE. – À propos de ce dernier arrêt, voir l'arrêt de rabat, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 janv. 2009, n° 07-15.390 ; *AJ fam.* 2009. 86, obs. CHÉNEDÉ.

<sup>85</sup> C. civ., art. 731.

<sup>86</sup> C. civ., art. 724. – Sur le droit de saisine du conjoint, voir Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 nov. 2001, n° 99-17.212 ; *Dr. fam.* 2002, n° 10, note BEIGNIER. – Dans le même sens, voir Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 févr. 2004, n° 02-19.077 ; *Dr. fam.* 2004, n° 39, note BEIGNIER.

<sup>87</sup> A. SÉRIAUX, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.*, n° 110.

<sup>88</sup> G. CORNU, *Droit civil, La famille*, éd. Montchrestien, coll. Domat droit privé, 9<sup>e</sup> éd., 2006, n° 166.

contradictions parfois insurmontables »<sup>89</sup>. D'autres soutiennent qu'il « ne présente plus [...] de réel avantage »<sup>90</sup> et n'aurait « guère de sens »<sup>91</sup>. Cela justifierait son abrogation pure et simple<sup>92</sup>. De nombreux arguments viennent en soutien, parmi lesquels nous retiendrons l'égalité des filiations, la désuétude des pouvoirs reconnus au Président de la République et l'alignement des effets du PACS sur ceux du mariage.

**288. Un maintien nécessaire.** Pourtant, ces critiques n'ébranlent pas le principal effet du mariage posthume, qui est de conférer l'état de personne mariée au survivant. Soutenir que les relations hors-mariage se sont normalisées au cours de ces dernières décennies<sup>93</sup> n'est pas une raison suffisante pour justifier son abrogation, car le couple avait bien manifesté son intention de vivre en mariage. Encore de nos jours, le mariage conserve une dimension hautement symbolique et présente une nature propre. Dans le mariage, les époux s'engagent solennellement à respecter des devoirs – entre époux et à l'égard des enfants – et à s'associer dans le but de construire une famille. Au contraire, les concubins refusent toute forme d'engagement, et ceux qui ont tout de même conclu un PACS ne cherchent en réalité qu'à organiser leurs rapports pécuniaires. Soulignons à cet égard que les devoirs des couples de personnes pacsées sont orientés vers cette organisation et l'absence d'un devoir de fidélité trahit le refus d'un réel engagement<sup>94</sup>. Alors que la répudiation est interdite dans le mariage, un des partenaires peut valablement « décide[r] de mettre fin au pacte civil de solidarité »<sup>95</sup>. C'est l'engagement qui distingue définitivement le mariage du concubinage. Planiol et Ripert soutenaient en ce sens, à propos du mariage, que « son motif impérieux se trouve dans les devoirs communs des parents envers les enfants ; l'union prolongée des père et mère n'est que le moyen de remplir ces devoirs. [...] Sans cette nécessité, l'humanité aurait pu s'en tenir au système des unions libres et temporaires »<sup>96</sup>. À cet égard, il n'est pas surprenant qu'à la question posée par un parlementaire de savoir si un PACS pouvait être conclu *post mortem*, le Ministre

---

<sup>89</sup> J. NOIREL, « Mariage 1960 : le mariage posthume », préc., p. 18.

<sup>90</sup> I. CORPART, « Mariage à titre posthume : une prérogative présidentielle dépassée ? », préc., n° 18.

<sup>91</sup> V. ÉGÉA, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 163.

<sup>92</sup> F. TERRÉ, D. FENOUILLET, C. GOLDIE-GÉNICON, *Droit civil, La famille*, Dalloz, coll. Précis, 9<sup>e</sup> éd., 2018, n° 107.

<sup>93</sup> I. CORPART, « Mariage à titre posthume : une prérogative présidentielle dépassée ? », préc., n° 18.

<sup>94</sup> C. civ., art. 515-4.

<sup>95</sup> C. civ., art. 515-7, al. 5.

<sup>96</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.*, n° 694.



de la Justice a répondu par la négative en rappelant que « la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité n'autorise pas la conclusion à titre posthume de celui-ci »<sup>97</sup>. Alors que le PACS n'a d'intérêts que patrimoniaux, cette réponse nous conforte dans l'idée selon laquelle l'institution du mariage posthume se justifie avant tout par des considérations extrapatrimoniales. Cette aspiration à vouloir vivre en mariage ne saurait être niée, même si le cours des événements n'en a pas permis l'aboutissement. Le mariage posthume a pour principale utilité l'apaisement du survivant, qui, bouleversé par la survenue du décès à l'approche des noces, peut tout de même se voir reconnaître l'état de personne mariée et prendre le nom de son conjoint à titre d'usage. Le législateur, conscient des troubles existentiels en présence, permet que ne s'y ajoutent pas ceux consécutifs à la privation de ce statut. Ainsi considéré, le mariage *post mortem* ne saurait être présenté comme ayant une utilité marginale, dès lors qu'il contribue à l'apaisement des souffrances. Si l'on ne peut faire l'impasse sur les intérêts matériels en présence, en particulier la possibilité d'obtenir une pension de réversion et certaines prestations assurantielles, nous constatons que l'intérêt moral reste prépondérant. C'est par un même recours à la fiction et dans une même optique d'apaisement du mal-être que le législateur a créé l'adoption posthume.

## **Section 2 : L'adoption posthume**

**289. Dispositif initial.** L'adoption posthume est de création récente, puisqu'elle a été consacrée par la réforme de l'adoption du 11 juillet 1966<sup>98</sup>. Il a été prévu la possibilité d'une adoption posthume en cas de décès de l'adoptant avant dépôt de la requête. Aux termes de l'article 353 du Code civil, « si l'adoptant décède, après avoir régulièrement recueilli l'enfant en vue de son adoption, la requête peut être présentée en son nom par le conjoint survivant ou l'un des héritiers de l'adoptant ». Du fait du renvoi opéré par l'article 361 du Code civil, ce dispositif est applicable à l'adoption simple.

**290. Élargissement à l'hypothèse du décès de l'enfant.** Dans le cadre de la réforme de l'adoption intervenue en 1996<sup>99</sup>, un alinéa a été ajouté à l'article 353 qui prévoit désormais

---

<sup>97</sup> Rép. min. n° 47405 : *JO AN Q* 21 août 2000, p. 4987 ; *Dr. fam.* 2001, n° 4, comm. 35, note BEIGNIER.

<sup>98</sup> L. n° 66-500, 11 juill. 1966, *JO* 12 juill.

<sup>99</sup> L. n° 96-604, 5 juill. 1996, *JO* 6 juill.

que « si l'enfant décède après avoir été régulièrement recueilli en vue de son adoption, la requête peut toutefois être présentée. Le jugement produit effet le jour précédant le décès et emporte uniquement modification de l'état civil de l'enfant ». Cet ajout est motivé par le souci d'apaiser les parents confrontés à cette épreuve. Un rapport parlementaire présenté dans le cadre des débats ayant précédé l'adoption de la loi a souligné « qu'en pareil cas, la souffrance [des parents] de perdre cet enfant s'ajoute à celle de ne pouvoir le faire reconnaître comme le leur », raison pour laquelle il semblait opportun de prévoir que « même si l'enfant est décédé, l'adoptant peut présenter une requête en adoption dès lors qu'il avait régulièrement recueilli l'enfant en vue de son adoption »<sup>100</sup>.

**291. Apaiser les souffrances du survivant.** L'adoption posthume vise à atténuer les souffrances endurées par le survivant. La perte du candidat à l'adoption ou de l'enfant à adopter occasionne un bouleversement existentiel majeur, ce qui a conduit le législateur à créer une possibilité d'adoption *post mortem* pour que ne vienne pas s'y ajouter celui lié à la non-reconnaissance du lien de filiation attendu. Dans de précédents développements, nous avons évoqué cette affaire dans laquelle une substitution d'enfants avait eu lieu dans une maternité, qui avait eu pour conséquence de priver l'enfant de sa véritable filiation. La souffrance existentielle qui en a résulté a conduit au versement d'importantes indemnités à ces enfants qui, pourtant, ont finalement eu connaissance de l'identité de leurs géniteurs<sup>101</sup>. C'est dire que la privation d'un lien de filiation est une blessure de l'être. Et s'il n'y a pas en l'espèce d'injustice comme cela pouvait être le cas dans l'hypothèse de la substitution d'enfant, il n'en demeure pas moins que cette situation peut être vécue comme telle par ceux qui la subissent.

**292. Les mécanismes psychologiques à l'œuvre en cas d'adoption.** Au cours de la procédure d'adoption, des processus psychologiques sont à l'œuvre, qui nous permettent de prendre la mesure de ce bouleversement. Dans le cas de l'adoptant qui accueille un enfant mineur, « un processus intrapsychique d'adoption, la vraie, l'intime, qui est spirituelle et affective, doit donc se mettre en route et grandir autour de leurs premières confrontations physiques et de l'arrivée de l'enfant dans leur foyer »<sup>102</sup>. Cela signifie que l'adoptant est amené

---

<sup>100</sup> Sénat, Rapport n° 295 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée Nationale, relative à l'adoption, présenté par L. DEJOIE, 27 mars 1996, p. 26.

<sup>101</sup> TGI Grasse, 10 févr. 2015, n° RG 10/00926. Une indemnité de 400.000 € leur a été allouée.

<sup>102</sup> J.-Y. HAYEZ, « L'adoption et son contexte psychosocial contemporain », *Neurop. enf. ado.*, 2006, n° 54, p. 230.

à faire une place à celui qui, irréversiblement, sera son enfant. Dans le cas de l'adopté mineur, cette période qui précède l'adoption lui permet également de « s'attacher suffisamment bien à sa famille adoptive »<sup>103</sup>. S'il arrive parfois que des liens d'attachement ne se nouent pas, « dans la majorité des cas, l'attachement réciproque parents–enfant se fait, même entaché de problèmes de comportement dans le chef de celui-ci, et d'autres types de problèmes, comme des attentes illusoires ou la peur d'être trop autoritaires, dans le chef des parents »<sup>104</sup>. Bref, l'accueil de l'enfant au foyer de l'adoptant permet le développement de liens d'affection en même temps qu'il donne à l'existence de chacun des perspectives nouvelles, raison pour laquelle le décès de l'une des parties à l'adoption blesse les sentiments de celui qui survit et bouscule d'une autre manière le cours de sa vie.

**293. Hypothèse du décès de l'adoptant.** Pour autant, l'adoption *post mortem* ne peut être accordée par le juge que dans le cas où certaines conditions sont réunies. Dans le cas du décès de l'adoptant, une requête doit être présentée au tribunal judiciaire territorialement compétent<sup>105</sup>, qui est celui du lieu où demeure le requérant lorsque celui-ci réside en France<sup>106</sup>. Si la requête a pu être déposée, le décès survenu postérieurement à la présentation de la requête « ne dessaisi[t] pas le tribunal qui [doit] statuer sur l'adoption, laquelle [produit] ses effets au jour du dépôt de la requête »<sup>107</sup>. Alors, il appartient aux juges du fond de vérifier que l'adoption va dans l'intérêt de l'enfant malgré le décès du candidat à l'adoption. Il faut dire que la situation est particulière « puisque le tribunal va prononcer une adoption par une personne décédée »<sup>108</sup>. Dans cette affaire, l'adoption y répondait puisque l'enfant entretenait avec lui des « rapports d'affection » et bénéficiait de ses « soins ». Étant donné que l'adoption produit ses effets au jour du dépôt de la requête, donc avant le décès, l'adopté est appelé à recueillir la succession du *de cuius*. Aussi est-il nécessaire de contrôler les motifs de l'adoption, qui ne doivent pas être uniquement d'ordre successoral, l'adoptant n'ayant parfois d'autre dessein que de « chercher à

---

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> CPC, art. 1168.

<sup>106</sup> CPC, art. 1166.

<sup>107</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 juill. 2006, n° 04-10.839 ; *AJ fam.* 2006. 373 ; *RTD civ.* 2006. 750, obs. HAUSER. – Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 mars 2007, n° 04-13.925 ; *RTD civ.* 2007. 324, obs. HAUSER. – Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 juill. 1996, *Defrénois*, 1997. 316, obs. MASSIP.

<sup>108</sup> J. HAUSER, *RTD. civ.* 2006. 750, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 juill. 2006, n° 04-10.839.

se constituer un héritier »<sup>109</sup>. Si cela devait être le cas, l'institution de l'adoption étant détournée, elle ne saurait être prononcée<sup>110</sup>. En tout cas, cette hypothèse n'est pas celle d'une adoption posthume, puisque la requête ayant été déposée, la procédure continue de suivre un cours normal. Il en va différemment lorsque le décès du candidat à l'adoption survient avant le dépôt de la requête. C'est pour cette hypothèse que l'on peut effectivement parler d'adoption *post mortem*.

L'adoption posthume peut être prononcée lorsque l'enfant a été « régulièrement recueilli [...] en vue de son adoption »<sup>111</sup>. Propre à l'adoption plénière, cette condition s'impose également en cas d'adoption simple à titre posthume en raison du renvoi effectué par l'article 361 du Code civil. Aux termes de l'article 345 de cet instrument, « l'adoption n'est permise qu'en faveur des enfants âgés de moins de quinze ans, accueillis au foyer du ou des adoptants depuis au moins six mois ». C'est une condition *sine qua non*. Ce placement, dont les effets sont radicaux, puisqu'il fait obstacle à toute demande de restitution de l'enfant, ne peut intervenir que dans des circonstances strictement déterminées par le législateur. Ainsi, la famille d'origine doit avoir consenti valablement et définitivement à l'adoption, à moins que l'enfant ne soit pupille de l'État ou délaissé. Nous nous demandons toutefois si le prononcé d'une adoption posthume nécessite que le recueil ait duré au moins six mois, ou si une durée inférieure suffirait<sup>112</sup>. Le fait que l'article 353 ne fasse pas mention d'une durée de recueil devrait permettre de s'en affranchir. L'on appliquerait l'adage *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. S'agissant d'« une institution « d'exception », qui s'explique par des raisons d'humanité [et tend à permettre] aux intéressés de surmonter les drames de la vie »<sup>113</sup>, une relative tolérance quant à la durée de recueil serait de bon ton. À ce jour, la question n'a pas été tranchée. En cas d'adoption simple, si la condition d'un recueil régulier de l'enfant en vue de son adoption s'impose, la condition d'âge prévue à l'article 345 ne s'applique pas, étant observé « que l'article 353, alinéa 3, du Code civil, que l'article 361 du même code rend applicable en matière d'adoption simple, est rédigé en termes généraux et ne fait aucune

---

<sup>109</sup> F. PERRAUD-BILLARD, *AJ fam.* 2003. 266, obs. sous Paris, 29 avr. 2003, n° 2002/19299.

<sup>110</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 oct. 2001, n° 00-10.665 ; *RTD civ.* 2002, p. 84, obs. HAUSER. – Paris, 29 avr. 2003, n° 2002/19299 ; *AJ fam.*, 2003. 266, obs. PERRAUD-BILLARD.

<sup>111</sup> C. civ., art. 353, al. 4.

<sup>112</sup> V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. pr. Civ., V° Adoption*, n° 329.

<sup>113</sup> H. FULCHIRON, *Dr. fam.* 2017, n° 12, comm. 242, note sous Montpellier, 2 août 2017, *JurisData* n° 2017-017613.

distinction en fonction de l'âge de l'adopté »<sup>114</sup>. L'adoption simple *post mortem* peut donc concerner des enfants âgés de plus de quinze ans.

L'application de la condition de recueil régulier aux situations d'adoption simple à titre posthume pose question, car celle-ci n'a pas la même vocation que l'adoption plénière. Alors que la première est généralement « intrafamiliale »<sup>115</sup> et vise à consolider des relations établies, par exemple à la suite d'une reconstitution familiale, la seconde permet au contraire à des couples ne pouvant pas avoir d'enfant d'en accueillir un. Nous comprenons alors les difficultés que pose la condition de recueil de l'enfant en vue de son adoption. Dans l'hypothèse d'une famille recomposée, l'enfant, parfois majeur, n'est pas accueilli dans l'optique d'être adopté, mais uniquement dans le but de vivre avec les autres membres de la famille. La perspective d'une adoption vient avec le temps, une fois que des liens pérennes se sont construits avec le beau-parent. De manière unanime, la doctrine critique donc cette exigence et appelle de ses vœux à une refonte de ce dispositif<sup>116</sup>.

Pour sûr, lorsque le candidat à l'adoption décède avant le recueil de l'enfant, aucune démarche tendant au prononcé d'une adoption *post mortem* ne peut être engagée par le conjoint survivant ou par l'un des héritiers<sup>117</sup>.

**294. L'héritier.** Si la désignation du conjoint survivant en tant que personne habilitée à déposer la requête au nom de l'adoptant décédé ne pose aucune difficulté, il en va différemment pour les « héritiers », car la question s'est posée de savoir si les légataires universels, qui leur sont fréquemment assimilés au titre des successions<sup>118</sup>, pouvaient également la déposer. Il convient ici de rappeler que, classiquement, « c'est la loi qui, chez nous, fait l'héritier »<sup>119</sup>, et elle le choisit « dans la famille du *de cuius* »<sup>120</sup>. Malgré la fréquente assimilation du légataire universel à l'héritier, le juge judiciaire a privilégié une « lecture exégétique »<sup>121</sup> en considérant

---

<sup>114</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 nov. 1990, n° 89-14.565 ; *D.* 1991. 230, note BÉTANT-ROBET.

<sup>115</sup> V. ÉGÉA, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 935.

<sup>116</sup> F. EUDIER, *Rép. dr. civ., V° Adoption*, n° 421. – H. FULCHIRON, *Dr. fam.* 2017, n° 12, comm. 242, sous Montpellier, 2 août 2017, *JurisData* n° 2017-017613.

<sup>117</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 nov. 1990, n° 89-14.565. – Voir, pour une adoption internationale, TGI Clermont-Ferrand, 11 déc. 2009 ; *Dr. fam.* 2011, étude 6, note SALVAGE-GEREST.

<sup>118</sup> C. civ., art. 724-1.

<sup>119</sup> A. SÉRIAUX, *Les successions, Les libéralités*, éd. Ellipses, 2<sup>e</sup> éd., 2018, n° 9.

<sup>120</sup> *Ibid.*, n° 11.

<sup>121</sup> J. HAUSER, *RTD civ.* 2010. 543, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 mars 2010, n° 09-10.918.

que « le légataire universel n'étant pas un héritier, au sens de l'article 353, alinéa 3, du code civil, les consorts Y... n'avaient pas qualité pour présenter une requête en adoption »<sup>122</sup>. Il faut ici noter que même en cas d'exhérédation, celui qui a la qualité d'héritier ne perd pas son titre<sup>123</sup> et peut alors, en pareille hypothèse, déposer la requête.

**295. Hypothèse du décès de l'adopté.** Dans le cadre de la réforme de l'adoption intervenue en 1996, l'adoption posthume a également été permise dans l'hypothèse dans laquelle l'adopté décède avant que la requête ne soit déposée. Cette fois, de façon non moins « dramatique »<sup>124</sup>, c'est l'enfant qui succombe. Les conditions sont similaires puisqu'il est nécessaire que l'enfant ait été préalablement et régulièrement recueilli en vue de son adoption, y compris lorsqu'il s'agit d'une adoption simple. Le législateur a eu le souci de l'apaisement des parents confrontés à cette perte qui vient briser un processus intrapsychique les préparant à l'arrivée de l'enfant. Leur existence est alors nettement bousculée, qui prend un tournant aussi soudain qu'inattendu.

**296. Des effets symboliques.** En toute hypothèse, les effets de l'adoption posthume sont symboliques. Pour ne pas surajouter à la souffrance de la perte d'autrui, le jugement prononçant l'adoption *post mortem* commande la modification de l'état civil de l'intéressé – l'adoptant ou l'enfant, selon le cas. Ainsi, le lien de filiation est établi, alors pourtant que le décès est intervenu avant le dépôt de la requête emportant les effets de l'adoption. De cette manière, l'on évite qu'à la blessure affective s'ajoute la souffrance correspondant au renoncement à un état, mais aussi et principalement au trouble consécutif à l'arrêt brutal des mécanismes psychologiques qui sont à l'œuvre au cours du processus d'adoption. Pour y parvenir, une double fiction s'opère : comme dans les autres dispositifs, il y a une *fiction de survie* correspondant au caractère posthume de l'adoption, mais aussi une *fiction de filiation*, qui est liée à l'adoption. En revanche, l'établissement du lien de filiation n'emporte aucun effet d'ordre patrimonial. Il n'y a notamment aucune vocation successorale<sup>125</sup>. Ce dispositif présente donc essentiellement un intérêt moral. Si le droit n'ignore pas la mort, il passe outre celle-ci dans le seul but d'apaiser

---

<sup>122</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 mars 2010, n° 09-10.918 ; *D. Actu.* 2010. 892, obs. ÉGÉA ; *D.* 2010. 1442, obs. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD civ.* 2010. 543, obs. HAUSER.

<sup>123</sup> Cass. civ., 22 juill. 1896 ; *D.* 1896. 1. 580.

<sup>124</sup> V. ÉGÉA, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 966.

<sup>125</sup> Versailles, 3 nov. 1987 ; *D.* 1989. 458, note NICOLAS-MAGUIN.

les souffrances de celui qui reste. Il le fait « par bonté »<sup>126</sup>.

**297. Conclusion de chapitre.** La reconnaissance *post mortem* d'un état montre que le droit lutte contre « l'être mal ». L'absence ou le caractère réduit des intérêts patrimoniaux en présence indique que les dispositifs législatifs concernés ont été conçus comme une réponse à la souffrance vécue. Cette reconnaissance *post mortem* a été rendue possible grâce à une fiction de survie qui permet de se projeter par-delà la mort. Elle apporte un apaisement à ceux qui devaient accéder à l'état d'époux ou être liés par filiation.

**298. Conclusion du titre.** Le droit prévoit des dispositifs destinés à atténuer les souffrances de ceux qui ont perdu un être cher : un enfant, un fiancé. Cette intervention est révélatrice d'une évolution de notre droit, qui, soucieux du bien-être des personnes, veille à ne pas aggraver les souffrances déjà endurées. Alors que la mort est un événement naturel qui ne justifie pas *a priori* son intervention, cette évolution, dont les prémisses remontent à la seconde moitié du siècle dernier, est une innovation « considérable »<sup>127</sup>. Ces dispositifs, qui restent cantonnés aux seules hypothèses dans lesquelles les enjeux affectifs et psychologiques sont majeurs, sont toutefois perfectibles. Ainsi, dans le cas de l'enfant mort-né, il serait opportun de permettre l'établissement d'un lien de filiation afin d'inscrire l'enfant dans une chaîne générationnelle et, partant, dans l'Histoire. De même, un ajustement des conditions de l'adoption simple à titre posthume pourrait être envisagé, afin qu'elle ne soit plus soumise au recueil régulier de l'enfant en vue de son adoption. En tout cas, la menace pesant sur l'identité des survivants en raison de la fragilisation de leur position sociale, plaide pour un maintien de ces dispositifs dont la vocation est bienfaisante.

**299. Conclusion de partie.** Confronté au mal-être des hommes, le droit montre deux attitudes. La première est de réagir aux atteintes portées à l'intégrité physique et morale des personnes en accordant à celles-ci une indemnité compensatrice. De nos jours, l'ensemble des déclinaisons du mal-être, y compris les frustrations, sont considérées comme des préjudices réparables. Bien que le retentissement psychologique du mal-être laisse une empreinte indélébile, la somme d'argent obtenue en compensation du mal est le moyen pour les victimes d'obtenir un réconfort. Néanmoins, certains ajustements, parmi lesquels on retient la nécessaire autonomisation du préjudice de souffrance par rapport à l'incapacité fonctionnelle et l'abandon de la fonction punitive des dommages-intérêts dans certains domaines, sont attendus. Un

---

<sup>126</sup> H. FULCHIRON, *Dr. fam.* 2017, n° 12, comm. 242, préc.

<sup>127</sup> F. ROUVIÈRE, « La difficulté d'exister du sexe neutre », *RTD civ.* 2017. 947.

principe de réparation intégrale du préjudice le commande. Même lorsque le mal-être n'est pas imputable à autrui, le droit cherche à accompagner les personnes dont la qualité de vie est dégradée. Une somme d'argent est allouée à ceux qui sont confrontés à une vie jugée dommageable ou à une naissance "préjudiciable", même si cela nécessite un contournement des règles de la responsabilité civile. Dans les hypothèses de rejet d'une identité, le droit a une vocation thérapeutique, qui tend cependant à s'effacer en raison de l'émergence d'un « droit-providence » qui fait la place à la volonté de maîtrise des individus. La recherche de son propre bien-être risque toutefois de se faire aux dépens des autres dont la souffrance est ignorée. La seconde attitude est la lutte contre celle-ci par l'élaboration de dispositifs destinés à apaiser le mal-être des personnes confrontées au décès d'un être cher. À travers la reconnaissance juridique de l'existence de l'enfant mort-né et celle d'un état à ceux qui devaient se marier, adopter ou être adoptés, le droit apporte un apaisement. Non seulement ces personnes ont souffert de la perte de l'être cher, mais elles allaient encore souffrir de ne pas voir leur enfant reconnu ou de ne pas pouvoir accéder à l'état recherché. Ces dispositifs, bien que perfectibles, apportent une consolation en répondant à ce mal-être.



## Conclusion générale

**300. La souffrance appréhendée.** Le droit appréhende la souffrance sous ses différents aspects. « L'avoir mal » et « l'être mal » en sont les manifestations. « L'avoir mal » est une crise de la sensibilité liée à une blessure du corps ou de l'âme, la difficulté étant, dans ce dernier cas, de la saisir malgré l'absence de visibilité. Les maux de l'âme présentent au demeurant une certaine complexité, puisque certains ont dimension affective tandis que d'autres sont d'ordre intellectuel. Aux peines du cœur, qui viennent en réaction à l'atteinte portée aux liens d'affection, s'opposent les réactions naturelles d'ordre psychologique aux menaces auxquelles les hommes sont exposés. Quelle que soit la cause de la crise, la personne se douloit. Le droit saisit également « l'être mal », qui correspond à la perturbation du cours habituel de la vie. L'épreuve vécue par la personne occasionne une rupture existentielle. Tout ce qui compose une vie d'homme est alors concerné : l'apparence, les loisirs, la sexualité, ainsi que les gestes et mouvements du quotidien. La personne en ressent un malaise, une gêne, un désarroi, qui renvoient au retentissement psychologique du bouleversement existentiel. L'évolution du mode de vie des hommes et la technicisation de la médecine sont à l'origine de sa prise en considération par le droit, les hommes accordant une plus grande attention à leur bien-être. Dans tous les cas, la souffrance est le sens que la personne donne au mal éprouvé. Elle suppose une prise de conscience de ce qui a été vécu. Une juste appréhension de la souffrance par le droit nécessite donc d'approcher ce sens, mais, comme nous l'avons démontré, cette entreprise est nécessairement compromise par l'impossible traduction de ce sentiment, même en présence d'éléments objectivant le mal. Cela rend cette appréhension malaisée.

**301. Les moyens juridiques d'appréhension.** Confronté à la souffrance des hommes, le droit a réagi en accordant une indemnité à celui qui est injustement éprouvé par celle-ci. Il a fait une place à l'intérêt moral de la victime. Dans une approche résolument subjective, qui conduit de nos jours à n'indemniser les personnes se trouvant dans le coma qu'à la condition qu'elles ressentent les manifestations douloureuses, la souffrance est prise en considération dans la diversité de ses nuances : souffrance physique, souffrance affective, angoisses, traumatismes psychologiques. Chaque fois, l'on cherche à appréhender la prise de conscience par la personne de cette souffrance. Dans la mesure où le préjudice de souffrance est apprécié subjectivement, il appartient au juge de s'intéresser au vécu de la personne, à son parcours, à

son histoire, car c'est dans la singularité de l'être que la souffrance frappe. Pour sûr, une souffrance physique est plus aisément appréhendable, dès lors que la présence fréquente de lésions donne à son évaluateur la mesure de la douleur ayant pu être ressentie. Cela explique certainement que les souffrances physiques aient été, pendant longtemps, mieux prises en charge que les souffrances morales sur le plan indemnitaire. Cette différence s'est néanmoins estompée à la suite des attaques terroristes dont la France a été la cible. Les conséquences majeures des attentats sur la psychologie des victimes ont contribué à la mobilisation des acteurs de la réparation des préjudices corporels afin que les troubles psychologiques soient correctement pris en charge.

Le mal-être injustement subi par une personne est également pris en considération. Cela impliquait nécessairement une approche subjective de ce préjudice de souffrance, étant donné que le bouleversement dans les conditions d'existence dépend des choix de vie effectués par la personne concernée. Depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, l'ensemble des causes du mal-être ont été reconnues : l'atteinte à l'esthétique, la perte d'agrément, les troubles de la sexualité et, plus largement, l'ensemble des frustrations dont l'homme peut injustement souffrir. La victime peut désormais obtenir réparation du retentissement psychique du mal-être.

Malgré cela, la perspective d'une réparation reste illusoire. Même si l'on a cerné la personnalité de la victime et les répercussions internes du mal, la réparation au sens classique du terme s'avère impossible car la souffrance ne se chiffre pas. Seule une compensation *sui generis* est envisageable. De toute évidence, la douleur a laissé son empreinte dans la vie de la personne. Ineffaçable, elle peut au plus être contrebalancée par les plaisirs que la personne sera à même de se donner par l'utilisation des indemnités reçues. Au reste, la crainte d'un éclatement du préjudice moral ne semble pas fondée, puisque le juge se borne à réparer les dimensions de la souffrance. Cela assure à la victime la prise en compte des divers aspects de son mal.

Par le déploiement de la technique médicale, il a été possible de lutter directement contre lui en apportant au patient les soins et traitements que son état requiert. Le droit ne saurait prétendre obtenir l'anéantissement de toute souffrance, car il reste la conscience d'une vie malmenée et, parfois, d'une vie qui prend fin. Pour autant, le droit a pris part à la lutte contre « l'avoir mal », afin d'apporter aux malades et aux accidentés le soulagement qu'ils espèrent. La relation entre le médecin et son patient en a été bouleversée. Le médecin a été tenu de prendre en charge la souffrance de son patient en utilisant les traitements appropriés. Le patient lui-même s'est vu reconnaître un droit au soulagement. Il est vrai que la souffrance est de nature à lui ôter sa liberté. La préservation de la dignité de l'être humain justifiait alors une lutte contre

la souffrance. L'innovation principale réside dans le fait que le droit est devenu un auxiliaire médical. Face à une situation clinique dans laquelle l'enjeu est la préservation de la santé et de la dignité du patient, le droit prévoit désormais un certain nombre de dispositifs auxquels le médecin est tenu, qui consistent à prendre en charge la souffrance du patient aussi bien sur le plan technique qu'humain. Dans un contexte où la psychologie des hommes est mise à rude épreuve, la technique n'était pas la seule réponse à apporter, même si elle est indispensable. Il fallait se ménager la possibilité d'accompagner le patient pendant cette période difficile, ce que le droit encourage dès le début de la prise en charge. Il impose également un recours à la technique médicale, qui doit être proportionnel à l'intensité de la souffrance éprouvée. Depuis une loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, le médecin est invité à mettre en place un traitement dont le dénouement peut être le décès de son patient lorsque celui-ci est en phase avancée ou terminale et que sa souffrance est jugée réfractaire aux traitements médicaux. Dans un souci de sauvegarde de la dignité du patient, le droit prend les mesures qui s'imposent pour conjurer le mal. Si le patient s'est vu reconnaître des droits subjectifs, parmi lesquels on compte, depuis la loi du 2 février 2016, le droit à une sédation profonde et continue jusqu'au décès, ils sont orientés vers le seul soulagement de la souffrance. Au plus permettent-ils de suppléer l'inertie du pouvoir médical. Par leur exercice, le patient ne saurait en tout cas maîtriser sa destinée en présentant sa propre conception de la dignité. Celle-ci est entendue objectivement par le droit comme appartenant à tout homme quel que soit son état de santé.

Une lutte contre le mal-être des hommes s'est aussi organisée, le droit venant une fois encore se placer aux côtés de la médecine. Il s'agit cette fois d'une médecine du désir, qui vise à favoriser l'épanouissement de ceux qui la sollicitent. À la faveur des techniques médicales modernes, il est devenu possible de modeler son identité. Là aussi, le droit peut avoir une vocation thérapeutique, mais il faut alors que la personne présente une pathologie médicalement identifiée et que le droit participe directement à son apaisement. Au contraire, cette vocation thérapeutique cesse à partir du moment où le droit subjectif s'affirme et que la dimension pathologique est évacuée. Alors, la personne prend des décisions pour elle-même et dans son intérêt exclusif. Cette trajectoire est celle qu'emprunte actuellement notre droit. L'ouverture de l'AMP aux couples de femme s'y inscrirait. Toujours dans la lutte contre le mal-être, notre droit s'est par ailleurs enrichi ces dernières décennies de mesures hautement symboliques. Dans le cas où le décès d'une personne chère – un enfant à naître ou à adopter, un fiancé – compromet l'accession du survivant à un statut, il est possible à ce dernier de l'obtenir *post mortem*. Le

recours à la fiction permet de se projeter par-delà la mort pour asseoir un lien de droit si important sur le plan identitaire. Le survivant peut alors plus aisément faire son deuil.

**302. Les dangers de la technique.** La technicisation de la médecine a joué un rôle décisif dans la manière par laquelle la souffrance est de nos jours saisie par le droit. Elle a notamment permis la lutte contre celle-ci au moyen de dispositifs destinés à la conjurer. Seulement, les hommes s'en sont également saisis dans leur propre intérêt afin de favoriser leur épanouissement, ce que le législateur a encouragé en évacuant progressivement la nécessaire dimension thérapeutique du recours aux techniques médicales, que ce soit en matière de transsexualisme ou dans le cadre du projet de loi sur l'extension de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes célibataires. Ce mouvement est inquiétant, car il soutient les individualismes sans se soucier des souffrances qui risquent d'être infligées aux autres. L'enfant, dont on sait la vulnérabilité, est particulièrement exposé. Cela devrait inciter les autorités compétentes à appliquer dans ce domaine un principe de précaution. Alors que le droit s'est enrichi de mesures destinées à réagir et à lutter contre la souffrance, il serait regrettable qu'il favorise à travers le développement des droits subjectifs des situations de nature à générer de nouvelles souffrances, car sa mission est d'assurer la cohésion de la société. C'est aussi la cohérence de notre droit qui est en jeu, dont les dispositions actuelles visent à réduire le mal. Alors souvenons-nous : « fuir le mal, voilà l'intelligence » (Job 28, 28).

# **Bibliographie**

## **1) OUVRAGES ET ARTICLES NON JURIDIQUES**

### **- OUVRAGES**

#### **ABIVEN (M.),**

- Une éthique pour la mort, éd. Desclée de Brouwer, 1995.

#### **ALEXANDRE (L.),**

- La mort de la mort, éd. JC Lattès, coll. Essais et documents, 2011.

#### **ARIÈS (P.),**

- L'homme devant la mort, Seuil, vol. 1, 1977.

#### **ARISTOTE,**

- Éthique à Nicomaque, éd. Vrin, 1987.
- La Grande Morale, *in* Œuvres d'Aristote (trad. J. BARTHÉLÉMY SAINT-HILAIRE), t. III, Durand, 1856.

#### **AVFT,**

- De l'abus de pouvoir sexuel : le harcèlement sexuel au travail, éd. La Découverte, 1990.

#### **BATAILLE (P.),**

- À la vie, À la mort. Euthanasie : le grand malentendu, éd. Autrement, coll. Haut et fort, 2012.

#### **BLANCHET (D.), PINARD (J.),**

- Cours complet d'histoire de France, Belin Frères, 1896.

#### **BOUHASSIRA (D.),**

- Les douleurs neuropathiques, Institut UPSA de la douleur, 2000.

#### **CAMUS (A.),**

- La peste, éd. Gallimard, coll. NRF, 1947.

#### **CARCILLO (S.), VALFORT (M.-A.),**

- Les discriminations au travail : femmes, ethnicité, religion, âge, apparence, LGBT, Presses de SciencesPo, 2018.

#### **CASTEL (P.-H.),**

- La métamorphose impensable. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle, éd. Gallimard, 2003.

**CHILAND (C.),**

- Le transsexualisme, PUF, 2003.

**CROMER (S.),**

- Le harcèlement sexuel en France, La Documentation française, 1995.

**DAYAN (J.),**

- Psychopathologie de la périnatalité, éd. Masson, coll. Les âges de la vie, 1999.

**DE GAULEJAC (V.),**

- La société malade de la gestion, éd. du Seuil, 2009.
- Travail, les raisons de la colère, éd. du Seuil, coll. Économie humaine, 2011.

**DE HENNEZEL (M.),**

- La mort intime, éd. Robert Laffont, 1995.
- Nous ne nous sommes pas dit au revoir, éd. Robert Laffont, coll. Pocket, 2000.

**DE LA BRUYÈRE (J.),**

- Œuvres, éd. A. Belin, 1820.

**DE STAËL (G.),**

- Œuvres complètes, t. III, Treuttel et Würtz, 1820.

**DEJOURS (C.),**

- Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale, éd. du Seuil, 2014.

**DEJOURS (C.), CFDT,**

- Souffrance au travail, éd. Chronique sociale, 2012.

**DHONDT (J.), ROUCHE (M.),**

- Le Haut Moyen Âge, éd. Bordas, coll. Études, 1976.

**DIAT (N.),**

- Un temps pour mourir, éd. Pluriel, 2019.

**DUBY (G.),**

- Hommes et structures du Moyen Âge, éd. Mouton, 1973.

**DUMAZEDIER (J.),**

- Vers une civilisation du loisir ?, éd. du Seuil, 1962.

**FOURASTIÉ (J.),**

- Machinisme et bien-être, Les Éditions de Minuit, 1951.

**ELLUL (J.),**

- La Technique ou l'enjeu du siècle, éd. Armand Colin, coll. Sciences politiques, 1954.

**ÉLUARD (P.),**

- Le dur désir de durer, Œuvres complètes, éd. Gallimard, coll. La Pléiade, 1946.

**FRYDMAN (R.),**

- L'irrésistible désir de naissance, PUF, 1986.

**GAILLE (M.),**

- Le désir d'enfant, PUF, coll. La nature humaine, 2011.

**GARCIA (L.),**

- FIV et qualité de vie du couple, Mémoire Aix-Marseille II, 2002.

**GOFFMAN (E.),**

- Stigmate, Les Éditions de Minuit, coll. Le sens commun, 1975.

**GUISLAIN (J.),**

- Traité sur les phrénopathies, Bruxelles, Établissement encyclographique, 2<sup>e</sup> éd., 1835.

**HENRY (S.),**

- Vaincre la tuberculose (1879-1939) : La Normandie en proie à la peste blanche, PURH, 2013.

**HIRIGOYEN (M.-F.),**

- Le harcèlement moral, Pocket, 2012.

**JEAN-PAUL II,**

- Le sens chrétien de la souffrance, éd. Pierre Téqui, 2012.

**JOUSSELLIN (C.),**

- Douleur, tu perds ton temps, éd. La Méridienne/Desclée de Brouwer, 2005.

**KUNDERA (M.),**

- La valse aux adieux (trad. F. KÉREL), éd. Gallimard, coll. Folio, 1978.

**LE BRETON (D.),**

- Anthropologie de la douleur, éd. Métailié, 2006.
- Anthropologie du corps et modernité, PUF, 7<sup>e</sup> éd., 2013.
- Expériences de la douleur. Entre destruction et renaissance, éd. Métailié, coll. Traversées, 2010.

**LERAY (G.),**

- Discriminations en entreprise, éd. Gereso, coll. L'essentiel pour agir, 5<sup>e</sup> éd., 2018.

**LOUIS (P.),**

- Avant le mariage, éd. Artège, 2<sup>e</sup> éd., 2013.

**MARIN (C.),**

- Hors de moi, éd. J'ai lu, 2013.

**MOREIRA (P.), PROLONGEAU (H.),**

- Travailler à en mourir, Flammarion, 2009.

**PASCAL (B.),**

- Pensées, éd. Gallimard, coll. Folio Classique, 2004.

**PIQUET (J.),**

- Ne les laissez pas mourir seuls, éd. Desclée de Brouwer, 1997.

**PORTES (L.),**

- À la recherche d'une éthique médicale, PUF, 1954.

**PROUST (M.),**

- À la recherche du temps perdu, t. III, éd. Gallimard, coll. Bibliothèque de la pléiade, 1988.

**REY (R.),**

- Histoire de la douleur, éd. La Découverte, 2011.

**RICOT (J.),**

- Dignité et euthanasie, éd. Pleins Feux, 2003.

**RUSSIER (J.),**

- La souffrance, PUF, 1963.

**SEIGNOBOS (C.),**

- Histoire de la Civilisation au Moyen Âge et dans les Temps Modernes, éd. G. Masson, 1887.

**SELBOURNE (D.),**

- Le principe de devoir : essai sur les fondements de l'ordre civil (trad. M.-J. MINASSIAN), éd. de l'Éclat, 1997.

**STOLLER (R.),**

- Recherches sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme, éd. Gallimard, 1978.
- Masculin ou féminin ?, PUF, 1989.

**TAVERNIER (M.),**

- Les soins palliatifs, PUF, coll. Que sais-je ?, 4<sup>e</sup> éd., 2000.

**THOMAS (C.),**

- Souffrir, éd. Payot & Rivages, coll. Rivages poche, 2004.

**VELPEAU (A.),**

- Leçons orales de clinique chirurgicale, t. 1, éd. Germer Baillière, 1840.

**VERGELY (B.),**

- La souffrance, éd. Gallimard, coll. Folio / Essais, 2011.

**VERSPIEREN (P.),**

- Face à celui qui meurt, éd. Desclée de Brouwer, 9<sup>e</sup> éd., 1999.



## - ARTICLES

### **ABIVEN (M.),**

- Les soins palliatifs : pour qui ? pour quoi ?, *in* Pour une mort plus humaine (dir. M. ABIVEN), InterEditions, 1990.

### **ANAND (KJ.), SIPPELL (WG.), AYSLEY-GREEN (A.),**

- *Randomised trial of fentanyl anaesthesia in preterm babies undergoing surgery : effects on the stress response, Lancet* 1987 ; 1 : 62-6.

### **ARÈNES (J.),**

- La question du genre, *Études*, 2007/1, t. 406, p. 42-50.

### **ATALLAH (F.), GUILLERMOU (Y.),**

- L'homme et sa douleur : dimension anthropologique et sociale, *AFAR* 2004, n° 23, p. 722-729.

### **AUBRY (R.), BLANCHET (V.), VIALARD (M.-L.),**

- La sédation pour détresse chez l'adulte dans des situations spécifiques et complexes, *Méd. palliat.* 2010, n° 2, p. 71-79.

### **BACQUÉ (M.-F.),**

- Deuils et traumatismes, *Ann. Méd. Psychol.* 2006, n° 164, p. 357-363.

### **BESSELES (P.),**

- Traumatisme sévère et psychose post-traumatique, *L'évolution psychiatrique*, 2012, n° 77, p. 29-52.

### **BICHET (J.-C.),**

- La cicatrice cutanée : du traumatisme à la cicatrisation, *Gaz. Pal.* 22 juin 2013, n° 173.

### **CAILLON (E.),**

- Les troubles psycho-traumatiques chez l'adulte, *Gaz. Pal.* 17 févr. 2015, p. 14.

### **CAMBERLEIN (Y.),**

- L'approche somatique du malade en fin de vie, *in* Pour une mort plus humaine (dir. M. ABIVEN), InterEditions, 1990.

### **CARLIER (A.-M.),**

- Vers une globalité des soins infirmiers, *in* Pour une mort plus humaine (dir. M. ABIVEN), InterEditions, 1990.

### **CERISE (L.),**

- Généralités. Que faut-il entendre, en physiologie et en pathologie, par ces mots : influence du moral sur le physique, influence du physique sur le moral ?, *Ann. Méd. Psychol.* 1843, 1, 1-20.

**CHERNY (N.), PORTENOY (R.),**

- *Sedation in the management of refractory symptoms : guidelines for evaluation and treatment, J Palliat Care*, 1994, 10 (2).

**CHIRPAZ (F.),**

- Pâtir et interpréter la vie, *in* La douleur et la souffrance (dir. C. PERROTIN, M. DEMAISON), Les Éditions du Cerf, 2002.

**COGNET (A.), MASSON (C.),**

- Souviens-toi. Processus de deuil, processus de création, *Evol. psychiatr.* 2019, 84 (4), p. 539-548.

**COQ (J.-M.), ROMANO (H.), SCELLES (R.),**

- La mort d'un enfant : processus de deuil dans le groupe familial, *Neuropsychiatr. Enfance Adolesc.* 2011, n° 59, p. 356-361.

**DANZIGER (N.),**

- La perception de la douleur d'autrui, *Ann. Méd. Psychol.* 2014, n° 172, p. 115-118.

**DAUBECH (J.-F.),**

- Entretiens préalables, *in* Désirs d'enfants (dir. J. ANDRÉ, C. CHABERT), PUF, 2009.

**DERZELLE (M.),**

- "Palliativement correct" (et respecter le malade dans ce qu'il vit), *Le courrier de l'A.P.M.*, 1999, n° 9.

**DESPINOY (L.),**

- L'accompagnement, *in* Questions d'éthique biomédicale (dir. J.-F. MATTEI), éd. Flammarion, coll. Nouvelle bibliothèque scientifique, 2008.

**DU JEU (M.-A.),**

- Les bénévoles dans l'unité de soins palliatifs, *in* Pour une mort plus humaine (dir. M. ABIVEN), InterEditions, 1990.

**FONDRAS (J.-C.), RAMEIX (S.),**

- Questions éthiques associées à la pratique de la sédation en phase terminale, *Méd. palliat.* 2010, n° 3, p. 120-125.

**GAILLARD (A.),**

- Douleur morale, douleur physique : mécanismes neurobiologiques et traitement, *Ann. Méd. Psychol.* 2014, n° 172, p. 104-107.

**GAMBLIN (V.), DA SILVA (A.), VILLET (S.), LADRAT (L.),**

- La sédation en médecine palliative : un soin de la limite et du paradoxe, *Éth. & Santé* 2014, n° 3, p. 176-183.

**GIRAULT (N.), PÉLISSOLO (A.),**

- L'approche psychologique des troubles anxieux : information, soutien et psychothérapies, *Ann. Méd. Psychol.* 2003, n° 161, p. 260-261.

**GEORGANTELIS (C.),**

- Douleur et souffrance, *in* Questions d'éthique biomédicale (dir. J.-F. MATTEI), éd. Flammarion, coll. Nouvelle bibliothèque scientifique, 2008.

**GIRE (P.),**

- Douleur et philosophie, *in* La douleur et la souffrance (dir. C. PERROTIN, M. DEMAISON), Les Éditions du Cerf, 2002.

**HAMERMESH (D. S.), BIDDLE (J. E.),**

- *Beauty and the labor market*, *American Economic Review*, 84, 5, 1994, p. 1174-1194.

**HANUS (M.),**

- Deuils normaux, deuils difficiles, deuils compliqués et deuils pathologiques, *Ann. Méd. Psychol.* 2006, n° 164, p. 349-356.

**HAYEZ (J.-Y.),**

- L'adoption et son contexte psychosocial contemporain, *Neurop. enf. ado.*, 2006, n° 54, p. 228-232.

**KUHN (P.), STRUB (C.), ASTRUC (D.),**

- Problèmes liés à l'évaluation de la douleur chez le nouveau-né en situation de soins palliatifs, *Arch. pédiat.* 2010 ; 17 : S59.

**LE BERRE (R.),**

- Le deuil comme épreuve de la relation : une approche philosophique de la perte, *Kinesither Rev.*, 2016, n° 16, p. 27-34.

**LE BRETON (D.),**

- Douleur et sens : les modulations de la souffrance, *Douleurs*, 2010, p. 177-181.
- L'individualisation du rapport à la mort, *in* Les proches et la fin de vie médicalisée (dir. B. FEUILLET-LIGER), éd. Bruylant, coll. Droit, Bioéthique et Société, 2013.

**LEBIGOT (F.),**

- Le traumatisme psychique au risque de la parole. Le rôle du transfert dans les psychothérapies, *Ann. Méd. Psychol.* 2017, n° 175, p. 31-38.

**LEJEUNE (V.),**

- Fausses-couches précoces répétées : bilan étiologique et prise en charge des grossesses ultérieures, *JGOBR* 2010, 39S, F11-F16.

**MASSON (M.), MUIRHEID-DELACROIX (B.),**

- La douleur morale : historique et devenir d'un concept clinique, *Ann. Méd. Psychol.* 2014, p. 139-145.

**MATTEI (J.-F.), LA PIANA (J.-M.),**

- Fin de vie, *in* Questions d'éthique biomédicale (dir. J.-F. MATTEI), éd. Flammarion, coll. Nouvelle bibliothèque scientifique, 2008.

**MATTELAER (X.), AUBRY (R.),**

- Pratique de la sédation aux Pays-Bas : preuve du développement des soins

palliatifs ou dérive euthanasique ?, *Méd. palliat.* 2012, n° 3, p. 133-141.

**MENTEC (M.), FLAHAULT (C.),**

- Perdre un parent dans l'enfance : état des lieux des connaissances théoriques et des enjeux cliniques. Description et enjeux de la perte d'un parent dans l'enfance, *Bull. Cancer* 2015, n° 3, p. 287-294.

**MOREL FATIO (M.),**

- Évaluation de la douleur chez la personne présentant un handicap, *Douleurs* 2005, 6, O10, p. 20.

**PERROTIN (C.),**

- Perspective, in *La douleur et la souffrance* (dir. C. PERROTIN, M. DEMAISON), Les Éditions du Cerf, 2002.

**PEYRARD (C.),**

- De quoi la sédation est-elle le nom ?, *Éth. & Santé* 2016, n° 1, p. 33-36.

**PIERRON (J.-P.),**

- Douleur, souffrance et mal, *Méd. palliat.* 2009, n° 8, p. 39-44.

**RADAT (F.),**

- Stress et douleur, *Ann. Med. Psychol.* 2014, n° 172, p. 108-110.

**RICOEUR (P.),**

- La souffrance n'est pas la douleur, in *Souffrance et douleur – Autour de Paul Ricoeur*, (dir. C. MARIN, N. ZACCAI-REYNERS), PUF, 2013.

**RODRIGUEZ (A.),**

- La souffrance : effondrement et refondation des valeurs, *Éth. & Santé*, 2004, p. 64-69.

**ROQUEBERT (P.),**

- Une nouvelle approche de la souffrance globale de personnes en fin de vie, *Méd. palliat.* 2009, n° 2, p. 91-95.

**SADLER (K.),**

- Comment soigner en étant soi-même touché par la douleur de l'autre ?, *Méd. palliat.* 2014, p. 268.

**SALAMAGNE (M.-H.), POURCHET (S.),**

- Euthanasie, sédation, aux limites du soin : les situations extrêmes en fin de vie, in *Face aux fins de vie et à la mort*, (dir. E. HIRSCH et préf. J. LEONETTI), éd. Vuibert, coll. Espace Ethique, 2009, p. 264-275.

**SIBERTIN-BLANC (D.), VIDAILHET (C.),**

- De l'effraction corporelle à l'effraction psychique, *Neuropsych. enf. ado.* 2003, n° 51, p. 1-4.

**ZITTOUN (R.),**

- Détresse en fin de vie : questionnement éthique sur la sédation, *Presse méd.* 2011, n° 5, p. 486-492.

## 2) OUVRAGES, ARTICLES ET NOTES JURIDIQUES

### - OUVRAGES GÉNÉRAUX

#### **BACACHE-GIBEILI (M.),**

- Les obligations, t. 5, La responsabilité civile excontractuelle, *in* Traité de droit civil, (dir. C. LARROUMET), éd. Economica, coll. Corpus Droit Privé, 3<sup>e</sup> éd., 2016.

#### **BEIGNIER (B.), BINET (J.-R.),**

- Droit des personnes et de la famille, LGDJ, coll. Cours, 4<sup>e</sup> éd., 2019.

#### **BÉNABENT (A.),**

- Droit des obligations, LGDJ, coll. Précis Domat, 2018.

#### **BOULOC (B.),**

- Droit pénal général, Dalloz, coll. Précis, 26<sup>e</sup> éd., 2019.

#### **BRUN (P.),**

- Responsabilité civile excontractuelle, éd. LexisNexis, 5<sup>e</sup> éd., 2018.

#### **BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.),**

- Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille, éd. Sirey, coll. Université, 20<sup>e</sup> éd., 2018.
- Droit civil. Les obligations, éd. Sirey, coll. Université, 15<sup>e</sup> éd., 2017, n° 2277.

#### **CABRILLAC (R.),**

- Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, Hors collection, 23<sup>e</sup> éd., 2017.

#### **CARBASSE (J.-M.),**

- Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, PUF, coll. Droit fondamental, 3<sup>e</sup> éd., 2014.

#### **CARBONNIER (J.),**

- Droit civil, t. II, La famille, l'enfant, le couple, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2002.
- Droit civil, t. IV, Les obligations, PUF, coll. Thémis, 1996.

#### **CORNU (G.),**

- Droit civil, La famille, éd. Montchrestien, coll. Domat droit privé, 9<sup>e</sup> éd., 2006.

#### **DUMONT (M.), BERGOIGNAN-ESPER (C.),**

- Droit hospitalier, Dalloz, coll. Cours, 2017.

#### **FABRE-MAGNAN (M.),**

- Droit des obligations, t. II, Responsabilité civile et quasi-contrats, PUF, coll. Thémis droit, 4<sup>e</sup> éd., 2019.

**FÉRAUD-GIRAUD (L.-J.-D.),**

- Code des transports de marchandises et de voyageurs par chemins de fer, t. III, éd. G. Pédone-Lauriel, coll. Petite encyclopédie juridique, 2<sup>e</sup> éd., 1883.

**GALISSET (C.-M.),**

- Corps du droit français ou recueil complet des lois, décrets, ordonnances, t. I, 1843.

**GAUDEMET (J.),**

- Droit privé romain, Montchrestien, coll. Domat, 1998.

**GOUBEAUX (G.),**

- Traité de droit civil, Les personnes, LGDJ, 1989.

**JAMET DE LA GUESSIERE (A.),**

- Journal des principales audiences du Parlement, t. III, 1757.

**JHERING,**

- Œuvres choisies, trad. Meulenaere, vol. II, Marescq, 1893.

**LAMBERT-FAIVRE (Y.), PORCHY-SIMON (S.),**

- Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, Dalloz, coll. Précis, 8<sup>e</sup> éd., 2015.

**LARGUIER (J.), CONTE (P.), MAISTRE DU CHAMBON (P.),**

- Droit pénal général, Dalloz, coll. Mémentos, 23<sup>e</sup> éd., 2018.

**MOQUET-ANGER (M.-L.),**

- Droit hospitalier, LGDJ, coll. Manuel, 5<sup>e</sup> éd., 2018.

**LE ROY (M.), LE ROY (J.-D.), BIBAL (F.),**

- L'évaluation du préjudice corporel (préf. J.-P. DINTILHAC), LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 21<sup>e</sup> éd., 2018.

**MARAIS (A.),**

- Droit des personnes, éd. Dalloz, coll. Cours, 3<sup>e</sup> éd., 2018.

**MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), TUNC (A.),**

- Traité de la responsabilité, t. I, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd., 1965.

**MOR (G.),**

- Évaluation du préjudice corporel, Dalloz, coll. Delmas, 2<sup>e</sup> éd., 2014.

**PLANIOL (M.), RIPERT (G.),**

- Traité élémentaire de droit civil, t. II, LGDJ, 1935.

**SAVATIER (R.),**

- Traité de la responsabilité civile en droit français, t. II, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1951.

**SÉRIAUX (A.),**

- Le droit : une introduction, éd. Ellipses, 1997.
- Les personnes. Cours de droit civil, Aix-Marseille, 2019, non publié.
- Les successions, Les libéralités, éd. Ellipses, 2<sup>e</sup> éd., 2018.

- Manuel de droit des obligations, PUF, coll. Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2020.

**TERRÉ (F.), FENOUILLET (D.),**

- Droit civil. Les personnes, Dalloz, coll. Précis, 8<sup>e</sup> éd., 2012.

**TERRÉ (F.), FENOUILLET (D.), GOLDIE-GÉNICON (C.),**

- Droit civil. La famille, Dalloz, coll. Précis, 9<sup>e</sup> éd., 2018.

**TEYSSIÉ (B.),**

- Droit des personnes, LexisNexis, coll. Manuel, 20<sup>e</sup> éd., 2018.

**TRUCHET (D.),**

- Droit de la santé publique, Dalloz, coll. Mémentos, 10<sup>e</sup> éd., 2020.

## - OUVRAGES SPÉCIAUX

### **ANCIAUX (N.),**

- Essai sur l'être en droit privé, Th. Paris II, 2018.

### **AUMONIER (N.), BEIGNIER (B.), LETELLIER (P.),**

- L'euthanasie, PUF, coll. Que sais-je ?, 6<sup>e</sup> éd., 2012.

### **BAILLON-WIRTZ (N.),**

- La famille et la mort, éd. Defrénois, coll. Doctorat & notariat, 2006.

### **BEIGNIER (B.),**

- L'honneur et le droit (préf. J. FOYER), LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014.

### **BONDON (M.-S.),**

- Le principe de réparation intégrale du préjudice, Th. Montpellier, 2019.

### **CADIET (L.),**

- Le préjudice d'agrément, Th. Poitiers, 1983.

### **CARBONNIER (J.),**

- Droit et passion du droit sous la Ve République, éd. Flammarion, 1996.

### **CHARTIER (Y.),**

- La réparation du préjudice dans la responsabilité civile, Dalloz, 1983.

### **COUTANT-LAPALUS (C.),**

- Le principe de la réparation intégrale en droit privé (préf. F. POLLAUD-DULIAN), PUAM, 2002.

### **DORVILLE (A.),**

- De l'intérêt moral dans les obligations, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Th. Paris, 1901.

### **DUBOIS (M.),**

- Pretium doloris, Th. Lyon, 1935.

### **DUPRÉ (C.),**

- Le droit à l'enfant. Le droit face au désir d'enfant, Mémoire Aix-Marseille III, 2010.

### **GANOT (J.),**

- La réparation du préjudice moral, Th. Paris, 1924.

### **GIVORD (F.),**

- La réparation du préjudice moral, Th. Grenoble, 1938.

### **GUIDONI (M.),**

- Le préjudice esthétique, Th. Paris I, 1977.



**HORN (R.),**

- Le droit de mourir. Choisir sa fin de vie en France et en Allemagne (préf. S. BATEMAN), PUR, coll. Essais, 2013.

**LAMBERT-ABDELGAWAD (E.),**

- L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, éd. du Conseil de l'Europe, 2<sup>e</sup> éd., 2008.

**LEGROS (B.),**

- L'euthanasie et le droit. État des lieux sur un sujet médiatisé, LEH Édition, 2<sup>e</sup> éd., 2006.
- Le droit de la mort dans les établissements de santé, LEH Édition, coll. Tout savoir sur, 1998.

**MANTELET (A.),**

- La réparation du préjudice moral, Th. Paris, 1907.

**MIRKOVIC (A.),**

- PMA, GPA, La controverse juridique, éd. Pierre Téqui, 2014.
- La PMA : un enjeu de société, éd. Artèges, 2018.

**POLACK (J.),**

- Lésion aux sentiments d'affection, Th. Grenoble, 1942.

**RIPERT (G.),**

- La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014.

**ROUJOU DE BOUBÉE (M.-È),**

- Essai sur la notion de réparation, LGDJ, 1974.

**SALAS (D.),**

- Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme, PUF, coll. Les voies du droit, 1994.

**SAUVAT (C.),**

- Réflexions sur le droit à la santé (préf. A. LEBORGNE), PUAM, 2004.

**SAVATIER (R.),**

- Métamorphoses du droit civil contemporain, 1954.

**SUDRE (F.),**

- La Convention européenne des droits de l'homme, PUF, coll. Que sais-je ?, 2<sup>e</sup> éd., 1992.

**VALENTINO (C.-L.),**

- Accidents du travail et blessures de guerre, Th. Bordeaux, 1917.

## - RÉPERTOIRES ET ENCYCLOPÉDIES

### **ANGEVIN (H.),**

- Fasc. 20 : Saisine, Procédures arrêts : JCl Proc. pén., art. 622 à 626-1.

### **BRUN (P.),**

- 225 : Aspects pratiques de la réparation du dommage corporel ; Lamy Responsabilité.

### **CARON (D.),**

- Fasc. 30 : Tribunal correctionnel. – Débats. – Comparution et citation : JCl Proc. pén., art. 137 à 150.

### **CÉRÉ (J.-P.),**

- « Peine : nature et prononcé », Rép. pén., Dalloz, 2008 (actualisation 2020).

### **DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.),**

- 420 : Les règles particulières en matière de procréation médicalement assistée ; Lamy Personnes et Famille.

### **DORSNER-DOLIVET (A.),**

- 214 : Le statut de l'embryon : Lamy Personnes et Famille.

### **DUPONT (M.),**

- Fasc. 36 : Lutte contre la douleur et soins palliatifs : FM Litec – Droit médical et hospitalier.

### **DUPUIS (M.),**

- 223 : Les droits de la personnalité ; Lamy Personnes et Famille.
- 226 : La protection de la vie privée ; Lamy Personnes et Famille.
- 229 : La protection des intérêts moraux ; Lamy Personnes et Famille.
- 274 : L'usage et la protection du nom et du prénom ; Lamy Personnes et Famille.

### **EUDIER (F.),**

- « Adoption », Rép. dr. civ., Dalloz, 2008 (actualisation 2020).

### **GUILLARD (C.),**

- Fasc. 842 : Préjudice réparable : JCl Administratif.

### **GUYOT (J.-N.),**

- « Adultère », « Réparation civile », « Sépulture », *in* Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, t. XV, 1785.

### **LAGRANGE (M.-C.),**

- Fasc. 202-1-3 : Évaluation du préjudice corporel. Atteintes à l'intégrité physique : JCl Civil Code, art. 1382 à 1386.
- Fasc. 202-20 : Évaluation du préjudice corporel : dommages à la personne en cas

de décès : JCl Civil Code, art. 1240 à 1245-17.

**LAMARCHE (M.), LEMOULAND (J.-J.),**

- « Mariage : Effets », Rép. civ., Dalloz, 2019.

**LAMBOLEY (A.),**

- Fasc. unique : Mariage posthume : JCl Civil Code, art. 171.

**LARRIBAU-TERNEYRE (V.), AZAVANT (M.),**

- « Adoption », Rép. pr. civ., Dalloz, 2019.

**LAVERGNE (B.),**

- Fasc. 370-40 : Responsabilités. Modalités de la réparation : JCl Resp. civ. et assur.

**LEDUC (F.),**

- Fasc. 201 : JCl Civil Code, art. 1382 à 1386.

**LEROY (J.),**

- Fasc. 20 : Tribunal correctionnel. – Jugement sur l'action publique et la demande en réparation. – Dommages et intérêts : JCl Proc. pén., art. 464.

**MARKUS (J.-P.),**

- Fasc. 906-20 : Responsabilité des établissements publics de santé. Réparation : JCl Administratif.

**PERIER (M.),**

- Fasc. 202-1-2 : Atteintes à l'intégrité physique, évaluation des préjudices : JCl Resp. civ. et assur., art. 1382 à 1386.

**PIEDELIEVRE (S.), PIGNARRE (L.-F.), BRUN (P.),**

- 222 : Les différentes variétés de préjudice ; Lamy Responsabilité.

**PIERRE (P.),**

- 413 : Le particularisme des préjudices et du lien de causalité en matière médicale ; Lamy Responsabilité.

**PIGNARRE (L.-F.), BRUN (P.),**

- 214 : La notion de préjudice ; Lamy Responsabilité.

**RÉTIF (S.),**

- Fasc. 101 : Droit à réparation : JCl. Civil Code, art. 1382 à 1386.

**SÉNERS (F.),**

- « Préjudice réparable », Rép. resp. puiss. pub., Dalloz, 2019 (actualisation 2020).

- ARTICLES

**AMAR (S.), BOULANGER (A.), MOISDON-CHATAIGNER (S.), PIERRON (J.-P.),**

- Le choix du traitement médical : dialogue entre juristes, psychologue et philosophe, *RJPF* 2020-3/2, p. 11-15.

**ANCEL (F.),**

- Souffrance : de l'ombre à la lumière, *Gaz. Pal.* 15 févr. 2014, n° 046.

**ANDREI (J.),**

- L'indemnisation des victimes du terrorisme », *AJ. Pén.* 2017. 22.

**ARCADIO (D.),**

- Préjudice esthétique : une photographie vaut mille mots, *Gaz. Pal.* 22 juin 2013, n° 173.

**ASQUINAZI-BAILLEUX (D.),**

- Le préjudice moral devant le conseil de prud'hommes, *Dr. soc.* 2017. 910.

**ASSIER-ANDRIEU (L.),**

- Jean Carbonnier et la passion du droit, *Droit et société*, n° 40, 1998, p. 654.

**AUBERT (J.-L.),**

- Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être, *D.* 2001. 489.

**AUFIÈRE (P.), BAROUSSE (C.),**

- Des prémices de la jurisprudence aux permissions de la loi, *AJ fam.* 2016, p. 580.

**AYNÈS (L.),**

- Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation, *D.* 2001. 492.

**BACACHE (M.),**

- Réparation du défaut d'information médicale : revirement ou affinement de jurisprudence ?, *D.* 2014. 594.
- Dommage corporel, *D.* 2017. 2224.

**BAILLON-WIRTZ (N.),**

- La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit français, *Dr. fam.* 2007, n° 4, étude 13.

**BALESTRIERO (V.),**

- La situation de l'enfant mort-né, *D.* 1999. 81.

**BERNFELD (C.),**

- Fiche pratique XIV : Le préjudice esthétique temporaire, *Gaz. Pal.* 31 janv. 2009, p. 42.

- Fiche pratique XVII : Le préjudice esthétique permanent, *Gaz. Pal.* 31 janv. 2009, p. 46.

**BERNFELD (C.), BIBAL (F.),**

- Douleurs permanentes : pistes de travail pour les reconnaître et les évaluer, *Gaz. Pal.* 3 déc. 2011, n° 337, p. 16.
- Les préjudices liés à la vie sexuelle, *Gaz. Pal.* 30 janv. 2018, p. 64.
- Pour une égalité de traitement des dommages psychiques et physiques, *Gaz. Pal.* 17 févr. 2015, p. 5.
- Présentation : le déficit fonctionnel permanent, une trinité, *Gaz. Pal.* 3 déc. 2011, p. 6.
- Réparer le dommage corporel des enfants, *Gaz. Pal.* 10 mars 2012, n° 70, p. 5.

**BIBAL (F.),**

- Fiche pratique XIII : Souffrances endurées, *Gaz. Pal.* 31 janv. 2009, p. 41.

**BINET (J.-R.),**

- La législation garante de la protection de l'enfant ? Le point de vue du juriste, *in* La protection de la personne née d'une PMA impliquant un tiers (dir. S. DUMAS-LAVENAC), Cahiers Droit, Sciences & Technologies, n° 7, PUAM, 2017.

**BLOCH (L.),**

- Le "désamiantage" du préjudice d'anxiété par la chambre sociale, *Resp. civ. et assur.* 2019, n° 12, étude 11.

**BOURRIÉ-QUENILLET (M.),**

- Le préjudice sexuel : preuve, nature juridique et indemnisation, *JCP G* 18 déc. 1996, n° 51, p. 3986.

**CARAYON (L.), DUGUÉ (M.), MATTIUSI (J.),**

- Réflexions autour du préjudice sexuel, *D.* 2017. 2257.

**CARBASSE (J.-M.), AUZARY-SCHMALTZ (B.),**

- La douleur et sa réparation dans les registres du Parlement médiéval (XIII-XIV<sup>e</sup> siècles), *in* La douleur et le droit, (dir. J.-P. ROYER, J. POIRIER, B. DURAND), PUF, coll. Hors collection, 1997, p. 423-437.

**CAYLA (J.-S.),**

- La santé et le droit, *RDSS* 1996. 278.

**CHARRUAU (J.),**

- L'introduction de la notion de genre en droit français, *RFDA* 2015. 127.

**CHEVRILLON (E.), GANDON (C.), PETIT (C.),**

- Le préjudice sexuel chez le blessé médullaire et le traumatisé crânien, *Gaz. Pal.* 30 janv. 2018, p. 70.

**CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.),**

- CRISPR Cas9 : modifier le génome humain, *RJPF* 2018-6/11.
- Le bébé du double espoir, *D.* 2011.603.

**COQUEMA (J.-M.), BARTHELET (C.),**

- Les formes de mariage dénuées de toute communauté de vie, unions atypiques, *Dr. fam.* 2010, n° 5, étude 10.

**CORMIER (C.),**

- L'indemnisation des préjudices personnels subis par la victime plongée dans un état de coma végétatif, *JCP A* 2005, n° 37, p. 1313.

**CORPART (I.),**

- Mariage à titre posthume : une prérogative présidentielle dépassée ?, *JCP N* 2004. 1328.

**COUSIN (C.),**

- Du droit du patient de recevoir des soins antalgiques à l'obligation du médecin de prendre en charge la douleur, *Méd. & Droit* 2012, n° 116, p. 158-160.

**DAMIANI (C.),**

- La réparation psychique, *Méd. & Droit* 2010, n° 100-101, p. 56-61.

**DARGENT (L.),**

- Enfant né sans vie : inscription sur le registre d'état civil, *D.* 2008. 2061.

**DELBEZ (F.),**

- Préjudice extra-patrimonial en cas de survie de la victime directe : le préjudice d'affection, *Gaz. Pal.* 19 mars 2011, p. 7.

**DELEVOYE (J.-P.),**

- Des propositions de réforme pour les fœtus, *RJPF* 2005-9/4.

**DEPADT-SEBAG (V.),**

- Le don de gamètes ou d'embryon dans les procréations médicalement assistées : d'un anonymat imposé à une transparence autorisée, *D.* 2004. 891.

**DEVERS (G.),**

- La douleur et le droit, *Droit, Déontol. & Soins*, 2004, vol. 4, p. 295-310.

**DONDERO (B.),**

- La reconnaissance du préjudice moral des personnes morales, *D.* 2012. 2285.

**DUMAS-LAVENAC (S.),**

- Anonymat du don de gamètes et droit d'accès à ses origines génétiques, *in* La protection de la personne née d'une PMA impliquant un tiers (dir. S. DUMAS-LAVENAC), Cahiers Droit, Sciences & Technologies, n° 7, PUAM, 2017.

**ESMEIN (P.),**

- La commercialisation de la douleur morale, *D.* 1954. 113.

**FABRE-MAGNAN (M.),**

- Le dommage existentiel, *D.* 2010. 2376.
- Le sadisme n'est pas un droit de l'homme, *D.* 2005. 2973.

**FALAISE (M.),**

- Protection animale et bien-être animal : une prise en compte croissante par le législateur et le citoyen, *AJCT* 2020. 116.

**FERRÉOL (G.),**

- Qu'entend-on par bien-être ? Un éclairage socio-économique, *Jurisport* 2015, n° 151, p. 31.

**FERRIÉ (S.-M.),**

- Le principe d'inviolabilité du corps humain est-il vraiment inviolable ?, *Dr. fam.* 2017, n° 7-8, étude 10.

**FOREST (G.),**

- Regards prospectifs sur le refus de réparer le préjudice moral de l'exproprié, *D.* 2011. 2127.

**FORTIER (C.),**

- La question du « transsexualisme » en France, in *Corps et patrimoine* (dir. G. NICOLAS), LEH Édition, coll. Les cahiers de droit de la santé, n° 18, avr. 2014, p. 278 et s.

**FROGER (B.),**

- La mort et le droit, éd. ERES, *Empan*, 2015/1, n° 97.

**GALLOUX (J.-C.),**

- obs. sous CEDH, 14 févr. 2008, aff. *H.-V. c/ Suisse*, n° 55525/00, *D.* 2008. 1435.

**GAUMONT-PRAT (H.),**

- Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique, *Dr. fam.* 2001, chron. 2.

**GOBERT (M.),**

- Le transsexualisme, fin ou commencement ?, *JCP G*, 23 nov. 1988, I, 3361.

**GOUT (O.),**

- L'obligation d'information du médecin à nouveau sur le devant de la scène juridique, *RLDC* 2014, n° 115, p. 22.

**GUILHO (P.),**

- Réflexions sur le mariage posthume, *Mél.* Falletti, 1974.

**GUILLOTIN (A.),**

- La dignité du mourant, in *Mél. Ch. Bolze*, éd. Economica, 1999.

**GUITON (D.),**

- Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce, *D.* 1980. 247.

**HAUSER (J.),**

- Encore le droit de ne pas naître : l'autodestruction de l'Homme par l'inflation des droits subjectifs, *RTD civ.* 1991. 871.
- Actes d'enfant sans vie (suite et fin ?) ou la démission du législateur, *RTD civ.* 2008. 652.

**HENNETTE-VAUCHEZ (S.),**

- L'analyse juridique du genre, *RJSP* 2018, n° 15, p. 10-28.

**HIGY (C.),**

- Le préjudice d'affection du propriétaire de l'animal disparu, *AJ fam.* 2012. 85.

**JOSSERAND (L.),**

- La personne humaine dans le commerce juridique, *DH* 1932, n° 1.

**JOURDAIN (P.),**

- L'angoisse d'une mort imminente, une souffrance morale réparable, *RTD civ.* 2013. 125.
- Les préjudices d'angoisse, *JCP G* 2015, doctr. 739, n° 12.
- Sida : le préjudice des transfusés contaminés devant la Cour de cassation, *RTD civ.* 1995. 626.

**JULIEN (J.),**

- Sépulture – La dernière demeure, *Dr. fam.* 2004, n° 9, étude 21.

**KAYSER (P.),**

- Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain, *Mél. Macqueron*, Faculté de droit et de sciences économiques d'Aix-Marseille, 1970.

**KERNALEGUEN (F.),**

- Proches et fin de vie médicalisée en droit français : la famille redessinée par la perspective de la mort ?, *in* Les proches et la fin de vie médicalisée (dir. B. FEUILLET-LIGER), éd. Bruylant, coll. Droit, Bioéthique et Société, 2013.

**KNETSCH (J.),**

- La désintégration du préjudice moral, *D.* 2015. 443.
- Les limites de la réparation du préjudice d'anxiété, *D.* 2015. 968.

**LABBÉE (X.),**

- L'homme qui a accouché d'un enfant, *D.* 2018. 1085.

**LAMBERT-FAIVRE (Y.),**

- La détermination temporelle des préjudices personnels, *Méd. & Droit* 1996, n° 22, p. 3-5.
- Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels, *D.* 1992. 165.

**LARRIBAU-TERNEYRE (V.),**

- De 2005 à 2016, les lois françaises sur la fin de vie, *in* Mort et droit de la santé : les limites de la volonté (dir. G. NICOLAS et A.-C. RÉGLIER), LEH Édition, Les cahiers de droit de la santé, n° 23, déc. 2016.

**LAURENT (B.),**

- Prise en charge de la douleur. Progrès et résistances, *in* La douleur et la souffrance (dir. C. PERROTIN et M. DEMAISON), éd. Le Cerf, 2002.

**LE BOURSICOT (M.-C.),**

- Accès aux origines personnelles : la délicate pesée des intérêts en présence, *RJPF* 2013-9/28.



**LE TOURNEAU (P.),**

- La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité, *D.* 1994. 298.

**LEDUC (F.),**

- Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste, *Resp. civ. et assur.* 2010, n° 3, dossier 3.

**LEPAGE (A.),**

- L'indemnisation du préjudice résultant d'atteintes aux droits au respect de la vie privée et à l'image dans la jurisprudence récente, *Comm. com. électr.* 2001, n° 7-8, chron. 20.

**LOISEAU (G.),**

- L'acte II d'enfant sans vie, *Dr. fam.* 2010, n° 8, comm. 135.

**LOPEZ (G.),**

- Les barèmes d'évaluation actuels sont-ils obsolètes ?, *Gaz. Pal.* 17 févr. 2015, p. 19.

**MARAIS (A.),**

- Le sexe (si) que je veux, quand je veux !, *JCP G* 2016, 1164.

**MACQUERON (J.),**

- L'intérêt moral ou d'affection dans les obligations délictuelles en droit romain, *Mél. Audinet*, PUF, 1968.

**MANAOUIL (C.), GRASER (M.), VERRIER (A.), JARDÉ (O.),**

- Évaluation des souffrances endurées en expertise, *Douleurs*, 2005, vol. 6, n° 6, p. 355-364.

**MARCHADIER (F.),**

- La protection du bien-être de l'animal par l'Union européenne, *RTD eur.* 2018. 251.

**MARTIN (D.),**

- Accident médical et dommages psychiques : éléments de problématique, *RDSS* 2011. 1088.

**MASSIP (J.),**

- Actes d'enfants sans vie : les deux décrets du 20 août 2008, *Gaz. Pal.* 18 nov. 2008, p. 2.

**MAVIEL (J.),**

- Évaluations chiffrées du préjudice sexuel, *Gaz. Pal.* 30 janv. 2018, p. 80.

**MELENNEC (L.),**

- L'indemnisation du préjudice esthétique, *Gaz. Pal.* 6 nov. 1976, doct. 1, p. 272.
- Le préjudice sexuel (*Damnum sexuelle*), *Gaz. Pal.* 3 nov. 1977, doct., p. 525.

**MEYER (F.),**

- Exposition à l'amiante, renoncement au préjudice d'anxiété et obligation de sécurité, *Rev. trav.* 2016. 272.

**MOR (G.),**

- Réparer la souffrance, *Gaz. Pal.* 15 févr. 2014, n° 046.

**MOR (G.), GIRARD (M.), JONAS (C.), ROSTAND (C.), SACAZE (A.),**

- Ateliers de formation de l'après-midi. 2<sup>ème</sup> atelier : souffrance et stress post-traumatique, *Gaz. Pal.* 2010. 1228.

**MORANGE (G.),**

- À propos d'un revirement de jurisprudence : la réparation de la douleur morale par le Conseil d'État, *D.* 1962. 15.

**MORLET-HAÏDARA (L.),**

- Le préjudice de contamination de nouveau sur le métier, *Resp. civ. et assur.* 2003, n° 12, étude 11.

**MURAT (P.),**

- Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain, *RDSS* 1995. 451.

**NAKACHE (V.), PEREZ (B.),**

- Le préjudice esthétique des brûlés, *Gaz. Pal.* 22 juin 2013, n° 173.

**NICOURT (B.),**

- La consolidation – L'aggravation, *Méd. & Droit*, 1995, n° 12.

**NEUWIRTH (L.),**

- Le rapport du sénat sur la douleur, *Méd. & Droit* 1995, n° 15, p. 1-2.

**NOIREL (J.),**

- Mariage 1960 : le mariage posthume, *S.* 1960. 15.

**NOWAK (S.), MARTIN (J.-P.), RAPIN (C.-H.),**

- Entre souffrance et douleur, *Douleurs*, 2005, vol. 6, n° 6, p. 337-346.

**PARICARD (S.),**

- Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures, *AJ fam.* 2016. 585.

**PELLEGRINI (C.),**

- Le préjudice d'angoisse de mort imminente, *Resp. civ. et assur.* 2015, étude 9.

**PETIT (C.), BIBAL (F.),**

- Sur les souffrances endurées par l'enfant, *Gaz. Pal.* 10 mars 2012, n° 70, p. 26.

**PORCHY-SIMON (S.),**

- Le recours des tiers payeurs à l'épreuve de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation, *D.* 2010. 593.
- Vers l'indemnisation des préjudices d'angoisse et d'attente, *D.* 2017. 696.

**PORTAILLER (S.),**

- Préjudice extra-patrimonial en cas de survie de la victime directe : les troubles dans les conditions d'existence, *Gaz. Pal.* 19 mars 2011, p. 10.

**PRÉVOST (J.-B.),**

- Du peuplement des miroirs, *Gaz. Pal.* 22 juin 2013, n° 173.
- L'enfant possible, cet inconnu, *Gaz. Pal.* 10 mars 2012, n° 70, p. 29.
- L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles, *Gaz. Pal.* 17 févr. 2015, n° 048.
- La difficile mesure de la perte de qualité de vie, *Gaz. Pal.* 16 juill. 2011, p. 22.
- Le vif du sujet : considérations philosophiques sur la souffrance, *Gaz. Pal.* 15 févr. 2014, n° 046.
- Qualité de vie, quotidienneté et liberté, *Gaz. Pal.* 3 déc. 2011, p. 21.
- Réflexions sur l'état antérieur et la causalité en matière psychiatrique, *Gaz. Pal.* 30 juin 2015, p. 19.

**PRÉVOST (J.-B.), BERNFELD (C.), BIBAL (F.),**

- Les souffrances chroniques, *Gaz. Pal.* 3 déc. 2011, n° 337.

**QUISTREBERT (Y.),**

- Éclairage sur l'indemnisation des troubles dans les conditions d'existence de la victime par ricochet, *Resp. civ. et assur.* 2018, n° 11, étude 11.

**RAYNAUD (P.),**

- Les dettes de valeur en Droit Français, *Mél. Brèthe de la Grassaye*, t. 1, éd. Bière, 1967.

**RENELIER (A.), WONG (C.),**

- Souffrances psychique : un déni médico-légal ?, *Gaz. Pal.* 30 juin 2015, p. 12.

**REIGNÉ (P.),**

- Sexe, genre et état des personnes, *JCP G* 2011, n° 42, doctr. 1140, n° 3.
- Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, *JCP G* 2016, 1378.

**ROBERTIERE (P.),**

- L'esthétique de l'odeur, *Gaz. Pal.* 22 juin 2013, n° 173.

**ROMAN (D.),**

- L'assistance médicale à la procréation, un nouveau droit de l'homme ?, *RDSS* 2007. 810.

**ROUVIÈRE (F.),**

- La difficulté d'exister du sexe neutre, *RTD civ.* 2017. 947.

**SACAZE (A.), GIRARD (M.), ROSTAND (C.), MOR (G.), JONAS (C.),**

- 2<sup>ème</sup> atelier : souffrance et stress post-traumatique, *Gaz. Pal.*, 10 avr. 2010, n° 100.

**SAUVAGE (F.),**

- L'acte d'enfant sans vie discrètement réglementé, *AJ fam.* 2008. 392.

**SÉRIAUX (A.),**

- L'enfant comme don, *in* Le droit, la médecine et l'être humain (dir. A. SÉRIAUX), PUAM, 1996.
- "Perruche" et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification, *D.* 2002.

1996.

**TAORMINA (G.),**

- Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique, *D.* 2006. 1071.

**THERY (I.),**

- L'agonisant et le triangle des proches pour une approche relationnelle de la fin de vie, in *Les proches et la fin de vie médicalisée* (dir. B. FEUILLET-LIGER), éd. Bruylant, coll. Droit, Bioéthique et Société, 2013.

**THIERRY (M.), NICOURT (B.),**

- Réflexions sur les "souffrances endurées", *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 480.

**TOMCZYK (M.), VIALARD (M/-L.), BELOUCIF (S.), MAMZER (M.-F.), HERVÉ (C.),**

- Sédation continue maintenue jusqu'au décès : comment en informer le malade et recueillir son consentement ?, *Méd. palliat.* 2015, n° 2, p. 111-117.

**TRUELLE (J.-L.), MONTREUIL (M.), NORTH (P.),**

- Quelle qualité de vie après un traumatisme crânien ?, *Gaz. Pal.* 3 déc. 2011, p. 17.

**VÉRON (P.), VIALLA (F.),**

- La loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie : un nouvel équilibre décisionnel ?, *Méd. & Droit* 2016, n° 139, p. 85-94.

**VIALLA (F.),**

- La loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle : changement de la mention de sexe à l'état civil, *D.* 2016. 2351.

**VINEY (G.),**

- Responsabilité civile, *JCP* 1993. I. 3664.

**WALTZ (B.),**

- Réflexions autour de la notion de préjudice spécifique de contamination, *Resp. civ. et assur.* 2013, n° 7-8, étude 5.

- AVIS, CONCLUSIONS, NOTES, OBSERVATIONS ET RAPPORTS

**AGOSTINI (E.),**

- note sous Paris, 28 févr. 1989 : *JCP* 1989. II. 21325 (2<sup>ème</sup> esp).

**AMSON (D.),**

- obs. sous Paris, 5 déc. 1988 : *D.* 1990. 239.

**ASQUINAZI-BAILLEUX (D.),**

- note sous Cass. soc., 8 juin 2011, n° 09-67.051 : *JCP S* 2011. 1441.

**AUMERAN (X.),**

- note sous Cass. soc. 11 sept. 2019, n<sup>os</sup> 17-24.879 et 17-18.311 : *Dr. soc.* 2020. 58.

**AUVRET (P.),**

- note sous Paris, 19 juin 1987 : *JCP* 1988. II. 20957.

**BACACHE (M.),**

- obs. sous Versailles, 4 févr. 2009, *JurisData* n° 2009-000135 : *JCP G* 2012. 820.
- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 janv. 2014, n° 12-22.123 : *D.* 2014. 590.
- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 sept. 2017, n° 16-22.013 : *D.* 2017. 2224.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 janv. 2017, n° 15-16.282 : *D.* 2017. 2224.
- obs. sous Cass. soc., 11 janv. 2017, n° 15-17.164 : *D.* 2017. 2224.

**BAKOUCHE (D.),**

- note sous Cass. crim., 26 mars 2013, n° 12-82.600 : *JCP G* 2013. 675.

**BASCOULERGUE (A.),**

- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 23 mars 2017, n° 16-13.350 : *D.* 2017. 1409.

**BEIGNIER (B.),**

- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 déc. 1999, n° 97-15.756 : *D.* 2000. 372.
- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 nov. 2001, n° 99-17. 212 : *Dr. fam.* 2002, n° 10.
- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 févr. 2004, n° 02-19.077 : *Dr. fam.* 2004, n° 39.

**BERNFELD (C.),**

- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 mai 2014, n° 13-16.204 : *Gaz. Pal.* 7 juin 2014.
- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 déc. 2015, n° 14-26.726 : *Gaz. Pal.* 20 sept. 2016, p. 51.

**BERNFELD (C.), BIBAL (F.),**

- obs. sous CEDH, 25 juill. 2017, aff. *Carvalho Pinto de Sousa Morais c/ Portugal*, n° 17484/15 : *Gaz. Pal.* 30 janv. 2018, p. 64.

**BÉTANT-ROBET (S.),**

- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 nov. 1990, n° 89-14.565 : *D.* 1991. 230.

**BINET (J.-R.),**

- note sous Paris, 13 juin 2013, *JurisData* n° 2013-012172 : *Dr. fam.* 2013, comm. 133.
- note sous Reims, 6 sept. 2013, *JurisData* n° 2013-018735 : *Dr. fam.* 2013, n° 11, comm. 149.
- note sous Nancy, 15 janv. 2016, *JurisData* n° 2016-001091 : *Dr. fam.* 2016, n° 3, comm. 43.
- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189 : *Dr. fam.* 2017, n° 7-8, étude 9.
- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 déc. 2017, n° 16-26.687 : *JCP* 2018, n° 204.

**BLOCH (C.),**

- obs. sous Cass. crim. 19 mai 2009, n° 08-86.050 et Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 juin 2009, n° 08-17.581 : *JCP* 2009, n° 248.
- obs. sous Cass. crim., 5 oct. 2010, n° 09-87.385 : *JCP* 2011, n° 435.

**BLOCH (L.),**

- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 avr. 2013, n° 12-18.199 : *Resp. civ. et assur.* 2013. 167.
- note sous CEDH, 25 juill. 2017, aff. *Carvalho Pinto de Sousa Morais c/ Portugal*, n° 17484/15 : *Resp. civ. et assur.* oct. 2017, p. 3.

**BOULANGER (F.),**

- note sous TGI Paris, réf., 21 oct. 1981 : *JCP G* 1982, II, 19794.

**BOURDA (A.),**

- concl. sous TA Pau, 26 mai 2015, n° 1400381 : *AJDA* 2015. 1939.

**BRÉCHOT (F.-X.),**

- concl. sous CAA Nantes, 16 juin 2017, n° 16NT01005 : *RFDA* 2017. 983.

**BRETONNEAU (A.), LESSI (J.),**

- chron. sous CE, ass., 14 févr. 2014, *Lambert*, n° 375081 : *AJDA* 2014. 790.

**BROUSSEAU (S.),**

- note sous Cass. crim., 3 avr. 1978 : *JCP* 1979. II. 19168.

**BRUN (P.),**

- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 mai 2011, n° 10-17.148 : *D.* 2012. 47.
- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 2 févr. 2017, n° 16-11.411 : *D.* 2018. 35.
- obs. sous Cass. Ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442 : *D.* 2020. 40.

**BRUN (P.), GOUT (O.),**

- obs sous T. corr. Thonon-les-Bains, 26 juin 2013, n° 683/2013 : *D.* 2014. 47.
- obs. sous Cass. crim., 15 oct. 2013, n° 12-83.055 : *D.* 2014. 47.

**BRUNET (N.),**

- note sous CE, 16 juin 2016, n° 382479 : *Méd. & Droit* 2017, n° 142, p. 11.

**CALEB (M.),**

- note sous Cass. crim., 8 juill. 1975 : *JCP G* 1976. II. 18369.

**CASSOWITZ (B.),**

- obs. sous Dijon, 4 oct. 2016, *JurisData* n° 2016-020990 : *JCP G* 12 déc. 2016, n° 50, p. 1366.

**CAYOL (A.),**

- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 déc. 2014, n° 13-28.774 : *D. actu.* 6 janv. 2015.

**CHABAS (F.),**

- note sous Cass 1<sup>ère</sup> civ., 27 janv. 1982 : *JCP* 1983. II. 19923.
- note sous Cass. Ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13.701 : *JCP* 2000. II. 10438.

**CHARDEAU (J.),**

- concl. sous CE, sect., 6 juin 1958, *Cne de Grigny* : *S.* 1958, p. 319.

**CHARTIER (Y.),**

- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 févr. 1995, *Bull. civ.* II, n° 61 : *D.* 1996. 69.

**CHAUVIN (P.),**

- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 févr. 2008, n°s 06-16.498, 06-16.499, 06-16.500 : *D.* 2008. 638.

**CHÉNEDÉ (F.),**

- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 janv. 2006, n° 04-11.016 : *AJ fam.* 2006. 111.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 févr. 2006, n° 02-13.175 : *AJ fam.* 2006. 206.
- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 mai 2007, n° 05-18.582 : *AJ fam.* 2007. 398.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 févr. 2008, n°s 06-16.498, 06-16.499, 06-16.500 : *AJ fam.* 2008. 165.
- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 janv. 2009, n° 07-15.390 : *AJ fam.* 2009. 86.

**CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.),**

- obs. sous TA Nîmes, 2 juin 2009, n° 0622251 : *D.* 2009. 2874.

**COLONNA (J.), RENAUX-PERSONNIC (V.),**

- note sous Cass. soc., 2 avr. 2014, n°s 12-28.616 et 12-29.825 : *JCP G* 2014. 686.

**CONTAMINE-RAYNAUD (M.),**

- note sous Cass. ch. mixte, 30 avr. 1976 : *D.* 1977. 185.

**CORMIER (C.),**

- note sous CE, 24 nov. 2004, *Épx Maridet*, n° 247080 : *JCP A* 2005, 1313.

**CRISTOL (D.),**

- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 nov. 2009, n° 08-11.622 : *RDSS* 2010. 156.

**CURIER-ROCHE (P.),**

- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 oct. 2019, n° 18-21.339 : *RDSS* 2019. 1144.

**DERRIEN (A.),**

- note sous CE, 29 mars 2000, *AP-HP*, n° 195662 : *JCP G* 2000. II. 10360.

**DESBOIS (H.),**

- obs. sous Paris, 8 nov. 1957 : *RTD civ.* 1958, p. 232.

**DINPARAST (E.),**

- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 avr. 2017, n° 16-13.740 : *Gaz. Pal.* 7 nov. 2017.

**DURRY (G.),**

- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 23 mai 1977 : *RTD civ.* 1977. 769.

**DUTRIEUX (D.),**

- note sous TA Lille, 11 mars 1999 : *AJDA* 1999. 1026.

**DUVERT (C.),**

- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 mars 2001, n° 99-10.928 : *D.* 2002. 248.

**ÉGÉA (V.),**

- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 mars 2010, n° 09-10.918 : *D. Actu.* 2010. 892.

**ESMEIN (P.),**

- note sous Cass. req., 10 avr. 1922 : *S.* 1924. 1. 153.

**FADEUILHE (P.),**

- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 juill. 2008, n° 07-15.390 : *Dr. fam.* 2008. 169.

**FAVOREU (L.),**

- obs sous Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC : *D.* 1995. 299.

**FERRIÉ (S.-M.),**

- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 janv. 2017, n° 15-27.898 : *D.* 2017. 555.

**FOREST (G.),**

- obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 mars 2011 : *D.* 2011. 948.

**FOULON-PIGANIOL (C.-I.),**

- note sous Paris, 3 déc. 1976 : *D.* 1978. 339.

**FRANÇON (A.),**

- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 mars 1993 : *D.* 1994. 78.

**FRIANT-PERROT (M.),**

- note sous Rennes, 26 oct. 1998 : *D.* 1999. 508.

**FULCHIRON (H.),**

- note sous Montpellier, 2 août 2017, *JurisData* n° 2017-017613 : *Dr. fam.* 2017, n° 12, comm. 242.

**GALLOUX (J.-C.),**

- obs. sous CEDH, 17 févr. 2005, aff. *K.A. et A.D. c/ Belgique*, n°s 42758/98 et 45558/99 : *D.* 2006. 1200.

**GALLMEISTER (I.),**

- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 mars 2010, n° 08-16.169 : *D.* 2010. 892.
- obs. sous Paris, 22 sept. 2010, *JurisData* n° 2010-023260 : *D.* 2011. 12.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 avr. 2011, n° 10-15.056 : *D.* 2011. 1725.



**GARÉ (T.),**

- note sous Paris, 2 juill. 1998 : *JCP* 1999. II. 10005.
- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 23 mai 2002, n° 00-10.030 : *RJPF* 2002-10/17.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 mars 2009, n° 08-13.169 : *RJPF* 2009-6/28.

**GERRY-VERNIÈRES (S.),**

- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 févr. 2015, n° 14-10.097 : *Gaz. Pal.* 16 avr. 2015, p. 20.

**GOUËZEL (A.),**

- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 sept. 2020, n°s 18-50.080 et 19-11.251 : *RJPF* 2020-10/23.

**GOUT (O.),**

- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 mai 2009, n° 08-16.829 : *D.* 2010. 49.

**GRANET-LAMBRECHTS (F.),**

- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 janv. 2004, n° 01-01.600 : *D.* 2004. 1419.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 mars 2010, n° 09-10.918 : *D.* 2010. 1442.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 janv. 2012, n° 11-40.089 : *D.* 2012. 1432.

**GRIDEL (J.-P.),**

- obs. sous TGI Montpellier, 15 déc. 1989 : *JCP* 1990. II. n° 21556.

**GROSSHOLTZ (C.),**

- concl. sous TA Paris, 30 mai 2016 : *JCP A* 2017. 2032.

**GROUTEL (H.),**

- note sous Cass. crim., 5 mars 1985, n°s 82-94.085, 83-911.57 et 84-91.566 : *D.* 1986. 445.
- note sous Cass. crim., 23 févr. 1988 : *D.* 1988. 311.
- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 2010, n° 09-15.907 : *Resp. civ. et assur.* 2010. 241.
- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 juill. 2013, n° 12-24.164 : *Resp. civ. et assur.* 2013. 333.

**GUÉGAN-LÉCUYER (A.),**

- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 2 juill. 2014, n° 10-19.206 : *D.* 2014. 2362.
- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 févr. 2015, n° 14-10.097 : *Gaz. Pal.* 9 avr. 2015, p. 5.
- obs. sous Cass. Ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442 : *D.* 2019. 2058.

**GUETTIER (C.),**

- obs. sous CE, Ass., 4 juill. 2003, n° 211106 : *Resp. civ. et assur.* 2004. 17.

**GUIOMARD (P.),**

- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 févr. 2008, n°s 06-16.498, 06-16.499, 06-16.500 : *D.* 2008. 483.

**HAUSER (J.),**

- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 déc. 1989, n° 88-11.994 : *D.* 1990. 225.
- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 mai 1990, n° 88-12.829 : *RTD. civ.* 1991. 289.
- obs. sous Cass. Ass. plén., 11 déc. 1992, n°s 91-11.900 et 91-12.373 : *RTD civ.* 1993. 97.

- obs. sous TI Agen, 29 déc. 1993 : *RTD civ.* 1994. 837.
- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 29 avr. 1994, n° 92-16.814 : *RTD civ.* 1994. 571.
- obs. sous Paris, 20 juin 1995 : *RTD civ.* 1995. 865.
- obs. sous Rennes, 26 oct. 1998 : *RTD civ.* 1999. 811.
- obs. sous Rennes, 24 janv. 2000 : *RTD civ.* 2000. 819, n° 20.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 oct. 2001, n° 00-10.665 : *RTD civ.* 2002, p. 84.
- obs. sous CEDH, 29 avr. 2002, aff. *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 39 : *RTD civ.* 2002. 482.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 févr. 2006, n° 02-13.175 : *RTD civ.* 2008. 84.
- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 mai 2007, n° 05-18.582 : *RTD civ.* 2007. 756.
- obs. sous Grenoble, 27 juin 2007, *JurisData* n° 2007-343428 : *RTD civ.* 2008. 84.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 oct. 2007, n° 06-11.887 : *RTD civ.* 2008. 84.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 mars 2010, n° 09-10.918 : *RTD civ.* 2010. 543.
- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 juin 2010, n° 09-66.026 : *RTD civ.* 2010. 529.
- obs. sous Nancy, 15 janv. 2016, *JurisData* n° 2016-001091 : *RTD civ.* 2016. 323.

#### **HEUMANN (C.),**

- note sous CE, Ass., 24 nov. 1961, *Letisserand* : *D.* 1962. 34.

#### **HOCQUET-BERG (S.),**

- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 févr. 2013, n° 11-21.015 : *Dr. soc.* 2013. 658.

#### **HOGEDÉZ (I.),**

- chron. sous CAA Marseille, 12 mars 2015, n° 10MA03054 : *AJDA* 2015. 861.

#### **HOSTIOU (R.),**

- note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 mars 2011 : *RDI* 2011. 325.

#### **HUET-WEILLER (D.),**

- obs. sous TGI Nanterre, 8 juin 1988 : *D.* 1988. 400.

#### **JACQUEMET-GAUCHÉ (A.),**

- note sous CE, 10 déc. 2015, n° 374038 : *AJDA* 2016. 353.

#### **JOURDAIN (P.),**

- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 janv. 1993, n° 91-15. 391 : *RTD civ.* 1993. 587.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 nov. 1996, n° 94-14.798 : *D.* 1997. 289.
- note sous Cass. Ass. plén., 19 déc. 2003, n° 02-14.783 : *RTD civ.* 2004. 300.
- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 juin 2004, n° 03-10.434 : *RTD civ.* 2004. 738.
- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 11 oct. 2005, n° 04-30.360 : *RTD civ.* 2006. 119.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 mai 2006, n° 05-11.139 : *RTD civ.* 2006. 562.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 déc. 2006, n° 05-15.719 : *RTD civ.* 2007. 352.
- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 mai 2009, n° 08-16.829 : *RTD civ.* 2009. 534.
- obs. sous Cass. crim., 5 oct. 2010, n° 09-87.385 : *RTD civ.* 2011. 35.
- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 30 juin 2005, n° 03-19.817 : *RTD civ.* 2006. 130.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 mars 2010, n° 09-10.918 : *RTD civ.* 2010. 543.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 avr. 2011, n° 10-15.056 : *RTD civ.* 2011. 547.
- obs. sous Cass. crim., 23 oct. 2012, n° 11-83.770 : *RTD civ.* 2013. 125.
- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 févr. 2013, n° 11-21.015 : *RTD civ.* 2013. 383.
- obs. sous Cass. crim., 26 mars 2013, n° 12-82.600 : *RTD civ.* 2013. 614.
- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 avr. 2013, n° 12-18.199 : *RTD civ.* 2013. 614.

- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 juill. 2013, n° 12-23.915 : *RTD civ.* 2013. 846.
- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 janv. 2014, n° 12-22.123 : *RTD civ.* 2014. 379.
- note sous Cass. Ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442 : *D.* 2019. 922.
- obs. sous Cass. soc. 11 sept. 2019, n°s 17-24.879 et 17-18.311 : *RTD civ.* 2019. 873.

**KESSLER (G.),**

- obs. sous TGI Paris, 1<sup>er</sup> juin 2011 : *JCP* 2011. 1466.

**KLEIN (N.),**

- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 juill. 2018, n° 16-21.776 : *Gaz. Pal.* 16 oct. 2018, p. 52.

**KOLBERT (É.),**

- concl. sous CAA Lyon, 18 nov. 2003, *JurisData* n° 2003-248484 : *JCP G* 2004. II. 10152.

**KNETSCH (J.),**

- obs. sous Cass. soc., 3 mars 2015, n°s 13-20.474 et 13-20.486 : *D.* 2015. 968.

**LABBÉE (X.),**

- note sous TGI Lille, 6 mai 1996 : *D.* 1997. 543.

**LALOU (H.),**

- note sous Cass. civ., 13 févr. 1923 : *Gaz. Pal.* 1923. 1. 489.

**LAMARCHE (M.),**

- note sous TGI Niort, 17 sept. 2012, n° 11/1855 : *Dr. fam.* 2012, alerte 56.

**LARRALDE (J.-M.),**

- note sous CEDH, 19 févr. 1997, aff. *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, n° 21627/93 : *D.* 1998. 97.

**LARRIBAU-TERNEYRE (V.),**

- note sous Aix-en-Provence, 3 mars 2005, *JurisData* n° 2005-271242 : *Dr. fam.* 2005, n° 11, comm. 235.
- note sous Rouen, 15 juin 2005, *JurisData* n° 2005-278689 : *Dr. fam.* 2005, n° 11, comm. 235.
- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 févr. 2006, n° 02-13.175 : *Dr. fam.* 2006, n° 79.
- note sous Grenoble, 27 juin 2007, *JurisData* n° 2007-343428 : *Dr. fam.* 2007, n° 12, comm. 217.

**LARROUMET (C.),**

- obs. sous Cass. crim., 3 avr. 1978 : *D.* 1979. 64.

**LATINA (M.),**

- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 févr. 2008, n°s 06-16.498, 06-16.499, 06-16.500 : *LPA* 1<sup>er</sup> avr. 2008.

**LAZERGES-COUSQUER (L.),**

- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 mars 2015, n° 14-10.758 : *D.* 2015. 1791.

**LÉCUYER (H.),**

- note sous Bordeaux, 4 janv. 2000, *JurisData* n° 2000-103728 : *Dr. fam.* 2000,

comm. 34.

- note sous Grenoble, 5 sept. 2001, *JurisData* n° 2001-159490 : *Dr. fam.* 2002, comm. n° 139.

**LEMOULAND (J.-J.),**

- obs. sous Bordeaux, 4 janv. 2000, *JurisData* n° 2000-103728 : *D.* 2000. 411.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 juin 2008, n° 07-14.628 : *D.* 2008. 728.
- obs. sous Paris, 13 juin 2013, *JurisData* n° 2013-012172 : *D.* 2014. 1354.

**LEMOULAND (J.-J.), VIGNEAU (D.),**

- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 févr. 2006, n° 02-13.175 : *D.* 2006. 1417.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 oct. 2007, n° 06-11.887 : *D.* 2008. 1789.
- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 juill. 2008 : *D.* 2010. 728.

**LÉNA (M.),**

- obs. sous Cass. Ass. plén., 9 mai 2008, n° 05-87.379 : *D.* 2008. 1415.

**LEPAGE (A.),**

- obs. sous Lyon, 10 mars 2005, *JurisData* n° 2005-266307 : *Comm. com. électr.* 2005, n° 7.

**LESSI (J.), DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.),**

- obs. sous CE, 30 déc. 2014, n° 381245 : *AJDA* 2015. 749.

**LIENHARD (C.),**

- obs. sous TGI Nantes, 11 sept. 2008 : *Gaz. Pal.* 8-9 juill. 2009, p. 36.

**LINDON (R.),**

- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 juill. 1965, n° 64-10.202 : *D.* 1965. 701.
- concl. sous Cass. ch. mixte, 27 févr. 1970 : *JCP G* 1970. II. 16305.
- note sous Paris, 16 mai 1974 : *JCP G* 1975, II, n° 17935.
- note sous TGI Paris, réf., 31 janv. 1983 : *D.* 1984. 48.
- obs. sous Paris, 26 juin 1986 : *D.* 1987. 136.
- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 déc. 1975, n° 73-12.787 : *D.* 1976. 397.

**MARGUÉNAUD (J.-P.),**

- note sous Rouen, 16 sept. 1992 : *D.* 1993. 353.
- note sous CEDH, 25 mars 1992, aff. *Botella c/ France*, n° 13343/87 : *D.* 1993. 101.
- obs. sous CEDH, 19 févr. 1997, aff. *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, n° 21627/93 : *RTD civ.* 1997. 1013.
- obs. sous CEDH, 17 févr. 2005, aff. *K.A. et A.D. c/ Belgique*, n°s 42758/98 et 45558/99 : *RTD civ.* 2005. 341.
- obs. sous CEDH, 2 juin 2005, aff. *Znamenskaya c/ Russie*, n° 77785/01 : *RTD civ.* 2005. 737.

**MARTINENT (E.), REYNIER (M.), VIALLA (F.),**

- note sous CEDH, 20 janv. 2011, aff. *Haas c/ Suisse*, n° 31322/07 : *D.* 2011. 925.

**MASSIP (J.),**

- note sous Paris, 16 févr. 1979 : *D.* 1979. 593.
- rapp. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 mai 1990, n° 88-12.829 : *D.* 1991. 169.

**MAZEAUD (D.),**

- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 févr. 1995, *Bull. civ. II*, n° 61 : *D.* 1995. 233.
- note sous Cass. Ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13.701 : *D.* 2001. 332.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 31 janv. 2018, n° 16-23.591 : *RTD. civ.* 2018. 364.

**MURAT (P.),**

- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 févr. 2008, n°s 06-16.498, 06-16.499, 06-16.500 : *Dr. fam.* 2008, n° 3, comm. 34.

**NICOLAS-MAGUIN (M.-F.),**

- note sous Versailles, 3 nov. 1987 : *D.* 1989. 458.

**PAILLARD (C.),**

- note sous CE, 24 oct. 2008, n° 301851 : *JCP A* 2009. 2168.

**PEIGNÉ (J.),**

- obs. sous CE, 9 nov. 2016, n° 393108 : *RDSS* 2016. 1165.

**PENNEAU (J.),**

- obs. sous Paris, 17 févr. 1989 : *D.* 1989. 316.
- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 mai 1983, n° 82-12.227 : *D.* 1984. 121.

**PERRAUD-BILLARD (F.),**

- obs. sous Paris, 29 avr. 2003, n° 2002/19299 : *AJ fam.*, 2003. 266.

**POMART (C.),**

- Paris, 29 nov. 2001, *JurisData* n° 2001-177790 : *D.* 2003. 661.

**PORCHY-SIMON (S.),**

- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 juin 2010, n° 09-13.591 : *D.* 2010. 1453.
- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 nov. 2012, n° 11-25.988 : *D.* 2013. 2658.
- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 nov. 2012, n° 11-21.031 : *D.* 2013. 346.
- obs. sous Cass. soc., 25 mars 2015, n° 13-21.716 : *D.* 2015. 2283.

**PORTA (J.),**

- obs. sous Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-23.521 : *D.* 2016. 807.

**PRADEL (J.),**

- obs. sous Cass. crim., 28 oct. 1992, n° 91-85.925 : *D.* 1993. 203.
- obs. sous Cass. crim., 26 mars 2013, n° 12-82.600 : *D.* 2013. 1993.

**PRIEUR (S.),**

- note sous Paris, 22 sept. 2010, *JurisData* n° 2010-023260 : *JCP E* 10 mars 2011, n° 10, p. 1199.

**PRIOU-ALIBERT (L.),**

- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 juin 2018, n° 17-20.125 : *Gaz. Pal.* 16 oct. 2018, p. 53.

**PUISSOCHET (J.-P.),**

- chron. sous CE, 25 juin 1965, *Peyre*, n° 58465, n° 60737 : *AJDA* 1966, p. 44.

**PUTMAN (E.),**

- obs. sous Cass. crim., 27 sept. 2005, n° 05-80.123 : *RJPF* 2006-1/15.
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 oct. 2009, n° 08-10.557 : *RJPF* 2010-1/20.

**QUÉZEL-AMBRUNAZ (C.),**

- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 nov. 2013, n° 12-28.168 : *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2014, p. 5.

**RADÉ (C.),**

- note sous Dijon, 7 oct. 2003 *JurisData* n° 2003-223826 : *Resp. civ. et assur.* 2004, n° 3.
- note sous Grenoble, 29 juin 2005 : *Resp. civ. et assur.* 2006, n° 48.

**RÉGLIER (A.-C.),**

- note sous Metz, 8 janv. 2015, *JurisData* n° 2015-000472 : *Dr. fam.* 2015, n° 70.

**RENELIER (A.),**

- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 nov. 2013, n° 12-28.168 : *Gaz. Pal.* 25 févr. 2014.

**ROCHE-DAHAN (J.),**

- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 26 mars 1996, n<sup>os</sup> 94-11.791, 94-14.158, 94-13.145 : *D.* 1997. 35.

**RODIÈRE (R.),**

- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 janv. 1962 : *D.* 1962. 199.

**ROME (F.),**

- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 avr. 2011, n° 10-15.056 : *D.* 2011. 1745.

**ROTOULLIÉ (J.-C.),**

- note sous CE, 9 nov. 2016, n° 393108 : *JCP G* 2017, p. 89.

**ROUXEL (S.),**

- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 juill. 2007, n° 06-16.869 : *Dr. fam.* 2007, n° 9, comm. 171.

**SAINTE-ROSE (J.),**

- concl. sous Cass. Ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13.701 : *JCP* 2000. II. 10438.

**SALOMON (R.),**

- chron. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 31 mars 2016, n° 14-30.015 : *Dr. soc.* 2016, p. 665.

**SALVAGE-GEREST (P.),**

- note sous TGI Clermont-Ferrand, 11 déc. 2009 : *Dr. fam.* 2011, étude 6.

**SARGOS (P.),**

- rapp. sous Cass. Ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13.701 : *JCP* 2000. II. 10438.
- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 déc. 2007, n° 06-19.301 : *D.* 2008. 192.

**SAULIER (M.),**

- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 janv. 2015, n° 13-27.761 : *D.* 2015. 661.

**SERNA (J.),**

- note sous TGI Paris, 3 déc. 1997 : *JCP* 1998. II. 10067.

**SÉRIAUX (A.),**

- note sous Caen, 7 nov. 2000, *JurisData* n° 2002-135114 : *JCP* 2002. II. 10001.

**SERRA (G.),**

- obs. sous Paris, 15 janv. 2009 : *D.* 2010. 1243.

**SIFFREIN-BLANC (C.),**

- note sous Aix-en-Provence, 18 mai 2010, *JurisData* n° 2010-009384 : *JCP G* 2010, n° 987.

**SILHOL (B.),**

- obs. sous Cass. soc. 11 sept. 2019, n<sup>os</sup> 17-24.879 et 17-18.311 : *D.* 2020. 558.

**SUDRE (F.),**

- obs. sous CEDH, 2 juin 2005, aff. *Znamenskaya c/ Russie*, n° 77785/01 : *JCP* 2005. I. 179.

**TAPINOS (D.),**

- obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 mars 2015, n° 14-10.758 : *Gaz. Pal.* 7 mai 2015, p. 10.

**THOUVENIN (D.),**

- note sous CE, 24 juin 2014, n° 375081 : *RDSS* 2014. 1101.
- note sous CE, ord., 8 mars 2017, n° 408146 : *RDSS* 2017. 698.

**TOULEMON (A.),**

- note sous TGI Valence, 6 juill. 1972 : *Gaz. Pal.* 1972. 2. 857.

**TRÉBULLE (F. G.),**

- note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 févr. 2005, n° 04-10.362 : *JCP G* 2005. II. 10110.
- obs. sous TGI Carpentras, 16 févr. 2009, *JurisData* n° 2009-001396 : *D.* 2009. 2448.

**VAUTHIER (J.-P.), VIALLA (F.),**

- note sous CEDH, 6 avr. 2017, *A. P., Garçon et Nicot c. France*, n° 79885/12 : *D.* 2017. 1027.
- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189 : *D.* 2017. 1399.

**VERWILGHEN (M.),**

- note sous T. civ. Arlon, 16 janv. 1973 : *Rev. crit. DIP* 1973, p. 322.

**VIALLA (F.),**

- TGI Montpellier, 9 juill. 2002, *JurisData* n° 2002-184304 : *JCP G* 2002. II. 10158.
- note sous CE, ord., 8 mars 2017, n° 408146 : *JCP G* 2017, n° 14, p. 666.

**VIALLA (F.), VÉRON (P.),**

- obs. sous TA Lyon, 9 nov. 2016, n° 1607855 : *D.* 2016. 2345.

**VILLEY (E.),**

- note sous Cass. crim., 7 août 1874 : *S.* 1875. 41.

**WURTZ (E.),**

- chron. sous Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-26.175 : *D.* 2015. 1384.



# Index alphabétique

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

## A

**Abus de droit** : 213

**Accompagnement des malades** :

- Bienfaits : 92
  - Définition : 84, 86, 124
  - Développement : 87
  - Limites : 88
  - Rôle des proches : 89 et s.
  - Rôle des soignants : 91
- Acte d'enfant sans vie** : 262 et s., 284

**Adoption posthume** :

- Bienfaits : 291, 292
- Décès de l'adoptant : 293, 294
- Décès de l'adopté : 295
- Origines : 289, 290

**Affection** : 38

**Angoisse** : 58, 71

**Animal** :

- Douleurs : 3
- Perte : 51

**Anxiété** : 67, 200

**Assistance médicale à la procréation** :  
10, 243, 245 et s.

**Assistance médicalisée pour mourir** :  
126, 134

**Autonomie de la personne malade** : 10

**Avoir mal** : 11, 14, 135 et s., 148, 207, 300  
et s.

## B

**Biens** :

- Classification : 2, 209, 216
- Existence : 226
- Objet d'attachement : 50, 51

## C

**Concubinage** : 56, 214

**Conscience** : 2, 20, 65, 91, 124, 149, 155,  
170, 184, 202, 203, 221

**Consentement à l'acte médical** : 5, 10,  
61, 100, 151, 226, 240, 244

**Corps** : 222, 223, 234, 238

## D

**Déficit fonctionnel** :

- Temporaire : 172, 181, 182, 221
- Permanent : 30 et s., 65, 74, 76, 183, 191  
et s.

**Détention injustifiée** : 45, 46, 48, 211,  
214

**Dignité** : 3, 83, 88, 95, 126, 132

**Directives anticipées** : 122, 123, 131

**Discriminations** : 217 et s.

**Divorce** : 56, 214

**Domage** : 9

**Droits subjectifs** :

- Droit à l'enfant : 252 et s.
- Droit à l'identité sexuelle : 244, 252
- Droit à l'information : 61
- Droit au soulagement de la souffrance :  
95
- Droit d'accéder à des soins palliatifs et à  
un accompagnement : 83, 103
- Droit de décider des conditions de sa fin  
de vie : 126
- Droit de s'infliger une douleur : 5

## E

**Être mal** : 12, 96, 114, 136 et s., 148,  
196, 207, 212, 218, 226, 238, 246, 251,  
252, 254, 259, 300 et s.

**Expropriation** : 52

## F

**Fiançailles** : 56, 214, 276

**Fiction** : 248, 261, 275, 296

**Fonds d'indemnisation** : 142, 198

## H

**Harcèlement** : 217 et s.

**Honneur** : 55, 56

## I

**Identité** : 146, 223, 284  
**Indemnité compensatrice** : 8, 15  
**Indisponibilité de l'état des personnes** :  
5, 223, 234 et s.  
**Individualité** : 216, 226  
**Intersexualité** : 235

## M

**Mariage** :  
- Consentement : 277 et s.  
- Légitimation : 276, 278, 284  
- Liberté matrimoniale : 56, 278  
**Mariage posthume** :  
- Critiques : 287, 288  
- Effets : 283 et s.  
- Formation : 277 et s.  
- Origine : 276  
**Mort** : 259, 260

## N

**Nom** : 55

## O

**Obstination déraisonnable** :  
- Domaine : 129, 130, 254, 255  
- Notion : 128  
- Refus : 10, 131, 132

## P

**Paternalisme médical** : 10  
**Perte de qualité de vie** :  
- Au sens large : 142  
- Au sens strict : 165, 195  
**Perte des agréments de l'existence** : 210  
et s.  
**Personnalité** : 53, 146, 151  
**Personne de confiance** : 91, 123, 131  
**Préjudice** : 9  
**Préjudice d'agrément** :  
- Autonomie : 172  
- Conditions de la réparation : 165 et s.  
- Définition : 162, 163  
- Évolution : 164  
- Indemnisation : 173

- Limites : 154, 192, 205, 208, 210 et s.  
- Origines : 142

### **Préjudice d'angoisse** :

- Angoisse : 58, 71  
- Circonstances : 60 et s.  
- Définition : 59  
- Évaluation : 65  
- Indemnisation : 66

### **Préjudice d'anxiété** :

- Définition : 67  
- Risque scientifiquement reconnu : 69  
- Risque hypothétique : 68

### **Préjudice d'établissement** :

- Conditions de la réparation : 190, 191  
- Définition : 188, 189  
- Indemnisation : 193  
- Limites : 154, 176, 192

### **Préjudice d'impréparation** : 61, 233

### **Préjudice de contamination** : 198

### **Préjudice de déception** : 8, 213

### **Préjudice de naissance handicapée** :

- Circonstances : 229, 230  
- Encadrement législatif : 231  
- Indemnisation : 232, 233

### **Préjudice de vie handicapée** :

- Circonstances : 225, 226  
- Nature : 226  
- Neutralisation : 227

### **Préjudice esthétique** :

- Beauté : 145, 146  
- Définition : 149  
- Évaluation : 155 et s.  
- Indemnisation : 160, 161  
- Limites : 154, 183, 205  
- Origines : 142, 147, 148  
- Postes de préjudice : 150 et s.

### **Préjudices par ricochet** :

- Action personnelle : 41  
- Action successorale : 41, 170  
- Deuil traumatique : 75, 76  
- Préjudice d'accompagnement de fin de  
vie : 41, 207  
- Préjudice d'affection : 42, 43, 47, 76, 207,  
208, 270  
- Préjudice extrapatrimonial exceptionnel :  
41, 208

### **Préjudice permanent exceptionnel** : 78

### **Préjudice professionnel** : 154

### **Préjudice sexuel** :

- Conditions de la réparation : 184 et s.

- Indemnisation : 187
- Limites : 154, 192, 208
- Origines : 142, 175
- Postes de préjudice : 182
- Présentation : 176 et s.
- Répercussions : 183
- Préjudice spécifique d'anxiété** : 69
- Présomption d'innocence** : 55
- Pretium doloris* : 8, 19, 30, 58
- Procédure collégiale** : 123, 131

## R

- Réparation de la souffrance** : 7, 8, 15, 142

## S

- Sédation** :
  - Notion : 120
  - Pratiques sédatives : 106, 113
  - Sédation profonde et continue maintenue jusqu'au décès : 121 et s.
- Soins palliatifs** :
  - Carences : 108
  - Définition : 101
  - Déontologie : 107
  - Développement : 102
  - Graduation : 104
  - Mise en œuvre : 105, 106
- Souffrance** :
  - Notion : 2 et s., 11, 96, 222
  - Régulation par le droit : 6
- Souffrances endurées** : 19, 27, 63, 65, 74, 153, 199, 200, 205
- Souffrances existentielles** : *V*<sup>o</sup> Être mal
- Souffrances physiques** :
  - Conditions de la réparation : 20, 21
  - Évaluation : 22 et s., 32, 33
  - Indemnisation : 27, 34
  - Nature : 16, 18, 28, 29
  - Postes de préjudice : 19, 30, 31
  - Retentissement : 17, 136, 138
- Souffrances morales** :
  - Nature : 36, 57
  - Manifestations : 37
  - Retentissement : 136, 138
- Soulagement de la souffrance** :
  - Conditions : 96, 97
  - Déontologie : 99
  - Limites : 100

## T

- Talion** : 7
- Technique médicale** :
  - Apports : 10 et s., 82, 93, 94, 106, 110, 301
  - Dangers : 126, 127, 222, 223, 234, 247 et s., 302
- Théorie du genre** : 234, 244, 246
- Tombeau** : 50
- Traitement à double effet** :
  - Conditions de mise en œuvre : 91, 113 et s.
  - Mise en œuvre : 119
- Tranquillité** : 213
- Transgenres** : 235, 241, 244
- Transhumanisme** : 224, 259
- Transsexualisme** : 235 et s., 244
- Traumatisme psychique** :
  - Évaluation : 77
  - Indemnisation : 78
  - Notion : 70, 71
  - Postes de préjudice : 74
  - Symptomatologie : 40, 72, 73, 78
- Troubles du voisinage** : 69, 211

## V

- Vie privée** : 54, 238, 239, 260, 271
- Viol incestueux** : 228

# Table des matières

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
--------------------------	----------

<b>PARTIE 1 : L'AVOIR MAL .....</b>	<b>28</b>
-------------------------------------	-----------

<i>Titre 1 : Des souffrances à réparer .....</i>	<i>31</i>
--	-----------

Chapitre 1 : Les souffrances d'origine physique.....	33
--	----

Section 1 : Les souffrances physiques post-traumatiques .....	34
---	----

Section 2 : Les souffrances physiques définitives.....	48
--	----

Chapitre 2 : Les souffrances d'origine morale .....	55
---	----

Section 1 : Les souffrances affectives .....	56
--	----

§ 1 : Les souffrances affectives résultant de l'attachement aux siens.....	56
--	----

§ 2 : Les souffrances affectives résultant de l'attachement aux biens .....	71
---	----

§ 3 : Les souffrances affectives résultant de l'attachement à soi-même .....	76
--	----

Section 2 : Les souffrances intellectuelles .....	87
---	----

§ 1 : Les angoisses .....	88
---------------------------	----

I. L'angoisse liée à une menace actuelle .....	89
--	----

II. L'anxiété liée à une menace future .....	97
--	----

§ 2 : Le traumatisme psychique.....	104
-------------------------------------	-----

<i>Titre 2 : Des souffrances à conjurer.....</i>	<i>115</i>
--	------------

Chapitre 1 : Les moyens ordinaires de conjuration des souffrances .....	119
---	-----

Section 1 : L'accompagnement des personnes malades .....	119
--	-----

Section 2 : Le droit au soulagement des souffrances .....	127
---	-----

§ 1 : Le droit de toute personne au soulagement de sa souffrance .....	129
--	-----

§ 2 : Le droit des personnes en fin de vie à l'accès aux soins palliatifs .....	133
---	-----

Chapitre 2 : Les moyens extraordinaires de conjuration des souffrances .....	139
--	-----

Section 1 : Les moyens extraordinaires de soulagement des souffrances.....	139
--	-----

§ 1 : Le traitement à double effet .....	140
--	-----

§ 2 : Le droit à la sédation profonde et continue maintenue jusqu'au décès.....	143
---	-----

Section 2 : Les moyens extraordinaires de prévention des souffrances.....	154
---	-----

<b>PARTIE 2 : L'ÊTRE MAL.....</b>	<b>161</b>
-----------------------------------	------------

<i>Titre 1 : L'être mal et la vie.....</i>	<i>165</i>
--	------------

Chapitre 1 : L'être mal imputable.....	167
--	-----

Section 1 : La perte de qualité de vie résultant d'une atteinte à l'intégrité physique.....	168
---	-----

§ 1. L'atteinte à l'intégrité physique de sa personne .....	168
---	-----

I. La dégradation de l'apparence .....	169
--	-----

II. La privation des agréments .....	181
--------------------------------------	-----

III. Les troubles de la sexualité .....	190
---	-----

A. Le préjudice sexuel.....	190
-----------------------------	-----

B. Le préjudice d'établissement.....	200
--------------------------------------	-----

IV. Les autres atteintes à la qualité de la vie .....	205
§ 2 : L'atteinte à l'intégrité physique d'une personne chère .....	214
Section 2 : La perte de qualité de vie résultant d'une atteinte à l'intégrité morale .....	224
§ 1 : La perte des agréments .....	225
§ 2 : La perte de son individualité.....	234
Chapitre 2 : L'être mal non-imputable .....	245
Section 1 : La perte de qualité de vie en soi.....	247
§ 1 : Le mal-être de l'enfant confronté à une vie jugée dommageable .....	248
§ 2 : Le mal-être du parent confronté à une naissance dommageable.....	253
Section 2 : Le rejet de son identité .....	259
§ 1 : Une vocation thérapeutique du droit : l'exemple du transsexualisme.....	260
§ 2 : L'émergence d'un « droit-providence » .....	270
I. Le phénomène.....	270
II. Ses conséquences pathologiques .....	278
Titre 2 : L'être mal et la mort.....	289
Chapitre 1 : L'apaisement du mal-être par la reconnaissance juridique de l'enfant mort-né .....	295
Chapitre 2 : L'apaisement du mal-être par la reconnaissance d'un état.....	311
Section 1 : Le mariage posthume .....	311
Section 2 : L'adoption posthume.....	325
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	<b>333</b>
<i>Bibliographie.....</i>	<i>337</i>
<i>Index alphabétique .....</i>	<i>373</i>
<i>Table des matières .....</i>	<i>376</i>





## **Résumé : La souffrance et le droit**

La souffrance a une faculté de nuisance : elle affaiblit l'être, accapare ses pensées et contribue à son isolement. Le droit a intérêt à appréhender ce sentiment, car il est un danger pour l'homme dont la capacité d'action est menacée, et pour la collectivité dont la cohésion est fragilisée par la mise à l'écart du souffrant. C'est dans la réaction et dans la lutte que le droit appréhende la souffrance. Il a réagi à la souffrance infligée à autrui en accordant à la victime une indemnité compensatrice et, par le progrès des techniques médicales, s'est enrichi de dispositifs destinés à l'éliminer. La souffrance présente deux aspects : l'« avoir mal », qui est une crise de la sensibilité, et l'« être mal », qui est une crise existentielle. En droit civil de la réparation comme en droit médical, le fait d'avoir mal a été pris en considération avant le mal-être des hommes, le droit ayant tenu compte de ce dernier en raison d'une préoccupation nouvelle des hommes pour leur bien-être. L'étude de l'« avoir mal » montre que le droit s'est attaché à réparer les souffrances injustement subies et, venant se placer aux côtés de la médecine, à les soulager en permettant le recours à des moyens techniques et humains. Quant au mal-être, il est de nos jours réparé lorsqu'il est injustement subi, et des mesures symboliques permettent d'apaiser ceux qui en souffrent. Des dispositifs favorisent aussi son élimination par le recours aux techniques médicales, mais le souci croissant de satisfaire les demandes individuelles en n'imposant plus la preuve d'une pathologie, questionne la vocation thérapeutique du droit. En tout cas, l'« avoir mal » et l'« être mal » ne peuvent pas être appréhendés de la même manière par le droit, car ils ont leur propre nature. Ce travail autour de la souffrance met au jour la complexité de ce sentiment, la difficulté pour le droit de la saisir et l'influence du contexte dans lequel notre société évolue. Il met aussi en garde contre la technique, à la fois indispensable pour lutter contre la souffrance et dangereuse selon l'utilisation qui en est faite.

*Mots-clés : souffrance ; droit ; préjudice ; réparation ; soulagement ; désir ; vie ; mort.*

## **Summary : Suffering and the law**

Suffering has the capacity to do harm. It weakens men, monopolizes their thoughts, and isolates them. The law must apprehend this feeling because it is dangerous for individuals as well as society, which loses one of its own. The law apprehends suffering through reaction and struggle. It provides compensation to the victim who suffers unjustly. It acts directly against suffering by allowing medical techniques to be used to eliminate it. Suffering has two aspects: pain and ill-being. In civil and medical law, pain was considered before ill-being. The latter was taken into account because of a new concern for well-being. The study of pain shows that the law has endeavoured to repair it, and, by assisting medicine, to relieve it by authorizing the use of medical techniques. In the same way, ill-being is today repaired when it is unjustly suffered, and symbolic measures make it possible to appease those who suffer from it. Laws also allow its elimination through the use of medical techniques. However, the desire to satisfy the people's demands by no longer imposing the proof of a disease questions the therapeutic vocation of the law. In any case, pain and ill-being cannot be apprehended in the same way because they are of a different nature. This work has shown that suffering is a complex feeling, that law has difficulties in apprehending it, and that the context in which our society evolves has an influence. It also warns against the technique which can be the object of misuse.

*Keywords : suffering ; law ; prejudice ; reparation ; relief ; desire ; life ; death.*