

SÉRIE E / SERIES E

DROIT, SANTÉ ET SOCIÉTÉ
LAW, HEALTH & SOCIETY

Février 2015

N° 3 de la série « E » Droit, Santé et Société • Vol. 1

N° 5 du Journal de médecine légale • Vol. 57

ÉDITORIAL
FOREWORD

3
 QUAND L'ABSOLUTISME
 DES PRINCIPES NIE
 LA JUSTICE : À PROPOS
 DU DÉBAT JURIDIQUE
 SUR LE STATUT DES ENFANTS NÉS
 D'UNE CONVENTION
 DE GESTATION POUR AUTRUI
*WHEN LEGAL ABSOLUTISM DENIES
 JUSTICE: THE LEGAL DEBATE ON THE
 STATUS OF CHILDREN BORN THROUGH
 SURROGATE ARRANGEMENT*
Christian BYK

DROIT DE LA FAMILLE, DES PERSONNES / FAMILY – INDIVIDUALS

7
 « IVG III », LA CONVENANCE
 PLUTÔT QUE LA DÉTRESSE.
 À PROPOS DE LA DÉCISION DU
 CONSEIL CONSTITUTIONNEL,
 N° 2014-700 DC DU 31 JUILLET 2014,
 LOI POUR L'ÉGALITÉ RÉELLE ENTRE
 LES FEMMES ET LES HOMMES
*"IVG III", CONVENIENCE RATHER THAN DIS-
 TRESS. THE DECISION OF THE FRENCH
 CONSEIL CONSTITUTIONNEL, N°2014-700
 DC OF 31 JULY 2014, A LAW FOR REAL
 EQUALITY BETWEEN WOMEN AND MEN*
Xavier BIOY

11
 CDEH ARRÊT DU 7 JANVIER 2014
 AFFAIRE CUSAN ET FAZZO
 C. ITALIE
*JUDGEMENT OF 7 JANUARY 2014 IN THE
 CASE CUSAN AND FAZZO VS ITALY*

21
 LA TRANSMISSION DU PATRO-
 NYME S'OPÈRE SUR LA BASE
 D'UNE DISCRIMINATION FON-
 DÉE SUR LE SEXE DES PARENTS,
 CEDH, CUSAN ET FAZZO C ITALIE,
 7 JANVIER 2014
*THE TRANSMISSION OF A SURNAME IS
 BASED ON A DISCRIMINATION ON THE
 GROUND OF THE PARENTS' SEX, CEDH
 (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS),
 CUSAN AND FAZZO VS ITALY, 7 JANUARY
 2014*
Maryline BRUGGEMAN

DROIT DE LA FAMILLE, DES PERSONNES
FAMILY – INDIVIDUALS

DROIT DE LA SANTÉ / HEALTH LAW

25
 COMMENTAIRE
 DE L'AVIS DE LA
 COMMISSION
 NATIONALE
 CONSULTATIVE DES
 DROITS DE L'HOMME
 SUR LA PROPOSITION DE
 LOI RENFORÇANT
 LA LUTTE CONTRE
 LE SYSTÈME
 PROSTITUTIONNEL
*COMMENTS ON THE NOTIFICA-
 TION MADE BY THE NATIONAL
 COMMISSION ON HUMAN RIGHTS ABOUT
 THE PROPOSAL FOR AN ACT ON STRENG-
 THENING THE FIGHT AGAINST PROSTITU-
 TION, DATED DECEMBER 4TH 2013 --
 NOTIFICATION FROM MAY 22ND 2014*
Fabienne GHELFI

33
 LE CONSEIL D'ÉTAT SE RÉSIGNE
 (ENFIN ?) À APPLIQUER LA
 NOMENCLATURE DINTILHAC
*THE FRENCH COUNCIL OF STATE FINALLY
 AGREES TO ENFORCE THE "DINTILHAC" LIST
 OF DAMAGES*
Jean-Paul MARKUS

38
 LE MONOPOLE DE L'EFS NE
 S'ÉTEND PAS AU PLASMA DONT
 LA PRODUCTION INCLUT UN
 PROCÉDÉ INDUSTRIEL
*THE MONOPOLY OF THE FRENCH BLOOD
 AGENCY DOES NOT COVER PLASMA
 WHICH IS PRODUCED USING AN INDUS-
 TRIAL METHOD*
Christian BYK

44
 SOINS AUX HANDICAPÉS
 HEALTHCARE TO HANDICAPPED PERSONS
Jean-Paul MARKUS

SOMMAIRE
CONTENTS

SÉRIE E / SERIES E

DROIT, SANTÉ ET SOCIÉTÉ

LAW, HEALTH & SOCIETY

DROIT DES TECHNOLOGIES DE SANTÉ / HEALTH TECHNOLOGY LAW

48

SHOULD FAMILY
PHYSICIANS COUNCIL PATIENTS
ON GENETIC
TESTING AND SCREENING?

*LES MÉDECINS DE FAMILLE DOIVENT-ILS
CONSEILLER LEURS PATIENTS SUR LES TESTS
GÉNÉTIQUES ET LE DÉPISTAGE ?*

Pierre MALLIA

54

COUR DE CASSATION,
AVIS N° 15010

DU 22 SEPTEMBRE 2014

(DEMANDE N° 1470007)

ECLI:FR:CCASS:2014: AV015010

*COUR DE CASSATION: ADVICE N° 15010 OF
22 SEPTEMBER 2104 (REQUEST N° 1470007) -
ECLI:FR:CCASS:2014:AV15010*

55

LES AVIS DE LA COUR DE CAS-
SATION RELATIFS À L'ADOPTION
PAR L'ÉPOUSE DE LA MÈRE
D'UN ENFANT CONÇU À
L'ÉTRANGER PAR INSÉMINATION
ARTIFICIELLE

*ADVICE OF COUR DE CASSATION RELATIVE
TO ADOPTION BY THE WIFE OF THE
MOTHER OF A CHILD CONCEIVED ABROAD
BY ARTIFICIAL INSEMINATION*

Valérie DEPADT

58

LA NOUVELLE RÉGLEMENTA-
TION EUROPÉENNE RELATIVE
AUX ESSAIS CLINIQUES
DE MÉDICAMENTS À USAGE
HUMAIN

*THE NEW EUROPEAN REGULATION ON
CLINICAL TRIALS ON MEDICINAL PRODUCTS
FOR HUMAN USE*

Sophie MONNIER

64

LA LÉGISLATION QUÉBÉCOISE
SUR LE DROIT À LA MORT
MÉDICALEMENT ASSISTÉE

*QUEBEC LEGISLATION ON END
OF LIFE PROCEDURES*

Jean-Louis BAUDOUIN

DROIT DE LA RECHERCHE BIOMÉDICALE
BIOMEDICAL RESEARCH LAWDOSSIER : LA FIN DE VIE (1^{RE} PARTIE)
FILE: END OF LIFE (1ST PART)DOSSIER : LA FIN DE VIE (1^{RE} PARTIE)
FILE: END OF LIFE (1ST PART)HISTOIRE
HISTORYNOUVELLES DU MONDE
NEWS OF THE WORLD**70**

FIN DE VIE ET TROMPERIE
POST-MORTEM AU JUGE-
MENT

*ENF OF LIFE AND POST MORTEM
SCAM JUDGEMENT*

Christian BYK

72

RETOUR SUR LE SORT
RÉSERVÉ AU CORPS DES
ENFANTS MORT-NÉS...

*BACK TO THE TREATMENT DEDICA-
TED O THE BODY OF STILLBORN CHILDREN*

Maryline BRUGGEMAN

76

FLOURENS (MARIE-JEAN-PIERRE),
13 AVRIL 1794 - 16 DÉCEMBRE 1867

*FLOURENS (MARIE-JEAN-PIERRE),
13 APRIL 1794 - 16 DECEMBER 1867*

Vincent-Pierre COMITI

80

LES ÉTUDIANTS EN MÉDECINE
DE L'UNIVERSITÉ DE PANAMA ET
LA BIOÉTHIQUE

*MEDICINE STUDENTS OF THE UNIVERSITY OF
PANAMÁ AND BIOETHICS*

Claude VERGÈS

86

DÉCLARATION DE LA SESSION
CONJOINTE DU COMITÉ INTERNA-
TIONAL DE BIOÉTHIQUE (CIB) ET
DU COMITÉ INTERGOUVERNE-
MENTAL DE BIOÉTHIQUE (CIGB)
RELATIVE A L'ÉPIDÉMIE DU VIRUS
EBOLA (10 SEPTEMBRE 2014)

*STATEMENT OF THE JOINT SESSION OF THE
INTERNATIONAL BIOETHICS COMMITTEE OF
UNESCO (IBC) AND THE INTERGOVERN-
MENTAL BIOETHICS COMMITTEE (IGBC) ON THE
EBOLA VIRUS EPIDEMIC (10 SEPTEMBER 2014)*
UNESCO

6

BULLETIN D'ABONNEMENT
SUBSCRIPTION FORM

88

RECOMMANDATIONS AUX AUTEURS
INSTRUCTIONS TO AUTHORS

SOMMAIRE
CONTENTS

QUAND L'ABSOLUTISME DES PRINCIPES NIE LA JUSTICE. À PROPOS DU DÉBAT JURIDIQUE SUR LE STATUT DES ENFANTS NÉS D'UNE CONVENTION DE GESTATION POUR AUTRUI

*WHEN LEGAL ABSOLUTISM DENIES JUSTICE: THE LEGAL DEBATE
ON THE STATUS OF CHILDREN BORN THROUGH SURROGATE
ARRANGEMENT*

RÉSUMÉ

La loi sur l'interruption de grossesse a 40 ans et consacre désormais le droit à l'avortement au moment où le législateur sort la recherche sur l'embryon de son interdiction et reconnaît « le mariage pour tous ». Ce trop de dérégulation de la famille institutionnelle et traditionnelle semble paradoxalement avoir pour contrepartie la volonté de maintenir les enfants nés d'« une mère porteuse » hors le champ du droit, et même, en raison des difficultés auxquelles ils sont confrontés, de la société. Or, le devoir du droit est non d'excommunier mais de maintenir un lien entre tous les membres de la société.

MOTS-CLÉS

Gestation pour autrui, statut des enfants, droit français, droit étranger, justice.

SUMMARY

The law on termination of pregnancy is now 40 years old and sanctions the right to abortion just when the legislator releases research on embryos from its prohibition and acknowledges « marriage for all ». On the other hand, this excess of deregulation of the traditional, institutional family seems paradoxically to want to maintain children born of « a surrogate mother » outside the scope of the law, and even, because of the difficulties they face, of society. However, the duty of law is not to excommunicate but to maintain a link between all the members of society.

KEYWORDS

Surrogate arrangement, children's rights, French law, Foreign law, Justice.

DROIT, SANTÉ,
SOCIÉTÉ
est une série du
JOURNAL DE
MÉDECINE LÉGALE,
DROIT MÉDICAL

La gestation pour autrui n'est pas (encore) un geste anodin, banal. Parce que altruiste ou mercantile, elle rend visible la dissociation de la maternité ou, plus exactement, ses différentes composantes : génétique, gestationnelle et sociale. Si l'on admet, en effet, que la reconnaissance ou l'exercice de la parenté puisse être retirée aux parents biologiques qui socialement ne se comporteraient pas comme des parents, il est symboliquement, voire anthropologiquement plus difficile, de mettre des candidats à la parenté dans une situation de parenté réelle lorsque la génétique et la biologie le leur refusent. Il n'y a pas si longtemps « la procréation artificielle » n'avait pas droit de cité. Médicalisée dans le but de combattre l'infertilité et la transmission de graves maladies à l'enfant, elle a trouvé en France dans l'idée de « projet parental » un modèle social et sa légitimité.

Cependant, très tôt, au nom de la dignité de la personne (de la femme), de l'indisponibilité du corps et du rejet de sa « marchandisation », ce qui était alors qualifié de contrat de « maternité de substitution » a été interdit sans que nul ne s'en émeuve véritablement.

Alors, pourquoi ce qu'on dénomme aujourd'hui la GPA conduit-elle à une vive controverse au point d'avoir brisé la belle apparence d'une « bioéthique à la française », qui serait nécessairement consensuelle ? Et surtout, pourquoi, cette controverse se cristallise-t-elle sur le « statut juridique » en France des enfants nés à l'étranger d'une telle convention ?

La réponse nous semble simple mais lourde de conséquences, notamment pour notre perception de ce qu'est le droit. Fondé sur des valeurs d'autant plus affirmées et fortes qu'elles se veulent universelles, le droit français a, sur ce sujet, construit, depuis le début des années 1990 et sous l'égide de la Cour de cassation, un raisonnement d'une logique implacable : la convention de maternité de substitution est nulle et

tout « couple commanditaire » qui, y ayant eu recours, essaie de faire établir à l'égard de ses membres un lien de filiation avec l'enfant ainsi né, commet une fraude à la loi ou peut se voir opposer, pour entraver ses démarches, la notion d'ordre public. Ainsi ni l'adoption, simple ou plénière, ni la transcription à l'état-civil d'une filiation légitimement établie à l'étranger n'ont résisté à ce rouleau-compresseur juridique. Or, résoudre la délicate situation des enfants vivant en France, dans des familles sans lien de parenté avec eux, ferait tomber cette forteresse juridique et révélerait que, pas plus que l'embargo américain n'a mis fin au régime de F. Castro à Cuba, pas plus le fondamentalisme juridique ne peut cacher l'existence d'une réalité d'autant plus visible qu'elle concerne des enfants dont notre société se vante de reconnaître la primauté de leur « intérêt supérieur » sur tout autre !

En condamnant le 26 juin 2014 la France pour avoir porté atteinte à la vie privée de ces enfants, la Cour européenne des droits de l'homme nous invite à réfléchir non en terme de souveraineté mais en terme de proportionnalité du droit par rapport à ses objectifs.

En effet, il ne s'agit pas d'une mise en cause de la souveraineté de la France par l'intervention d'une juridiction étrangère, qui, au surplus, serait trop dépendante d'une interprétation utilitariste du droit. D'une part, le droit européen des droits de l'homme n'est pas étranger au droit français dès lors qu'en adhérant à la Convention européenne des droits de l'homme, la France a librement reconnu l'application de celui-ci, à laquelle contribue le juge français, et le rôle de la Cour de Strasbourg. D'autre part, parce que, dans cet arrêt comme dans les nombreux précédents qui concernent le biodroit, cette Cour ne cesse de réaffirmer la large marge d'appréciation qui est celle des États membres pour fixer leur législation en ce domaine sensible.

En l'espèce, que dit la Cour qui puisse soulever le courroux des juristes français :

« Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire. Il résulte toutefois... que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté...

Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt Jäggi précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance... La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation ».

Est-ce si loin de ce que dit le Conseil d'État, qui, le 12 décembre 2014, a refusé d'annuler la circulaire du ministre de la justice indiquant que « lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de

vraisemblance qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui ». cette circonstance « ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française » ? Écoutons la Haute juridiction administrative, dont le penchant pro-européen ne peut guère être mis en avant :

« La seule circonstance qu'un enfant soit né à l'étranger dans le cadre d'un tel contrat, même s'il est nul et non avenant au regard du droit français, ne peut conduire à priver cet enfant de la nationalité française. Cet enfant y a droit, dès lors que sa filiation avec un Français est légalement établie à l'étranger, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Le refus de reconnaître la nationalité française porterait sinon une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée de l'enfant, garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ».

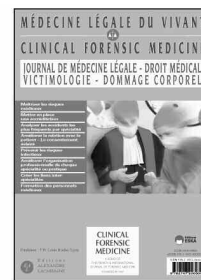
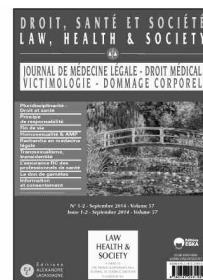
Cette exacerbation des principes juridiques, qui pour des motifs liés à des batailles idéologiques et à la carence des pouvoirs publics, qui ont laissé agir la jurisprudence au lieu de légiférer en temps et en heure, ne peut conduire qu'à une triste et double tragédie : celle du droit, devenu champ de batailles d'enjeux qu'il ne maîtrise pas et celle des enfants ainsi nés, qui se trouvent réduits à un état pire que celui des enfants incestueux puisqu'ils ne peuvent revendiquer le lien biologique et incontestable de filiation existant avec l'un des membres du « couple commanditaire » !

À ceux qui estiment que c'est cela « faire partager le souci du juste », je préfère répondre avec d'Aguesseau que dire la justice, c'est « traiter les affaires humaines humainement ». ■

Christian BYK
Juge à la cour d'appel de Paris

BULLETIN D'ABONNEMENT 2015 / SUBSCRIPTION FORM 2015

LES 6 SÉRIES DU JOURNAL DE MÉDECINE LÉGALE 6 SERIES OF THE INTERNATIONAL JOURNAL OF FORENSIC MEDICINE



Six séries

Série A : Journal des Instituts de Médecine légale

Série B : Conflits, Catastrophes, Situations humanitaires

Série C : Criminalistique

Série D : Dommage Corporel

Série E : Droit, Santé et Société

Série F : Médecine Légale du Vivant

Six series

Series A: Journal of Forensic Medicine Institutes

Series B: Conflicts, Disasters, Humanitarian Situations

Series C: Criminalistics

Series D: Physical Injury

Series E: Health, Law and Society

Series F: Clinical Forensic Medicine

☐ **JE DÉSIRE M'ABONNER AUX 6 SÉRIES DU JOURNAL DE MÉDECINE LÉGALE - volume 58**
I WANT TO SUBSCRIBE TO THE 6 SERIES OF INTERNATIONAL JOURNAL OF FORENSIC MEDICINE

Merci de cocher la case de votre choix / Please indicate your choice	FRANCE	FRANCE	ÉTRANGER FOREIGN	ÉTRANGER FOREIGN	FRANCE	FRANCE	ÉTRANGER FOREIGN	ÉTRANGER FOREIGN	TOTAL
	<input type="checkbox"/> VERSION IMPRIMÉE PRINTED VERSION	<input type="checkbox"/> VERSION IMPRIMÉE PRINTED VERSION	<input type="checkbox"/> VERSION IMPRIMÉE PRINTED VERSION	<input type="checkbox"/> VERSION IMPRIMÉE PRINTED VERSION	<input type="checkbox"/> VERSION IMPRIMÉE PRINTED VERSION	<input type="checkbox"/> VERSION IMPRIMÉE PRINTED VERSION	<input type="checkbox"/> VERSION IMPRIMÉE PRINTED VERSION	<input type="checkbox"/> VERSION IMPRIMÉE PRINTED VERSION	
	<input type="checkbox"/> VERSION NUMÉRIQUE ONLINE VERSION	<input type="checkbox"/> VERSION NUMÉRIQUE ONLINE VERSION	<input type="checkbox"/> VERSION NUMÉRIQUE ONLINE VERSION	<input type="checkbox"/> VERSION NUMÉRIQUE ONLINE VERSION	<input type="checkbox"/> VERSION NUMÉRIQUE ONLINE VERSION	<input type="checkbox"/> VERSION NUMÉRIQUE ONLINE VERSION	<input type="checkbox"/> VERSION NUMÉRIQUE ONLINE VERSION	<input type="checkbox"/> VERSION NUMÉRIQUE ONLINE VERSION	
	Particulier Individual	Institution Institutional	Particulier Individual	Institution Institutional	Particulier Individual	Institution Institutional	Particulier Individual	Institution Institutional	
Abonnement aux 6 séries Subscribe to 6 series	<input type="checkbox"/> 282 €	<input type="checkbox"/> 350 €	<input type="checkbox"/> 339 €	<input type="checkbox"/> 410 €	<input type="checkbox"/> 424 €	<input type="checkbox"/> 528 €	<input type="checkbox"/> 507 €	<input type="checkbox"/> 614 €€
Statut Etudiant (6 séries) Student (6 series)	<input type="checkbox"/> 137 €		<input type="checkbox"/> 137 €		<input type="checkbox"/> 137 €		<input type="checkbox"/> 137 €	€
							TOTAL	€

Nom / Name Prénom / First name

Adresse / Address

Code postal / Zip Code Ville / Town Pays / Country

Email Tel

Je joins mon règlement à l'ordre des EDITIONS ESKA SOIT UN MONTANT TOTAL DE.....€ par :

I enclose my payment to the order of ESKA EDITIONS FOR A TOTAL AMOUNT OF.....€ by:

☐ Chèque à l'ordre des/Check payable to Editions ESKA

☐ Virement bancaire aux/Bank transfer to Editions ESKA - BNP Paris Champs Elysées 30004 / 00804 / compte: 00010139858 / 36

☐ Carte de crédit/Credit card ☐ Visa ☐ Mastercard Date d'expiration/Expiry date :

n°

(Une facture vous sera retournée comme justificatif de votre paiement).

(An invoice will be sent to you to acknowledge payment).

Date

Signature

Bulletin à retourner avec votre paiement à / Return your order and payment to :

Éditions ESKA, bureaux et ventes, 12, rue du Quatre-Septembre, 75002 PARIS FRANCE



« IVG III », LA CONVENANCE PLUTÔT QUE LA DÉTRESSE. À PROPOS DE LA DÉCISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, N° 2014-700 DC DU 31 JUILLET 2014, LOI POUR L'ÉGALITÉ RÉELLE ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES

*“IVG III”, CONVENIENCE RATHER THAN DISTRESS.
THE DECISION OF THE FRENCH CONSEIL CONSTITUTIONNEL,
N°2014-700 DC OF 31 JULY 2014, A LAW FOR REAL EQUALITY
BETWEEN WOMEN AND MEN*

Par **Xavier BIOY***

DROIT DE LA FAMILLE
ET DES PERSONNES

RÉSUMÉ

Le Conseil constitutionnel a examiné la suppression de la condition selon laquelle la femme qui souhaite recourir à une interruption de grossesse doit se trouver en état de détresse. Il en a admis la constitutionnalité, sans motiver cette solution. Les requérants pensaient que cela remet en cause la protection de l'embryon, mais le Conseil estime que cela ne heurte aucune exigence constitutionnelle. Il s'agit là d'une évolution de sa jurisprudence.

MOTS-CLÉS

Interruption de grossesse, contrôle de constitutionnalité, liberté personnelle, dignité de la personne, embryon.

* Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole, Directeur de l'Institut Maurice Hauriou et de l'Institut Fédératif de Recherche « Mutation des normes juridiques ». xavier.bioy@ut-capitole.fr

SUMMARY

The French Conseil constitutionnel judged the abolition of the condition according to which the woman who wishes to abort has to be in state of distress. The Conseil admitted the constitutionality of the Law, without motivating this solution. The applicants thought that it questions the protection of the embryo, but the judge dares that it strikes no constitutional requirement. This is a turn of its jurisprudence.

KEYWORDS

Termination of pregnancy, control of constitutionality, personal freedom, dignity of the person, the embryo.

TEXTE, EXTRAIT DE LA DÉCISION

« 1. Considérant que les sénateurs requérants déferent au Conseil constitutionnel la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes ; qu'ils mettent en cause la conformité à la Constitution de son article 24 ;

- Sur l'article 24 :

2. Considérant que, dans sa rédaction résultant de l'article 4 de la loi du 17 janvier 1975 susvisée, la première phrase de l'article L. 162-1 du code de la santé publique, devenu son article L. 2212-1, dispose : « La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse » ; que l'article 24 de la loi déferée remplace les mots : « que son état place dans une situation de détresse » par les mots : « qui ne veut pas poursuivre une grossesse » ;

3. Considérant que, selon les requérants, la suppression de l'exigence selon laquelle le droit de la femme de demander l'interruption de sa grossesse est conditionné à une situation de détresse n'est pas justifiée ; qu'elle romprait le compromis et l'équilibre résultant de la loi du 17 janvier 1975 et porterait dès lors atteinte « au principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » ;

4. Considérant que la loi du 17 janvier 1975 a autorisé une femme à demander l'interruption volontaire de sa grossesse lorsque « son état » la « place dans une situation de détresse » ; que ces dispositions réservent à la femme le soin d'apprécier seule si elle se trouve dans cette situation ; que la modification, par l'article 24, de la rédaction des dispositions de la première phrase de l'article L. 2212-1, qui prévoit que la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut en demander l'interruption à un médecin, ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle ; que, par suite, cet article doit être déclaré conforme à la Constitution ; »

COMMENTAIRE

La décision commentée ne restera dans les mémoires qu'en raison de son surnom d' « IVG III ». Après les décisions de 1975 et de 2001 (04 juillet 2001 – Décision n° 2001-449 DC, *IVG II*) qui ont été des moments forts de sa jurisprudence, il semble que le juge constitutionnel ait été négligeant, si ce n'est sur le fond éthique et politique, à tout le moins sur la qualité de sa motivation.

La loi déferée au Conseil constitutionnel par plus de soixante sénateurs, bien qu'elle compte soixante-dix-sept articles, n'a été contestée que pour son article 24

relatif à l'interruption volontaire de grossesse. On laissera de côté les éléments tenant à la procédure législative, soulevés d'office par le Conseil pour compléter sans jurisprudence relative à la procédure des ordonnances et au droit d'amendement. Saisi de la question de la suppression de la condition de détresse que la loi « Veil » imposait depuis quarante ans, sans que cela n'entrave le recours à l'IVG, le juge répond que cette condition ne prive aucune exigence constitutionnelle de protection. Mais le lecteur n'aura qu'à lire entre les lignes si il souhaite en connaître les motifs. Il semble que l'argument selon lequel supprimer cette condition affecterait l'équilibre que la loi opérait entre la liberté corporelle de la femme et la dignité de la personne humaine « manque en fait », car c'est à la femme que revient sa seule appréciation.

On avouera une certaine incompréhension de cette solution au regard de la jurisprudence antérieure qui avait affirmé et confirmé que les conditions d'accès à l'IVG faisaient partie intégrante de l'appréciation de la constitutionnalité de la loi dont l'objet est justement de concilier deux normes constitutionnelles d'application en l'occurrence contradictoires.

1. L'ARGUMENT DE L'ÉQUILIBRE RÉALISÉ PAR LA LOI

Selon les requérants, auxquels on prêterait une oreille attentive, la loi aménageait à l'origine une conciliation entre deux principes constitutionnels. Les termes de cette conciliation ont fortement évolué en défaveur de la protection de l'être humain, sans que jamais le Conseil constitutionnel ne s'en inquiète.

1.1. Les garanties législatives de la dignité de la personne humaine

Les premières décisions de 1975, 1994 et de 2001 ont placé l'embryon sous la protection du principe du respect de l'être humain dès le commencement de la (puis « sa ») vie, ce qui reprend la qualification législative. En 1975, le Conseil considère bien que la loi Veil ouvre une « dérogation » en cas de nécessité : « Considérant que la loi déferée au Conseil constitutionnel n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1^{er}, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elles définit ». C'est dire si le juge constate qu'un équilibre est créé par la loi.

En 2001, il décide de confronter la liberté personnelle de la femme (liberté de disposer de son corps, composante de la liberté personnelle) au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Cela ne fait pas du fœtus une personne car cela aurait également dû, ce qui n'a pas été le cas, entraîner en 1993

l'inconstitutionnalité de la dépénalisation de l'auto-avortement, ce dernier ne connaissant pas de « délai ». Le juge constitutionnel a estimé que le respect de l'être humain, principe législatif, était une garantie de la dignité de la personne. Ainsi, dans le cas où il serait méconnu, cette dernière le serait aussi. Le ton était donné dans la décision *Bioéthique I* (n° 94-343/394 DC d 27 juillet 1994) : « le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » en estimant que ce principe, ainsi que les autres principes de la loi bioéthique alors adoptée, « tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (cons. 18). Le respect peut alors être subsumé sous la dignité. Rappelons les termes de l'équilibre (considérant n°5 : « la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »).

Rappelons que la jurisprudence européenne ne force nullement la main aux États en matière d'avortement. Si l'autonomie de la femme permet de considérer que les conditions posées à l'IVG sont bien des ingérences dans son droit au respect de sa vie privée, la Cour européenne n'en respecte pas moins les choix nationaux, y compris lorsque les limites sont larges et strictes (1), à condition de ne pas entraver l'information en la matière et de ne pas mettre la femme en danger (2).

1.2. Les conditions de recours à l'IVG, sont des composantes de ces garanties

La condition de « détresse », aux termes de la loi et des débats qui ont entouré autant son adoption que ses modifications de 2001 et 2014, signifiait que le choix de l'IVG devait justement être un « choix » éclairé et non un réflexe de convenance. Le recours à l'IVG n'est certes pas un moyen de contraception. Il apparaissait donc logique que la loi impose une analyse attentive des motifs y conduisant. Autrefois, les différents entretiens médicaux et la rencontre des services sociaux conduisaient à ce que des éléments de réponse soient posés et que des alternatives à l'IVG soient examinées. En vue de libérer davantage la femme de ces

contraintes, ces éléments ont été supprimés, ne laissant que cette « détresse ». Pour les mineures, la consultation préalable, qu'elle soit accompagnée par le représentant légal ou, à défaut, un adulte de leur choix, a encore pour but de s'assurer qu'aucune pression en faveur de l'avortement n'a été exercée.

Néanmoins, en 2001, le Conseil avait déjà argué de la liberté de la femme pour accepter la suppression de l'obligation d'énumérer les « droits, aides et avantages garantis par la loi aux familles, aux mères, célibataires ou non, et à leurs enfants, ainsi que des possibilités offertes par l'adoption d'un enfant à naître » (cons. 10). Comme le dit le commentaire officiel aux *Cahiers* « la loi du 4 juillet 2001 a parachevé le mouvement vidant de toute portée juridique concrète la référence à la « situation de détresse » ». L'essentiel des conditions posées en 1975 avait ainsi été déjà abrogé en 2001 (loi du 4 juillet 2001) : suppression des dispositions de l'article 2221-1 du CSP qui sanctionnaient le délit de propagande et de publicité directe ou indirecte pour les établissements pratiquant l'IVG ou pour des médicaments, produits ou méthodes permettant une IVG ; suppression du caractère obligatoire de la consultation sociale préalable à l'IVG pour les femmes majeures même si cet entretien doit être systématiquement proposé. Par ailleurs, la réalisation d'une interruption de grossesse concernant une femme étrangère n'est plus soumise à aucune condition de durée et de régularité du séjour en France.

Que reste-t-il de la conciliation de 1975 ? Est-il encore vrai que l'avortement est toujours un traumatisme comme l'affirmait Mme Veil alors, ce qui voulait dire que l'IVG resterait un acte exceptionnel et responsable ? Le nombre des IVG augmente et les témoignages de gynécologues se multiplient selon lesquels des femmes de plus en plus nombreuses recourent plusieurs fois à des IVG et peinent à la distinguer de la contraception. La vertu de la loi n'est-elle pas aussi de rappeler des choix collectifs et des valeurs, même, et surtout, symboliquement ? La loi n'a ni vocation à culpabiliser, ni à déculpabiliser les femmes qui ont recours à l'IVG : mais elle a celle de protéger l'être humain qu'est l'embryon *in utero* qu'elle qualifie elle-même ainsi. Sinon, pourquoi ne pas avoir abrogé le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, posé par cette même loi Veil ? Demeure ainsi l'article L. 2211-2 du code de la santé publique selon lequel l'IVG n'admet une atteinte au respect de la vie qu'en raison d'une situation « de nécessité ». Cela ne lui retire pas sa qualité de droit. Autant on ne peut pas penser, comme beaucoup l'ont pourtant écrit, que la dépénalisation de l'avortement n'a ouvert qu'une « tolérance » (l'IVG est un véritable droit relevant d'une mission de service public) autant ce droit ne paraît pas devoir être inconditionnel et inconditionné comme le législateur de 2014 l'a voulu, avec le consentement du Conseil constitutionnel.

(1) CEDH, 16 décembre 2010, *A, B, C c. Irlande*,

(2) D. ROMAN, « L'avortement devant la CEDH : À propos de l'arrêt CEDH, 18 mars 2007, *Tysiac c. Pologne* », *RDSS* 08/2007, n° 4, p. 643-650.

2. LA RÉPONSE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL SELON LAQUELLE L'ARGUMENT MANQUE EN FAIT

On sera convaincu que, loin d'être anodine, cette décision du Conseil fait évoluer sa jurisprudence vers l'inversion du système : le principe est la liberté corporelle, la dérogation est la protection de l'embryon. Il eut été souhaitable que le Conseil l'explique plus avant. Le Conseil semble, comme la réponse du gouvernement à la saisine, admettre qu'une condition non contrôlée par la puissance publique n'en soit pas une. Quelle serait au mieux non contraignante, au pire non normative. En réalité, le Conseil n'a pas souhaité y regarder de plus près.

2.1. Une condition appréciée par sa seule destinataire ne serait pas normative

Or, il n'est pas interdit de penser que la condition de détresse n'était pas vidée de toute portée normative. Le discours juridique a une vertu propre : dire les objectifs de la loi pour guider ses interprètes, notamment concernant la valeur de l'être humain. On ne voit pas pourquoi une idée aussi communément admise n'a pas cours en l'espèce.

2.1.1. Une condition non contrôlée est-elle une contrainte qui nierait l'existence d'un droit ?

Bien sûr, chaque juriste sait que tous les droits, même souvent les droits fondamentaux, connaissent des conditions et des conciliations qui n'en remettent pas en cause la fondamentalité. Or, le point de départ du législateur dans le cas de la disposition contestée devant le Conseil, est exactement inverse. Les motifs de la loi reprennent l'avis du 7 novembre 2013 du Haut Conseil à l'égalité entre les hommes et les femmes qui a recommandé de supprimer la référence à l'état de détresse au motif que tant qu'il y aurait des conditions (même non contraignantes) il n'y aurait pas « un vrai droit » : l'expression de « femme en situation de détresse renvoie à l'idée que l'IVG doit être un ultime recours, la faisant basculer d'un droit à une concession dans des cas exceptionnels ». Il faut sans doute rappeler que l'IVG est un droit depuis 1975, mais un droit qui porte atteinte au respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, un droit conditionné, comme bien d'autres.

2.1.2. Une condition dont le respect n'est pas contrôlé n'est-elle pas normative ?

Le Conseil semble justifier sa solution, non pas en ayant recours à la traditionnelle formule qui laisse au

législateur le soin de faire des choix politiques (liés à des connaissances techniques) sur lesquels le juge se défend de se prononcer, mais en estimant que la condition de détresse relève de l'appréciation de la femme, qu'elle n'a donc pas d'utilité juridique. C'est en quelque sorte sa normativité qui se trouve niée. Or, une obligation juridique existe indépendamment de sa sanction. C'est d'ailleurs pour cela que les députés ont entendu la supprimer. La dimension performative, inhérente au discours juridique comme discours normatif, existe ici pleinement en indiquant, à l'interprète qu'est la femme enceinte, la manière dont elle doit percevoir sa situation et sa volonté au regard de la loi : mettre fin à une vie en développement. Voilà ce que le Conseil aurait pu « prendre au sérieux », pour paraphraser Dworkin.

2.2. La prudence du Conseil dans les débats de société

Il semble donc que le Conseil ait confondu normativité et contrainte. Ce que pourtant il se garde de faire sur d'autres terrains comme celui de la normativité de la loi.

Cette décision est convergente avec d'autres dans le renoncement que le Conseil montre à ne serait-ce que rappeler les exigences constitutionnelles (pour le reste on se rangera à l'avis du doyen Favoreu selon lequel il ne revient pas au juge de refaire les choix politiques). On peut se souvenir de la décision relative à l'autorisation de la recherche sur l'embryon qui a cru voir dans les quelques conditions que la loi pose une protection de l'embryon *in vitro*. Certes certaines conditions cherchent à éviter que l'on ait recours à des embryons humains, leur utilisation devant rester subsidiaire, mais elles ne protègent pas l'embryon, unique et individuel, qui sera détruit dans la recherche. Le Conseil traite de catégories trop abstraites ; « l'embryon » est, pour lui, « les embryons en général », en utiliser le moins possible suffirait à excuser que certains le soient.

Il semble qu'il en soit de même pour la législation sur l'IVG. On peut croire que le principe est la protection de l'être humain et que l'exception, pendant douze semaines, est la liberté de la femme. Sinon quel serait l'objet de la loi ? Un simple rappel ? En réalité, le Conseil semble avoir inversé les préséances, faisant de la liberté de la femme le principe. Faut-il écrire une loi qui déroge à la liberté de la femme pour protéger l'embryon et le fœtus ? Si la Constitution rend parfaitement légitime de lutter contre l'entrave à l'IVG, ce que d'autres textes font aussi, il ne faut sans doute pas déséquilibrer le dispositif en ce sens. ■

ARRÊT DU 7 JANVIER 2014

AFFAIRE CUSAN ET FAZZO

C. ITALIE

JUDGEMENT OF 7 JANUARY 2014 IN THE CASE CUSAN
AND FAZZO VS ITALY

DROIT DE LA FAMILLE
ET DES PERSONNES

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

DEUXIÈME SECTION :
AFFAIRE CUSAN ET FAZZO c. ITALIE
(Requête no 77/07)
ARRÊT STRASBOURG 7 janvier 2014
DÉFINITIF 07/04/2014

*Cet arrêt est devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2
de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.*

EN L'AFFAIRE CUSAN ET FAZZO C. ITALIE,

La Cour européenne des droits de l'homme
(deuxième section), siégeant en une chambre compo-
sée de :

İşıl Karakaş, *présidente*,
Guido Raimondi,
Peer Lorenzen,
Dragoljub Popović,
András Sajó,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Helen Keller, *juges*,
et de Stanley Naismith, *greffier de section*,
Après en avoir délibéré en chambre du conseil le
26 novembre 2013,
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête
(n° 77/07) dirigée contre la République italienne et

dont deux ressortissants de cet État, Mme Alessandra
Cusan et M. Luigi Fazzo (« les requérants »), ont saisi
la Cour le 13 décembre 2006 en vertu de l'article 34
de la Convention de sauvegarde des droits de
l'homme et des libertés fondamentales (« la
Convention »).

2. Le gouvernement italien (« le Gouvernement ») a
été représenté par son agente, Mme E. Spatafora.

3. Les requérants se plaignent du refus des autorités
italiennes de faire droit à leur demande tendant à ce
que leur fille se voie attribuer le nom de famille de sa
mère.

4. Le 7 février 2013, la requête a été communiquée au
Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 1 de
la Convention, il a en outre été décidé que la chambre
se prononcerait en même temps sur la recevabilité et
sur le fond.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. Les requérants sont nés respectivement en 1964 et
en 1958 et résident à Milan.

6. Les requérants sont un couple marié. Le 26 avril
1999 naquit leur premier enfant, une fille,
Maddalena.

7. Le requérant présenta à l'officier d'état civil une
demande tendant à ce que sa fille soit inscrite dans les
registres d'état civil avec comme nom de famille celui
de sa mère (Cusan). Cette demande fut rejetée et
Maddalena fut inscrite avec le nom de son père
(Fazzo).

8. En juin 2000, les requérants introduisirent devant le tribunal de Milan un recours contre cette décision. Ils faisaient valoir qu'ils s'accordaient à vouloir inscrire Maddalena avec le nom de sa mère et qu'aucune disposition du droit italien ne s'y opposait.

9. Par un jugement du 6 juin 2001, dont le texte fut déposé au greffe le 8 juin 2001, le tribunal de Milan rejeta le recours des requérants.

10. Dans ses motifs, le tribunal observa que même si aucune disposition légale n'imposait d'inscrire un enfant né d'un couple marié avec le nom de son père, cette règle correspondait à un principe bien enraciné dans la conscience sociale et dans l'histoire italienne. Le tribunal estima par ailleurs superflue la question de l'existence ou non d'une disposition légale explicite. Il releva en effet que selon l'ancien article 144 du code civil (« le CC »), toute femme mariée adoptait le nom du mari, et estima que les enfants ne pouvaient être inscrits qu'avec ce nom ; ce nom était en effet commun aux époux, même si, par la suite, l'article 143 *bis* du CC avait prévu que le nom du mari puisse être seulement ajouté à la suite de celui de sa femme.

11. Les requérants interjetèrent appel.

12. Par un arrêt du 24 mai 2002, dont le texte fut déposé au greffe le 4 juin 2002, la cour d'appel de Milan confirma le jugement de première instance.

13. Dans ses motifs, la cour d'appel observa que la Cour constitutionnelle avait affirmé à plusieurs reprises (ordonnances n^{os} 176 du 28 janvier 1988 et 586 du 11 mai 1988) que la non-prévision de la possibilité, pour la mère, de transmettre son nom de famille aux « enfants légitimes » ne violait ni l'article 29 (fondation du mariage sur l'égalité morale et juridique des époux) ni l'article 3 (égalité des citoyens devant la loi) de la Constitution. Elle nota que la Cour constitutionnelle avait indiqué qu'il appartenait au législateur de décider de l'opportunité d'introduire un système différent d'attribution du nom de famille, et qu'au moins six projets ou propositions de loi étaient pendants devant le Parlement. Cela démontrait à ses yeux que la règle non écrite d'attribution du nom était encore en vigueur ; la jurisprudence n'en avait par ailleurs pas mis en doute l'existence.

14. Pour la cour d'appel, la non-application de cette règle aurait entraîné des conséquences pour les enfants auxquels serait attribué le nom de la mère, en ce qu'ils auraient pu être pris pour des « enfants non légitimes ».

15. Les requérants se pourvurent en cassation.

16. Par une ordonnance du 26 février 2004, dont le texte fut déposé au greffe le 17 juillet 2004, la Cour de cassation estima que la question incidente de la constitutionnalité de la règle attribuant aux « enfants légitimes » le nom du père était pertinente et n'était pas manifestement infondée ; en conséquence, elle suspendit la procédure et ordonna la transmission du dossier à la Cour constitutionnelle.

Dans les motifs de l'ordonnance, la Cour de cassation précisa que la règle en cause n'était pas une règle de droit coutumier, mais se dégageait de l'interprétation de certains articles du CC.

17. Par un arrêt (n^o 6) du 16 février 2006, la Cour constitutionnelle déclara cette question de constitutionnalité irrecevable.

Dans ses motifs, la Cour constitutionnelle considéra que le système en vigueur résultait d'une conception patriarcale de la famille et des pouvoirs du mari, qui avait ses racines dans le droit romain et n'était plus compatible avec le principe constitutionnel de l'égalité entre homme et femme. Elle releva de plus que l'article 16 § 1 g) de la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination envers la femme (ratifiée par la loi n^o 132 du 14 mars 1985) engageait les États contractants à adopter toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination envers les femmes à propos de toute question relative au mariage ou aux rapports familiaux et, en particulier, à assurer les mêmes droits au mari et à la femme, y compris dans le choix du nom.

18. La Cour constitutionnelle se référa également aux recommandations n^{os} 1271 de 1995 et 1362 de 1998 du Conseil de l'Europe, ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour (en l'occurrence *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, série A n^o 280-B ; *Stjerna c. Finlande*, 25 novembre 1994, série A n^o 299-B ; et *Ünal Tekeli c. Turquie*, n^o 29865/96, CEDH 2004-X).

19. Cependant, la Cour constitutionnelle ne s'estima pas compétente pour procéder à l'intervention souhaitée par la Cour de cassation.

Elle releva en effet que toute une série d'options restaient ouvertes, à savoir : 1^o) s'il fallait faire dépendre le choix du nom exclusivement de la volonté des époux ; 2^o) s'il fallait permettre aux époux de déroger à la règle ; 3^o) si le choix des époux devait avoir lieu une seule fois et valoir pour tous leurs enfants, ou bien si un choix individuel devait être exprimé pour chaque enfant. Elle observa que les projets de loi (n^{os} 1739-S, 1454-S et 3133-S) présentés au cours de la XIV^e législature témoignaient de la diversité des solutions pouvant être envisagées, et estima que le choix entre ces solutions ne pouvait être fait que par le législateur. Elle retint également qu'une déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions internes pertinentes aurait créé un vide juridique.

20. Par un arrêt du 29 mai 2006, dont le texte fut déposé au greffe le 16 juillet 2006, la Cour de cassation prit acte de la décision de la Cour constitutionnelle et débouta les requérants de leur pourvoi.

Dans ses motifs, elle souligna que la règle dénoncée par les requérants était symptomatique d'une conception patriarcale de la famille et se conciliait difficilement avec les textes internationaux pertinents, mais estima que le soin de mettre en place en la matière un régime juridique compatible avec la Constitution devait revenir au législateur.

21. Le 31 mars 2011, les requérants demandèrent au ministre de l'Intérieur d'être autorisés à faire compléter le nom de leurs « enfants légitimes » par l'adjonction du nom « Cusan ». Ils expliquaient souhaiter leur permettre par ce biais de s'identifier au patrimoine moral de leur grand-père maternel – décédé en 2011, et qui selon leurs dires avait été un philanthrope – ; le frère de la requérante n'ayant pas eu de descendants, le nom « Cusan » ne pouvait se perpétuer, précisaient-ils, qu'en passant aux enfants de Mme Alessandra Cusan.

22. Par un décret du 14 décembre 2012, le préfet de Milan autorisa les requérants à changer le nom de leurs enfants en « Fazzo Cusan ».

23. Les requérants précisent qu'en dépit de cette autorisation, ils souhaitent maintenir leur requête devant la Cour. À cet égard, ils font observer que le décret du Préfet a été émis à l'issue d'une procédure administrative, et non judiciaire, et qu'ils n'ont pas été autorisés à donner à leur enfant uniquement le nom de famille de leur mère, comme ils l'avaient demandé au tribunal de Milan.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

24. L'article 29 de la Constitution se lit comme suit : « La République reconnaît les droits de la famille comme société naturelle fondée sur le mariage.

Le mariage est fondé (*ordinato*) sur l'égalité morale et juridique des époux, dans les limites établies par la loi pour la protection de l'unité familiale. »

25. Les articles 153 à 164 du décret royal n° 1238 du 9 juillet 1939, tels qu'en vigueur à l'époque de la naissance de Maddalena, prévoyaient que toute demande de changement de nom devait être adressée au président de la République, exposer les raisons la justifiant et être publiée au journal officiel. En la matière, le président de la République exerçait un pouvoir discrétionnaire.

26. Postérieurement à la naissance de Maddalena est entré en vigueur le décret présidentiel n° 396 du 3 novembre 2000. Son article 84, intitulé « changement du nom de famille », se lit comme suit :

« Quiconque souhaite changer le nom de famille ou ajouter au sien un autre nom de famille doit en faire la demande au ministère de l'Intérieur en exposant les raisons qui la justifient. »

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION, SEUL OU LU EN CONJONCTION AVEC L'ARTICLE 14

27. Les requérants se plaignent du refus des autorités italiennes de faire droit à leur demande tendant à ce

que soit attribué à leur fille le nom de famille de sa mère et du fait que la législation italienne, telle qu'interprétée à l'époque des faits, imposait l'attribution automatique et sans exception du nom du père aux « enfants légitimes ». Ils considèrent que la loi aurait dû permettre aux parents de choisir le nom de famille de leurs enfants et invoquent l'article 8 de la Convention, seul ou lu en conjonction avec l'article 14.

Ces dispositions sont ainsi libellées :

Article 8

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Article 14

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

28. Le Gouvernement combat cette thèse.

A. Sur la recevabilité

1. L'exception du Gouvernement tirée de la perte de la qualité de « victimes » des requérants

29. Le Gouvernement affirme tout d'abord que la requête est « aujourd'hui irrecevable et (...) mal fondée », faisant valoir que les requérants ont été autorisés par le préfet de Milan à ajouter, pour tous leurs enfants mineurs, le nom de famille de la mère (Cusan) au nom de famille du père (Fazzo – paragraphe 22 ci-dessus).

30. Les requérants n'estiment pas avoir perdu leur qualité de victimes. Selon eux, l'autorisation d'ajouter le nom de la mère au nom du père n'était pas une mesure suffisante, car il n'y a pas eu reconnaissance, même implicite, d'une violation de la Convention et elle n'a pas permis d'attribuer à Maddalena le nom « Cusan » dès sa naissance. De plus, précisent-ils, aucune indemnisation ne leur a été accordée pour la période antérieure à la décision du préfet.

31. La Cour rappelle qu'une décision ou une mesure favorable au requérant ne suffit en principe à lui retirer la qualité de « victime » que si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention (voir, par exemple, *Eckle c. Allemagne*, 15 juillet 1982, § 69, série A n° 51 ; *Amuur c. France*, 25 juin 1996, § 36, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III ; *Dalban c. Roumanie* [GC], n° 28114/95, § 44, CEDH 1999-VI ; *Jensen c. Danemark* (déc.), n° 48470/99, CEDH 2001-X ; et *Torreggiani et autres c. Italie*, n°s 57875/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10, § 38, 8 janvier 2013).

32. En l'espèce, les requérants se plaignent de ne pas avoir pu faire attribuer à leur fille, dès sa naissance, le nom de famille de sa mère. Les autorités italiennes n'ont pas accepté d'inscrire Maddalena dans les registres d'état civil avec le nom de famille de la requérante, et se sont bornées à autoriser, environ treize ans plus tard, un changement de nom en se fondant sur l'article 84 du décret présidentiel n° 396 de 2000 (paragraphes 22 et 26 ci-dessus). Ce changement n'a pas consisté en l'attribution du seul nom de famille de la mère, comme les requérants le souhaitaient (paragraphe 23 ci-dessus), mais en un simple ajout du nom de la mère à celui du père.

33. Dans ces circonstances, l'exception du Gouvernement tirée de la perte par les requérants de leur qualité de victimes ne peut être retenue.

2. L'exception du Gouvernement tirée de l'absence de préjudice important

34. Le Gouvernement affirme également, dans le dernier paragraphe de ses observations, que « les requérants n'ont subi aucun préjudice important au sens de l'article 35 § 3 b) » de la Convention.

35. Les requérants estiment que cette exception n'est pas étayée. En tout état de cause, même s'ils n'ont subi aucune perte financière, ils estiment avoir subi une atteinte à l'un de leurs droits fondamentaux, à savoir le droit au nom, qui relève de la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 de la Convention, et une discrimination basée sur le sexe. De plus, selon eux, la requête soulève des questions de caractère général non encore résolues par la Cour et susceptibles d'intéresser toute personne se trouvant dans une situation comparable à la leur.

36. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, le principal élément du critère de recevabilité prévu à l'article 35 § 2 b) de la Convention est la question de savoir si le requérant n'a subi aucun « préjudice important » (*Adrian Mihai Ionescu c. Roumanie* (déc.), n° 36659/04, § 32, 1^{er} juin 2010). La notion de « préjudice important », issue du principe *de minimis non curat praetor*, renvoie à l'idée que la violation d'un droit doit atteindre un seuil minimum de gravité pour justifier un examen par une juridiction internationale.

L'appréciation de ce seuil est, par nature, relative et dépend des circonstances de l'espèce (*Korolev c. Russie* (déc.), n° 25551/05, CEDH 2010). Cette appréciation doit tenir compte tant de la perception subjective du requérant que de l'enjeu objectif du litige. Elle renvoie ainsi à des critères tels que l'impact monétaire de la question litigieuse ou l'enjeu de l'affaire pour le requérant (*Adrian Mihai Ionescu*, décision précitée, § 34).

37. La Cour observe que l'affaire ne semble pas comporter d'enjeu financier. Toutefois, l'importance subjective de la question paraît évidente pour les requérants (voir, *a contrario*, *Shefer c. Russie* (déc.), n° 45175/04, 13 mars 2012). Ces derniers ont en effet introduit un recours contre la décision refusant d'attribuer à Maddalena le nom de famille de sa mère et ont poursuivi la procédure jusqu'au bout (voir, *mutatis mutandis*, *Eon c. France*, n° 26118/10, § 34, 14 mars 2013).

38. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la première condition de l'article 35 § 3 b) de la Convention, à savoir l'absence de préjudice important pour les requérants, n'est pas remplie. Partant, il y a lieu de rejeter l'exception du Gouvernement.

39. La Cour tient au surplus à préciser que la poursuite de l'examen de l'affaire s'impose également au nom du respect des droits de l'homme (voir, *mutatis mutandis*, *Nicoleta Gheorghe c. Roumanie*, n° 23470/05, § 24, 3 avril 2012, et *Eon*, précité, § 35). À cet égard, elle relève que la requête portée devant la Cour par les requérants soulève notamment la question de l'impossibilité, pour un couple marié, d'attribuer à ses enfants, à leur naissance, le nom de famille de la mère. Il s'agit de la première affaire de ce type que la Cour est appelée à examiner en ce qui concerne l'Italie et une décision de la Cour sur cette question de principe guiderait les juridictions nationales. La question a par ailleurs fait l'objet de divers projets de loi (paragraphes 13 et 19 ci-dessus), et, comme souligné par le Gouvernement lui-même (paragraphe 50 ci-après), la Cour constitutionnelle a conclu qu'une intervention du législateur était nécessaire.

3. Autres motifs d'irrecevabilité

40. La Cour constate que le présent grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

B. Sur le fond

1. Arguments des parties

a) Les requérants

41. Les requérants estiment que dans les sociétés modernes, l'unité de la famille ne saurait dépendre de

la transmission du nom du père, et que la protection des intérêts de l'enfant ne saurait davantage justifier la discrimination en cause. Ils soulignent qu'il y a eu un traitement différencié de personnes placées dans des situations comparables, à savoir le mari et la femme, car le nom du père était imposé aux « enfants légitimes ». Cette discrimination était à leurs yeux clairement fondée sur le sexe.

42. Les requérants ne contestent pas que, en règle générale, les dispositions en matière de détermination du nom relèvent de l'intérêt public, en particulier en ce qui concerne la protection de l'unité de la famille et la possibilité d'identifier les personnes par rapport à leurs origines. Cependant, ils considèrent que l'attribution automatique et obligatoire du nom du père ne poursuivait pas ces fins en l'espèce.

43. Pour ce qui concerne l'unité de la famille, l'attribution du nom de la mère aurait selon eux eu le même effet que l'attribution du nom du père, car Maddalena aurait été identifiée avec le nom de l'un de ses parents seulement. De plus, la requérante a constamment utilisé son nom de jeune fille. Maddalena était par ailleurs l'aînée de la famille et les requérants ont également demandé l'attribution du nom « Cusan » pour leurs deux autres enfants, nés en 2001 et 2003. À la lumière de ce qui précède, les requérants estiment que le seul but de la mesure contestée était celui de protéger une tradition, selon une conception de la famille dans laquelle le père jouit d'une position préférentielle, comme la Cour de cassation l'aurait reconnu.

44. En tout état de cause, même si un but légitime était poursuivi, il y aurait disproportion entre ce but et les moyens employés, étant donné que l'unité de la famille pouvait être garantie par des mesures moins contraignantes, telle que la simple obligation d'attribuer le même nom à tous les enfants d'un couple marié.

45. Quant à l'argument du Gouvernement (paragraphe 51 ci-après) selon lequel l'attribution du nom de la mère aurait porté préjudice à Maddalena, les requérants ne voient pas pourquoi cette circonstance aurait dû priver le requérant de ses droits parentaux. À supposer même que tel eût pu être le cas, pareille conséquence aurait selon eux été manifestement contraire à la Convention.

46. Les requérants soulignent également que si la Cour devait conclure à la violation de l'article 14 de la Convention, il serait opportun d'examiner la requête aussi sous l'angle de l'article 8 pris isolément, puisqu'aux termes de celui-ci toute ingérence dans le domaine du droit au respect de la vie privée et familiale doit être « prévue par la loi ». Or, les juridictions internes ont selon eux reconnu que l'attribution du nom du père ne se fondait sur aucune norme écrite. Selon la cour d'appel, il s'agissait d'une coutume. La Cour de cassation a, elle, rejeté cette opinion, et estimé que la règle se dégageait d'une considération

globale de plusieurs dispositions du système juridique italien. Les requérants ne partagent pas ce dernier avis et considèrent qu'en l'absence d'une règle écrite précise, il s'agissait bien d'une règle de nature coutumière, que les juges internes auraient dû refuser d'appliquer dès lors qu'elle était contraire aux principes constitutionnels de l'égalité des sexes et des époux. De plus, même si elle a implicitement adhéré à la refondation opérée par la Cour de cassation et même si elle n'a pas formellement procédé à son annulation, la Cour constitutionnelle a clairement dit que la règle en question était contraire à la Constitution, ce qui rendrait selon eux douteuse sa validité comme base légale justifiant une ingérence dans les droits fondamentaux de l'individu.

47. Les requérants en déduisent que l'ingérence dénoncée n'était pas « prévue par la loi » au sens de l'article 8 de la Convention, car il manquait une disposition écrite claire et prévisible, comme le démontre la variété des approches suivies par les juridictions internes.

48. En outre, et en tout état de cause, pour les raisons exposées ci-dessus, l'ingérence ne poursuivait pas un but légitime et ne serait pas nécessaire dans une société démocratique.

b) Le Gouvernement

49. Le Gouvernement expose que la demande des requérants visant à ce que soit attribué à leur fille mineure exclusivement le nom de sa mère n'a été rejetée que parce que les autorités civiles qui sont intervenues n'avaient pas connaissance du décret présidentiel n° 396 du 3 novembre 2000 – lequel prévoit dans son article 84 que toute personne a la possibilité d'obtenir un changement de prénom ou de nom de famille pour des motifs justifiés (paragraphe 26 ci-dessus). Les requérants auraient par ailleurs selon lui pu adresser une telle demande directement au préfet, au lieu de saisir les juridictions civiles.

50. Le Gouvernement estime que la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle ont examiné attentivement les allégations des requérants, et observe que la Cour constitutionnelle a conclu qu'une intervention du législateur était nécessaire. Au demeurant, il fait valoir que la possibilité de remplacer ou de compléter le nom avait déjà été introduite par le décret présidentiel n° 396 de 2000. Cette modification législative était, explique-t-il, intervenue en raison de décisions judiciaires internes qui s'étaient référées aux principes fondamentaux de l'ordre communautaire dans le cas de personnes ayant une double nationalité ; le Conseil d'État avait également autorisé le remplacement du nom du père par celui de la mère pour des raisons de reconnaissance envers le grand-père maternel. Ce faisant, l'Italie a selon lui tenu compte de l'évolution de la société actuelle et de la protection des droits de l'homme dans ce domaine si délicat qu'est celui de la

famille. Le Gouvernement en déduit qu'il n'y a pas eu d'ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, qui avaient à leur disposition un recours effectif devant le préfet.

51. En tout état de cause, la procédure de changement de nom doit selon le Gouvernement ménager un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt public de la détermination de l'état civil des individus et, d'autre part, le droit à l'identité personnelle, en tant que droit fondamental protégé par le CC. Cet équilibre serait assuré à ses yeux par les dispositions du décret présidentiel n° 396 de 2000. Si le nom de famille du père avait été remplacé par celui de la mère, précise le Gouvernement, il y aurait eu entre les requérants une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention. Une conséquence en aurait été la non-reconnaissance de Maddalena par son père, et la responsabilité la concernant aurait alors pesé uniquement sur la requérante. Le Gouvernement insiste à cet égard sur la nécessité pour les enfants d'avoir une identité personnelle et une situation juridique sûres et vérifiables.

52. Selon le Gouvernement, le principe de non-discrimination doit être appliqué aussi bien horizontalement que verticalement, c'est-à-dire entre les époux et à l'égard des enfants afin de garantir la jouissance des droits et libertés à toutes les personnes concernées : faute pour les requérants d'avoir pu donner des justifications objectives et raisonnables à leur demande de substitution de nom, y faire droit aurait provoqué une discrimination fondée sur le sexe entre les époux, de sorte que l'article 14 aurait alors été violé.

2. Appréciation de la Cour

53. La Cour estime que le grief des requérants se prête à être examiné tout d'abord sous l'angle de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8.

a) Sur l'applicabilité de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8

54. Comme la Cour l'a constamment déclaré, l'article 14 de la Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir, parmi beaucoup d'autres, *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, § 33, *Recueil* 1997-I ; *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 22, *Recueil* 1998-II ; et *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, § 42, CEDH 2006-VIII).

55. La Cour rappelle que l'article 8 de la Convention ne contient pas de disposition explicite en matière de nom, mais qu'en tant que moyen déterminant d'identification personnelle (*Johansson c. Finlande*, n° 10163/02, § 37, 6 septembre 2007, et *Daróczy c. Hongrie*, n° 44378/05, § 26, 1^{er} juillet 2008) et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci. Que l'État et la société aient intérêt à en réglementer l'usage ne suffit pas pour exclure la question du nom des personnes du domaine de la vie privée et familiale, conçue comme englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables (*Burghartz*, précité, § 24 ; *Stjerna*, précité, § 37 ; *Ünal Tekeli*, précité, § 42, CEDH 2004-X ; *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, n° 664/06, § 26, 9 novembre 2010 ; *Garnaga c. Ukraine*, n° 20390/07, § 36, 16 mai 2013).

56. En l'espèce, les requérants, en tant que parents de Maddalena, étaient titulaires d'un intérêt clair et se rattachant à un droit strictement personnel à intervenir dans le processus de détermination du nom de famille de leur nouveau-né. Les juridictions internes leur ont par ailleurs constamment reconnu *locus standi* dans la procédure relative à la contestation du refus d'attribuer à Maddalena le nom de sa mère. Il convient également de rappeler que la Cour a affirmé que le choix du prénom de l'enfant par ses parents entre dans la sphère privée de ces derniers (voir, notamment, *Guillot c. France*, 24 octobre 1996, § 22, *Recueil* 1996-V, et *Johansson*, précité, § 28). Il en va de même en ce qui concerne le nom de famille.

57. L'objet de la requête entre donc dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention. L'article 14 trouve dès lors à s'appliquer.

b) Sur l'observation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8

i. Principes généraux

58. Dans sa jurisprudence, la Cour a établi que la discrimination s'entend du fait de traiter de manière différente, sans justification objective et raisonnable, des personnes se trouvant en la matière dans des situations comparables (*Willis c. Royaume-Uni*, n° 36042/97, § 48, CEDH 2002-IV). Toute différence de traitement n'emporte toutefois pas automatiquement violation de cet article. Il faut établir que des personnes placées dans des situations analogues ou comparables en la matière jouissent d'un traitement préférentiel, et que cette différence est discriminatoire (*Ünal Tekeli*, précité, § 49, et *Losonci Rose et Rose*, précité, § 71).

59. Une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable. L'existence de pareille justification s'appré-

cie à la lumière des principes qui prévalent d'ordinaire dans les sociétés démocratiques. Une différence de traitement dans l'exercice d'un droit énoncé par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (voir, par exemple, *Petrovic*, précité, § 30, et *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, § 177, série A n° 102).

60. En d'autres termes, la notion de discrimination englobe d'ordinaire les cas dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, même si la Convention ne requiert pas le traitement plus favorable (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 82, série A n° 94). En effet, l'article 14 n'empêche pas une différence de traitement si elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention (voir, parmi d'autres, *G.M.B. et K.M. c. Suisse* (déc.), n° 36797/97, 27 septembre 2001, et *Zarb Adami*, précité, § 73).

61. Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des différences de traitement juridique (*Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, § 42, *Recueil* 1996-IV). Son étendue varie selon les circonstances, les domaines et le contexte (*Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, § 40, série A n° 87, et *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, § 41, série A n° 126), mais la décision finale quant à l'observation des exigences posées par la Convention appartient à la Cour. La Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit tenir compte de l'évolution de la situation dans l'État défendeur et dans les États contractants en général et réagir, par exemple, au consensus susceptible d'apparaître quant aux normes à atteindre (*Ünal Tekeli*, précité, § 54 ; *Zarb Adami*, précité, § 74 ; et *Losonci Rose et Rose*, précité, § 74).

ii. Sur le point de savoir s'il y a eu différence de traitement entre des personnes se trouvant dans des situations similaires

62. Selon la lecture du droit interne opérée par la Cour de cassation (paragraphe 16 ci-dessus), la règle selon laquelle les « enfants légitimes » se voient attribuer à la naissance le nom du père se dégage, par une interprétation adéquate, de la combinaison d'un certain nombre d'articles du code civil. La législation interne ne prévoit aucune exception à cette règle. Il est vrai, comme le souligne le Gouvernement (para-

graphes 49-51 ci-dessus), que l'article 84 du décret présidentiel n° 396 de 2000 prévoit la possibilité d'un changement de nom, et qu'en l'espèce le préfet de Milan a autorisé les requérants à compléter le nom de Maddalena par l'ajout d'un autre nom (celui de sa mère – paragraphe 22 ci-dessus). Cependant, il faut distinguer la détermination du nom à la naissance de la possibilité de changer de nom au cours de la vie. À cet égard, la Cour renvoie aux considérations qu'elle a exposées dans le cadre de l'exception du Gouvernement tirée de la perte par les requérants de la qualité de victimes (paragraphe 32 ci-dessus).

63. À la lumière de ce qui précède, la Cour est d'avis que dans le cadre de la détermination du nom de famille à attribuer à leur « enfant légitime », des personnes se trouvant dans des situations similaires, à savoir l'un et l'autre des requérants, respectivement père et mère de l'enfant, ont été traitées de manière différente. En effet, à la différence du père, la mère n'a pas pu obtenir l'attribution de son nom de famille au nouveau-né, et ce en dépit de l'accord de son époux.

iii. Sur le point de savoir s'il existait une justification objective et raisonnable

64. La Cour rappelle que si une politique ou une mesure générale a des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, la possibilité qu'elle soit considérée comme discriminatoire ne peut être exclue même si elle ne vise pas spécifiquement ce groupe (*McShane c. Royaume-Uni*, n° 43290/98, § 135, 28 mai 2002). De plus, seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe (*Willis*, précité, § 39 ; *Schuler-Zraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, § 67, série A n° 263 ; et *Losonci Rose et Rose*, précité, § 80).

65. La Cour rappelle qu'elle a eu l'occasion de traiter des questions en partie similaires dans les affaires *Burghartz*, *Ünal Tekeli* et *Losonci Rose et Rose*, précitées. La première concernait le refus opposé à une demande du mari qui souhaitait faire précéder le nom de famille, en l'occurrence celui de son épouse, du sien propre. La deuxième avait pour objet la règle de droit turc selon laquelle la femme mariée ne peut porter exclusivement son nom de jeune fille après le mariage, alors que l'homme marié garde son nom de famille tel qu'il était avant le mariage. L'affaire *Losonci Rose et Rose* portait sur la nécessité, en droit suisse, de soumettre une demande commune aux autorités pour les époux souhaitant prendre tous deux le nom de la femme, le nom du mari leur étant autrement attribué par défaut comme nouveau nom de famille après le mariage.

66. Dans toutes ces affaires, la Cour a conclu à la violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8. Elle a notamment rappelé l'importance

d'une progression vers l'égalité des sexes et de l'élimination de toute discrimination fondée sur le sexe dans le choix du nom de famille. Elle a en outre estimé que la tradition de manifester l'unité de la famille à travers l'attribution à tous ses membres du nom de l'époux ne pouvait justifier une discrimination envers les femmes (voir, notamment, *Ünal Tekeli*, précité, §§ 64-65).

67. La Cour ne peut que parvenir à des conclusions analogues dans la présente affaire, où la détermination du nom de famille des « enfants légitimes » s'est faite uniquement sur la base d'une discrimination fondée sur le sexe des parents. La règle en cause veut en effet que le nom attribué soit, sans exception, celui du père, nonobstant toute volonté différente commune aux époux. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle italienne elle-même a reconnu que le système en vigueur procède d'une conception patriarcale de la famille et des pouvoirs du mari, qui n'est plus compatible avec le principe constitutionnel de l'égalité entre homme et femme (paragraphe 17 ci-dessus). La Cour de cassation l'a confirmé (paragraphe 20 ci-dessus). Si la règle voulant que le nom du mari soit attribué aux « enfants légitimes » peut s'avérer nécessaire en pratique et n'est pas forcément en contradiction avec la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Losonci Rose et Rose*, précité, § 49), l'impossibilité d'y déroger lors de l'inscription des nouveau-nés dans les registres d'état civil est excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes.

iv. Conclusion

68. Compte tenu de ce qui précède, la justification avancée par le Gouvernement ne paraît pas raisonnable et la différence de traitement constatée s'avère ainsi discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention. Il y a donc eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

69. Eu égard à cette conclusion, la Cour ne juge pas nécessaire de rechercher s'il y a eu aussi violation de l'article 8 pris isolément (*Burghartz*, précité, § 30, et *Ünal Tekeli*, précité, § 69).

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 DU PROTOCOLE NO 7, SEUL OU LU EN CONJONCTION AVEC L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

70. Les requérants considèrent que les dispositions légales en vigueur en matière de détermination du nom des « enfants légitimes » ne garantissent pas l'égalité entre les époux, et que l'Italie aurait dû prévoir la possibilité d'attribuer le nom de la mère en cas de consensus des parents sur ce point.

Ils invoquent l'article 5 du Protocole n° 7, seul ou lu en conjonction avec l'article 14 de la Convention. L'article 5 précité se lit ainsi :

« Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les États de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants. »

71. Le Gouvernement combat cette thèse.

72. La Cour relève que ce grief est lié à celui examiné ci-dessus et doit donc aussi être déclaré recevable.

73. Eu égard à la conclusion à laquelle elle est parvenue sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, la Cour ne juge pas nécessaire de rechercher s'il y a eu aussi violation de l'article 14 combiné avec l'article 5 du Protocole n° 7, ou de cette dernière disposition prise isolément.

III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

74. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

75. Les requérants précisent qu'ils ne demandent aucune somme au titre du préjudice qu'ils auraient subi ou pour les frais et dépens engagés devant les juridictions internes et la Cour, le simple constat d'une violation constituant à leurs yeux, dans les circonstances particulières de l'espèce, une satisfaction équitable suffisante. Partant, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur l'application de l'article 41 de la Convention.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 46 DE LA CONVENTION

76. Aux termes de l'article 46 de la Convention,

« 1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.

2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution.

(...).

77. Les requérants font observer que les violations qu'ils ont dénoncées résultent d'une lacune dans le droit interne. Malgré les changements introduits en 2000, ce dernier impose toujours d'attribuer aux « enfants légitimes » le nom du père. Le remplacement de ce nom ne peut avoir lieu que pour des raisons impérieuses et relève du pouvoir discrétionnaire du préfet. Les requérants demandent dès lors à la Cour

d'inviter le Gouvernement à introduire, en la matière, les réformes législatives nécessaires pour garantir l'égalité entre les sexes et entre les époux.

78. Le Gouvernement s'y montre opposé. Il fait valoir que la législation en vigueur est l'instrument juridique qui leur a permis de faire ajouter pour leurs enfants le nom de famille de la mère au nom de famille du père, et donc selon lui d'obtenir satisfaction au niveau interne. Partant, les requérants ne pourraient selon lui demander à la Cour de contraindre l'État défendeur à la modifier.

79. La Cour rappelle que, aux termes de l'article 46, les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs rendus par la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties, le Comité des Ministres étant chargé de surveiller l'exécution de ces arrêts. Il en découle notamment que, lorsque la Cour conclut à l'existence d'une violation, l'État défendeur a l'obligation juridique de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à intégrer dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée et d'en effacer autant que possible les conséquences (voir, entre autres, *Xenides-Arestis c. Turquie*, n° 46347/99, §§ 39-40, 22 décembre 2005 ; *Scordino c. Italie* (n° 1) [GC], n° 36813/97, § 233, CEDH 2006-V ; *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 192, CEDH 2004-V ; *Bottazzi c. Italie* [GC], n° 34884/97, § 22, CEDH 1999-V ; et *Di Mauro c. Italie* [GC], n° 34256/96, § 23, CEDH 1999-V). L'Etat doit également prendre ces mesures vis-à-vis des autres personnes se trouvant dans la même situation que le ou les requérants, son objectif devant notamment être de résoudre les problèmes qui ont conduit la Cour à son constat de violation (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n°s 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII ; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 120, CEDH 2002-VI ; *Lukenda c. Slovénie*, n° 23032/02, § 94, CEDH 2005-X ; et *S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], n°s 30562/04 et 30566/04, § 134, CEDH 2008). Dans le cadre de l'exécution des arrêts de la Cour, le Comité des Ministres souligne sans cesse cette obligation (*Bourdov c. Russie* (n° 2), n° 33509/04, § 125, CEDH 2009 ; voir, notamment et entres autres, les résolutions ResDH(97)336, IntResDH(99)434, IntResDH(2001)65 et ResDH(2006)1).

80. En principe, il n'appartient pas à la Cour de définir quelles peuvent être les mesures de redressement appropriées de la part de l'État défendeur pour s'acquitter de ses obligations au regard de l'article 46 de la Convention. Cependant, lorsqu'un dysfonctionnement a été décelé dans le système national de protection des droits de l'homme, la Cour a le souci d'en faciliter la suppression rapide et effective (*Driza c. Albanie*, n° 33771/02, § 125, CEDH 2007-XII, et *Vjerentsov c. Ukraine*, n° 20372/11, § 94, 11 avril 2013).

81. Dans la présente affaire, la Cour a conclu à la violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8, en raison de l'impossibilité pour les requérants, lors de la naissance de leur fille, de faire inscrire celle-ci dans les registres d'état civil avec comme nom de famille celui de sa mère. Cette impossibilité découlait d'une défaillance du système juridique italien, selon lequel tout « enfant légitime » est inscrit dans les registres d'état civil avec comme nom de famille celui du père, sans possibilité de dérogation même en cas de consensus entre les époux en faveur du nom de la mère. Lorsqu'elle a constaté l'existence d'une défaillance dans la législation interne, la Cour a eu pour habitude d'en identifier la source afin d'aider l'État contractant à trouver la solution appropriée et le Comité des Ministres à surveiller l'exécution du jugement (voir, par exemple, *Maria Violeta L z rescu c. Roumanie*, n° 10636/06, § 27, 23 février 2010 ; *Driza*, précité, §§ 122-126 ; et *Ürper et autres c. Turquie*, n°s 14526/07 et autres, §§ 51 et 52, 20 octobre 2009). Compte tenu de la situation constatée ci-dessus, la Cour estime que des réformes dans la législation et/ou la pratique italiennes devraient être adoptées afin de rendre cette législation et cette pratique compatibles avec les conclusions auxquelles elle est parvenue dans le présent arrêt, et d'assurer le respect des exigences des articles 8 et 14 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Vjerentsov*, précité, § 95).

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à la majorité, la requête recevable ;
2. *Dit*, par 6 voix contre 1, qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention ;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 8 pris isolément et le grief tiré de l'article 5 du Protocole n° 7, seul ou combiné avec l'article 14 de la Convention.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 7 janvier 2014, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Stanley Naismith

Greffier

Işıl Karakaş

Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée du juge Popović.

A.I.K.

S.H.N.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE POPOVIĆ

Je regrette de ne pouvoir me rallier à la majorité dans cette affaire. En effet, l'exception du gouvernement défendeur à laquelle l'arrêt fait référence au para-

graphe 34 est à mon avis justifiée. Le gouvernement italien a affirmé que les requérants n'avaient subi aucun préjudice important au sens de l'article 35 § 3 b) de la Convention. Or les requérants eux-mêmes n'ont pas prétendu avoir subi un préjudice pécuniaire. Ils se plaignaient de ne pouvoir attribuer à leur fille le nom de famille de la mère. Pourtant, il ressort de la lecture du paragraphe 22 de l'arrêt que le préfet de Milan avait autorisé les requérants à changer le nom de leurs enfants selon leurs désirs.

Les faits la cause, que je viens de résumer, m'amènent à conclure: 1) que les requérants n'ont subi aucun préjudice important et 2) que même s'ils en avaient subi un, ils auraient perdu la qualité de victime. Cette dernière constatation conduit inévitablement à la recevabilité de la première exception soulevée par le gouvernement défendeur au paragraphe 29 de l'arrêt. Le noyau de l'affaire, telle qu'elle est présentée devant la Cour européenne des droits de l'Homme, s'avère

donc abstrait et donne l'impression que la requête ne représente qu'une sorte d'*actio popularis*, dont les requérants ne peuvent saisir notre Cour.

Je tiens à souligner que le problème dans cette affaire touche essentiellement à la marge d'appréciation des États membres de la Convention. Il porte sur la tradition de chaque pays et la pratique mise en cause ne devrait pas être soumise à harmonisation au niveau européen. Pour ne citer qu'un seul exemple, d'ailleurs bien connu, en Espagne, les personnes des deux sexes portent plusieurs noms émanant des deux côtés de la famille. Faudrait-il dire à l'État espagnol de changer la pratique ? Et pour quelle raison ? La majorité dans cette affaire semble transformer la perception claire d'un phénomène social, ce qui est étranger à la protection des droits de l'homme.

Pour toutes ces raisons, j'estime que la requête aurait dû être déclarée irrecevable en application de l'article 35 de la Convention. ■

LA TRANSMISSION DU PATRONYME S'OPÈRE SUR LA BASE D'UNE DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE SEXE DES PARENTS CEDH, CUSAN ET FAZZO C ITALIE, 7 JANVIER 2014

DROIT DE LA FAMILLE
ET DES PERSONNES

*THE TRANSMISSION OF A SURNAME IS BASED
ON A DISCRIMINATION ON THE GROUND OF THE PARENTS'
SEX, CEDH (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS),
CUSAN AND FAZZO VS ITALY, 7 JANUARY 2014*

Par **Maryline BRUGGEMAN***

RÉSUMÉ

Le 7 janvier 2014, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention la règle italienne imposant de transmettre à l'enfant « légitime » le nom du mari. Elle condamne ainsi toute inégalité de traitement entre l'homme et la femme mais ignore les difficultés que pourraient susciter d'éventuels désaccords entre les parents, chacun d'eux se voyant désormais reconnaître un droit égal de transmettre son nom.

MOTS-CLÉS

Nom de famille, inégalité de traitement, vie privée et familiale, patronyme, égalité homme-femme.

* MCF - HDR UT1 - maryline.bruggeman@ut-capitole.fr

SUMMARY

On January 7th, the European Court of Human Rights decided that the Italian law on transmission of the father's surname is a violation of Article 14 taken together with Article 8 of the European Convention on Human Rights. Therefore, the Court held that the decision to name a child based on transmission of the father's surname was based solely on discrimination on the ground of the parents' sex, and was incompatible with the principle of non-discrimination but it doesn't offer any solution when parents disagree; each of them have an equal right to give their own surname.

KEYWORDS

Surname, discrimination, right to respect for private and family law, father's surname, equality between women and men.

83% des enfants nés en France en 2012 ont été inscrits sous le nom de leur père (1) ; seuls 9% bénéficiaient du double nom... Ces chiffres montrent, s'il en était besoin, que, dix ans après qu'a été offert aux parents le choix du nom de leur enfant (2), la tradition patronymique n'a pas perdu de sa vigueur. Ils donnent un relief particulier à l'arrêt rendu le 7 janvier dernier par la Cour européenne des droits de l'homme condamnant l'Italie pour avoir conservé le principe patronymique (3). Madame Cusan et Monsieur Fazzo, ressortissants italiens mariés, souhaitaient que leur fille fût inscrite dans les registres de l'état civil sous le nom de sa mère. Leur demande fut rejetée par l'officier de l'état civil ainsi que par les juridictions internes. Les époux se tournèrent alors vers la CEDH qui conclut – à la majorité de 6 voix contre 1 – à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

La règle italienne en cause rappelle celle qui était en vigueur en France avant la réforme de 2002. Outre la faveur qu'elle donne au nom du père, il s'agit, comme l'ancienne règle française, d'une coutume résultant d'une combinaison d'articles. Son caractère impératif et absolu ne pouvait manquer d'attirer les foudres des juges européens. Suivant les recommandations du Conseil de l'Europe (4) qui invite régulièrement les États à abandonner le principe patronymique, la Cour y voit un traitement discriminatoire, attentatoire à l'égalité entre l'homme et la femme (I). La Cour constitutionnelle italienne, qui avait été saisie de la constitutionnalité du dispositif, a elle-même reconnu que le système en vigueur procède d'une « conception patriarcale de la famille et des pouvoirs du mari » incompatible avec le principe constitutionnel d'égalité homme – femme (5). Pourtant, la portée de cette décision demeure incertaine tant l'égalité qu'elle promet entre les parents de l'enfant se heurte à des difficultés concrètes (II).

(1) Ined, *Le nom de famille des enfants nés en 2012*, 2013, www.ined.fr.

(2) L. n°2002-304, 4 mars 2002, JO 5 mars ; Art. 311-21 C. civ.

(3) CEDH, *affaire Cusan et Fazzo c. Italie*, requête n°77/07, 7 janvier 2014.

(4) Comité des ministres du Conseil de l'Europe, résolution 37, 27 septembre 1978 sur l'égalité des époux en droit civil ; Comité des ministres, 5 février 1985, recommandation 2, relative à la protection juridique contre la discrimination fondée sur le sexe – 18 mars 1998 recommandations 1362 relatives aux discriminations entre les hommes et les femmes pour le choix du nom de famille et la transmission du nom des parents aux enfants (V. Saint-Pau (dir), *Droits de la personnalité*, Lexisnexis, coll. Traité 2013, n°739).

(5) Arrêt du 16 février 2006 cité par la CEDH.

I. LA CONDAMNATION D'UNE INÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE L'HOMME ET LA FEMME

Une différence de traitement jugée discriminatoire. En Italie, seul le nom du mari est transmis à l'enfant. Une différence de traitement apparaît donc avec l'épouse dont le nom ne peut même d'un commun accord être transmis. Seule une « justification objective et raisonnable » aurait permis à l'Italie d'échapper à une condamnation, ce qui était peu probable, « seules des considérations fortes [pouvant] amener la cour à estimer compatible avec la convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe » (§64). A cet égard, la seule justification avancée par le Gouvernement paraît passer à côté de sa cible : selon lui, l'existence d'un dispositif de changement de nom, dispositif dont avaient bénéficié les requérants (6), suffirait à écarter tout grief. La Cour écarte cet argument en rappelant que le choix du nom de famille au jour de la déclaration de naissance doit être distingué du changement postérieur de nom (§49). Or c'était bien l'interdiction d'inscrire l'enfant sous le nom Cusan dans les registres de l'état civil qui était contestée en l'espèce. Par ailleurs, le Gouvernement n'a pas tenté de contester l'affirmation, pourtant peu étayée dans l'arrêt, selon laquelle l'homme et la femme sont dans une situation similaire s'agissant de la transmission de leur nom à l'enfant. Cette analyse conduit pourtant à ignorer la fonction traditionnelle attachée au nom de famille.

L'effacement de la fonction généalogique du nom. En Italie comme en France, le nom de l'enfant trouve son fondement dans le lien de filiation : l'enfant ne peut porter que le nom de ses parents désignés par le lien juridique de filiation. Or la filiation maternelle n'est pas parfaitement identique à la filiation paternelle : la maternité, traduction d'un fait aisément vérifiable, l'accouchement, est toujours certaine alors que la paternité ne repose que sur des présomptions – la présomption *pater is est* au premier chef. Transmettre son nom peut donc paraître répondre alors à un impératif pour l'homme alors qu'il ne s'agit pour la mère que de satisfaire un désir – tout à fait respectable au demeurant – de transmettre son nom ; il est donc possible de considérer qu'au regard de la fonction traditionnelle du nom consistant à afficher socialement le rattachement familial, la mère et le père ne sont pas dans une situation similaire. À cet égard, l'argument du gouvernement italien pour qui l'une des conséquences de l'inscription de l'enfant sous le nom de sa mère en lieu et place du nom du père aurait été « la non reconnaissance de l'enfant par son père » (§51) s'entend parfaitement. Il tentait ainsi de faire valoir que, par l'apposi-

(6) Ils avaient été autorisés par décret à ajouter au nom de leurs enfants légitimes celui de leur mère (art. 153 à 164 du Décret royal n°1238 du 9 juillet 1939).

tion du nom du père, est affichée sa paternité ; faire prévaloir le nom du père se justifierait par l'« inégalité » des situations entre le père et la mère. Dans cette perspective, on comprend pourquoi, pour le gouvernement, la possibilité dont a bénéficié le couple d'accoler le nom de la mère à celui du père suffisait à satisfaire aux exigences de la Convention, le dispositif de changement de nom venant atténuer la rigueur du principe patronymique (7). Mais, en refusant d'envisager que les situations en cause puissent différer, la CEDH ignore la fonction généalogique du nom et déplace le débat sur le terrain de l'autorité parentale dont le choix du nom de l'enfant est désormais l'expression.

II. LA PROMOTION D'UNE ÉGALITÉ ABSOLUE DES PARENTS DANS LE CHOIX DU NOM DE FAMILLE

Le choix du nom de l'enfant, élément du droit à la vie privée et familiale des parents. C'est en justifiant de l'applicabilité de l'article 8 de la Convention que la Cour révèle le fondement de sa condamnation. L'interdiction de la discrimination édictée à l'article 14 complète les autres clauses de la Convention et ne vaut que pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent (§54). Pour conclure à la violation de l'article 14, les règles de dévolution du nom doivent entrer dans le champ d'application de la Convention alors même que celle-ci n'y fait nullement référence. La Cour se fonde sur la jurisprudence inaugurée avec l'arrêt *Burghartz c. Suisse* (8), et selon laquelle il s'agit d'un « moyen déterminant d'identification personnelle et de rattachement à une famille » concernant la vie privée et familiale de la personne. Le nom est depuis « annexé » à la Convention européenne (9). La Cour étaye par ailleurs son raisonnement en faisant référence à deux autres décisions relatives au nom concluant à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. Ces rapprochements sont toutefois sources de confusion,

ces décisions étant toutes relatives au nom du conjoint (10). Celui-ci doit être distingué du nom de l'enfant car si le nom « marital » obéit à des règles différentes en Europe – nom d'usage pour certains États, le nom matrimonial commun a dans d'autres une véritable portée onomastique, les époux pouvant le conserver après la dissolution de l'union (11) – il s'agit toujours de permettre aux époux d'afficher l'unité de la cellule familiale créée en choisissant le « nom de la famille ». Le « nom de famille » en revanche est le nom donné à l'enfant issu du couple. En s'appuyant sur ces affaires relatives au nom du conjoint, la Cour rend le fondement de sa décision ambigu alors qu'à l'évidence, en concluant à la discrimination, l'arrêt reconnaît à chacun des parents un droit égal de transmettre leur nom à l'enfant qu'elle rattache non plus à la filiation – ce qui aurait permis d'envisager une différence de situations entre le père et la mère – mais à l'autorité parentale. Cette égalité des prérogatives parentales est alors nécessairement source de difficultés lorsque les deux parents, à la différence des requérants, sont en désaccord sur le choix du nom à transmettre à l'enfant.

Des possibilités infinies.... Le fait qu'en l'espèce, le père et la mère étaient d'accord pour choisir le nom de la mère explique que la CEDH n'ait pas abordé cet aspect du problème or il est évidemment essentiel. Dans l'hypothèse d'un désaccord, doit être tranché un conflit entre des droits fondamentaux concurrents et égaux ce qui paraît pour le moins délicat, la Cour prônant une égalité parfaite entre les deux parents... Certes, la portée de la condamnation prononcée paraît au premier abord limitée : comme elle se fonde sur le caractère absolu et impératif de la règle italienne, il devrait suffire de permettre aux parents, sous réserve de leur volonté commune, de choisir le nom de la mère en lieu et place du nom du père pour satisfaire aux exigences de la Cour. Rien n'interdit *a priori* à l'Italie d'imposer le nom du père dans le cas de désaccord ou d'absence de choix de la part des parents ainsi que le sous-entend la décision en précisant que « la règle voulant que le nom du mari soit attribué aux enfants légitimes peut s'avérer nécessaire en pratique et n'est pas forcément en contradiction avec la Convention », seule « l'impossibilité d'y déroger lors de l'inscription des nouveau-nés [étant] excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes » (§67). Enfin, rien ne paraît l'obliger à

(7) V. l'opinion dissidente du juge Popovic selon lequel les requérants avaient perdu leur qualité de victime en obtenant un changement administratif de nom.

(8) CEDH, 22 février 1994, D. 1995, J., p.5, note Marguénaud.

(9) Obs. Marguénaud, précit.

(10) L'arrêt *Burghartz c. Suisse* dénonçait le refus opposé à la demande du mari souhaitant faire précéder le nom de famille – celui de son épouse – du sien propre. L'affaire *Ünal Tekeli c. Turquie* (CEDH, req. n°29865/96, 16 nov. 2004, RTD civ. 2005. 343 obs. Marguénaud) concernait la règle interdisant à la femme mariée d'utiliser son nom de jeune fille alors que le mari conserve son nom de famille après le mariage. Enfin, l'affaire *Losonci Rose et Rose c. Suisse* (CEDH, req. n°664/06, 9 novembre 2010 : Dr. Fam. 2010 Alerte 83, obs. Bruggeman ; Brière, « Les couples binationaux et le choix du nom de famille », D. 2011, chron. p. 804) concernait la nécessité pour les époux souhaitant adopter le nom de l'épouse comme nom commun, de soumettre aux autorités une demande commune, le nom du mari leur étant attribué par défaut comme nouveau nom de famille après le mariage.

(11) Not. en Allemagne. V. E – SDC, Etudes Suisses de Droit comparé, 2006-1, www.isdc.ch; Furkel, « le modèle allemand : le nom, marque individuelle », in C. Neirinck (dir), *L'État civil dans tous ses états*, LGDJ, coll. Droit et société, Série Droit, vol. 47, 2008, p. 159.

adopter le « double nom » : l'arrêt n'y fait pas référence et n'évoque même pas sa progression pourtant évidente en Europe (12).

Pourtant, même si l'arrêt ne le dit pas expressément, à partir du moment où le choix du nom de l'enfant relève du droit à la vie privée et familiale de chacun des parents, leur égalité impose de leur offrir non seulement une grande liberté de choix – entre le nom de la mère, le nom du père ou les deux, ou pourquoi pas n'importe quelle composition qui plairait aux deux parents (13) – mais en outre à refuser le recours à une règle supplétive imposant le nom du père – ce qui serait faire prévaloir une conception patriarcale de la famille – ou le nom de la mère – ce qui, soyons logique, serait évoluer vers le matriarcat... Seul le double nom satisfait pleinement à l'égalité prônée et ce même s'il se révèle totalement artificiel car ne correspondant à aucune tradition onomastique dans la plupart des pays européens (14) et aboutit à une

(12) Au Luxembourg, depuis le 1^{er} mai 2006, les parents peuvent choisir de donner à l'enfant, soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs 2 noms accolés (sans trait d'union) dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun des parents. En Belgique, « [l]'enfant dont seule la filiation paternelle est établie ou dont la filiation paternelle et la filiation maternelle sont établies en même temps, porte le nom de son père » mais est actuellement en discussion un projet de loi « modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté » – art. 335 C. civ. – mais une réforme est en cours (projet de loi adopté en séance plénière, mars 2014. V. *Le Monde* 27 février). (V. sur l'influence de la CJUE, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul / Standesamt Niebüll*, aff. C-353/06, AJ fam. 2008, p.481, obs. Boiché ; D. 2009, p. 845, note Boulanger).

(13) À l'instar de ce qui a pu être décidé s'agissant du choix du prénom : CEDH, *Affaire Guillot c. France*, req. n°15773/89 ; 15774/89, 24 oct 1996.

(14) À l'exception de l'Espagne et du Portugal. V. Hualde Sanchez, « le modèle espagnol : le double nom », in Neirinck (dir), *L'État civil dans tous ses états*, op.cit. p. 151.

palette infinie de possibilités (15). Apparaît alors un nouveau dilemme pour les États, celui du choix de l'ordre des composantes de ce double nom, choix dont dépend bien souvent la survie du nom de famille transmis. Sur ce point, le législateur français vient d'opter pour la solution la plus artificielle qui soit en privilégiant l'ordre alphabétique en cas de désaccord...

L'Italie tente depuis plusieurs mois de réformer ses règles de dévolution du nom de famille sans y parvenir. Elle n'est pas la seule à se heurter à des difficultés pour respecter les exigences européennes (16). Peut-être serait-il temps de voir que ces difficultés récurrentes expriment les hésitations des législateurs nationaux, contraints de modifier des dispositifs traditionnels au nom d'un principe d'égalité parfois désincarné et excessif. A trop parler d'égalité, on en oublie que toutes les situations ne sont pas interchangeables, en particulier en droit de la famille, et que les règles qui ont résisté au temps répondent souvent à une nécessité, ainsi que le révèlent les choix faits encore aujourd'hui par une majorité de français lors de la déclaration de naissance de leur enfant... ■

(15) Art. 311-21 C. civ. et Circ. d'appl. 6 déc. 2004 (n°CIV/18/04, www.justice.gouv.fr) concluant à l'existence de 16 noms possibles lorsque les parents portent des noms doubles.

(16) La France a retouché son dispositif à 4 reprises pour remédier à ses imperfections initiales (L. n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille ; ordo. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation ; L. n°2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance précitée ; n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe) créant ainsi des conflits aigus de loi dans le temps dont la CEDH a été récemment saisie (CEDH, *De Ram c/ France*, 27 août 2013 n°38275/10 : AJ fam. 2013, 645 obs. Doublein ; RTD civ. 2013.812, obs. Marguénaud et 817 obs. Hauser).

COMMENTAIRE DE L'AVIS DE LA COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME SUR LA PROPOSITION DE LOI RENFORÇANT LA LUTTE CONTRE LE SYSTÈME PROSTITUTIONNEL ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE DU 22 MAI 2014 (1)

DROIT DE LA FAMILLE
ET DES PERSONNES

*COMMENTS ON THE NOTIFICATION MADE BY THE NATIONAL
COMMISSION ON HUMAN RIGHTS ABOUT THE PROPOSAL-
FOR AN ACT ON STRENGTHENING THE FIGHT AGAINST
PROSTITUTION, DATED DECEMBER 4TH 2013 – NOTIFICATION
FROM MAY 22ND 2014*

Par **Fabienne GHELFI***

RÉSUMÉ

Le dispositif pénal de la proposition de loi a suscité autant de satisfactions que de désapprobations. Si la suppression du délit de racolage a été saluée par la CNCDH, l'incrimination de l'achat d'un acte sexuel a, au contraire, soulevé de vives inquiétudes par son risque de contre-productivité. Elle accentuera la

clandestinité de la prostitution et, par conséquent, les dangers sanitaires.

Le volet socio-médical est un des piliers de la proposition de la loi. La CNCDH a souligné des avancées indéniables, mais dénonce également des failles, comme l'absence de dispositions garantissant aux personnes prostituées des droits identiques à ceux des autres citoyens.

* Maître de conférences à la faculté de Droit de Nice-Sophia Antipolis, membre du CERDP
Le CERDP est le Centre d'Etudes et de Recherches en Droit des Procédures (EA n°1201)
fabienne.ghelfi@free.fr

(1) JORF n° 0136 du 14 juin 2014.

MOTS-CLÉS

Commission nationale consultative des droits de l'homme, prostitution, santé, achat d'un service sexuel, racolage.

SUMMARY

The penal provisions included in the Draft Bill has prompted both positive and negative reactions.

While the idea of removing the provisions concerning the act of soliciting was approved by the CNCDH, the criminalization of the purchasing of a sexual act has raised much concern as it was thought counter-productive. This will also make prostitution even more illicit than it already is and therefore will increase its health risks.

The socio-medical section is one of the pillars of the Draft Bill. The CNCDH commended the undeniable progress but also decried the loopholes, such as the absence of provisions which would guarantee to the prostitutes the same rights as those other citizens benefit from.

KEYWORDS

National advisory commission on Human Rights, prostitution, health, paying for sexual services, soliciting.

La prostitution est un phénomène aussi complexe qu'ancien. « Le plus vieux métier du monde » a toujours soulevé des controverses passionnantes et passionnées. En France, son histoire révèle une succession de périodes de tolérance et de répression. En Europe, l'harmonisation bute sur des conceptions culturelles et philosophiques différentes. Alors que la Suisse vient de se doter de « drive-in du sexe », l'Assemblée nationale a adopté, le 4 décembre 2013, une proposition de loi « renforçant la lutte contre le système prostitutionnel » (2), dont la finalité affichée est d'éradiquer la prostitution, en pénalisant le client et en proposant aux personnes prostituées un « parcours de sortie ».

Trois tendances s'affichent dans les débats. Ceux qui considèrent que la prostitution est un libre-choix contestent toute réglementation. À l'opposé, certains considèrent la prostitution comme une violence faite aux femmes et une atteinte à leur dignité. Il convient donc de réprimer celui sans qui la prostitution n'existerait pas : le client. Dans une approche intermédiaire et pragmatique, d'autres encore ne nient pas ces atteintes faites aux personnes prostituées, mais considèrent qu'il est illusoire et même dangereux de pénaliser le client. La CNCDH va dans ce sens.

Cette autorité administrative indépendante est chargée de la protection des libertés et des droits fondamentaux. Elle s'est auto-saisie de cette

proposition de loi qui s'attache à combattre la traite et l'exploitation des êtres humains, lesquelles sont à l'origine des violations des droits de l'homme parmi les plus graves. Elle a rendu un avis en date du 22 mai 2014, lequel « tend à contribuer à éclairer le débat et à l'apaiser » (3).

Dès l'introduction, la CNCDH recadre la proposition de loi soutenue avec ferveur par la Ministre des droits de la femme, Najat Vallaud-Belkacem. L'exposé des motifs inscrit le texte dans une approche abolitionniste (4). Cependant, la proposition de loi qui introduit des mesures répressives, dont la plus controversée est la pénalisation du client, vise la suppression de la prostitution. « Elle paraît donc s'inscrire dans une logique plus prohibitionniste (5) qu'abolitionniste » (6). Si la commission ne dénonce pas explicitement ce choix idéologique, elle alerte les pouvoirs publics des risques d'aggravation des conditions sanitaires des personnes prostituées (I). Le volet social de la proposition de loi présente d'avancées indéniables. Cependant, le renforcement de l'accès aux droits socio-sanitaires demeure, pour la CNCDH, largement perfectible (II).

I. UNE IDÉOLOGIE PROHIBITIONNISTE AU RISQUE SANITAIRE ACCENTUÉ

Le dispositif pénal a suscité autant de satisfactions que de désapprobations. La CNCDH a, tout d'abord, salué l'intention du législateur d'adapter le cadre juridique de la lutte contre la traite et l'exploitation aux évolutions récentes que connaît ce type de criminalité. En effet, les réseaux de traite et de proxénétisme ont connu une expansion avec internet. Certaines dispositions de la loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique ont été étendues aux infractions de traite des êtres humains et

(3) Avis CNCDH, n° 2.

(4) L'abolitionnisme vise originellement l'abolition du régime réglementariste lequel repose sur l'existence d'une réglementation de la prostitution. « La CNCDH relève toutefois que la définition même de l'abolitionnisme est sujette à débats. Ces débats trouvent leur source dans l'ambiguïté du terme d'« abolitionnisme » et s'expliquent par l'histoire du mouvement abolitionniste. Né à la fin du XIX^e siècle en Angleterre, ce mouvement avait pour objectif de mettre un terme au corpus de règles qui contribuait à enfermer les prostituées (maisons closes, mise en carte sanitaire, fichiers de police, etc.). Mais dès cette époque, des débats se sont fait jour en son sein sur ce que devait être l'objectif de long terme : l'abolition de la réglementation, laissant libre court à une prostitution exercée sans contrainte, ou l'abolition de la prostitution elle-même, afin de protéger les personnes du « fléau » qu'elle constitue. », CNCDH, n°3

(5) Le prohibitionnisme correspond à l'interdiction pénale de la prostitution, à sa définition comme une infraction et donc à la sanction de tous ses acteurs (le client, la personne prostituée, l'éventuel proxénète). Il a pour objectif l'éradication de la prostitution.

(6) Avis CNCDH, n° 3.

(2) Proposition de loi n° 252, adoptée le 04 décembre 2013 par l'Ass. Nat. en première lecture.

de proxénétisme. En effet, en vertu de son article 7, les acteurs d'internet, comme les hébergeurs de sites et les fournisseurs d'accès, doivent concourir à la lutte contre la diffusion de certaines infractions (7). Si la CNCDH applaudit cet apport, elle regrette néanmoins le silence de la proposition de loi sur la lutte contre la traite et l'exploitation des mineurs, laquelle devrait faire l'objet d'un renforcement (8). Les dispositions répressives qui ont soulevé le plus de controverses sont, sans conteste, celles relatives aux infractions de racolage et d'achat sexuel. Si la suppression de la première a été approuvée par la Commission (A), l'apparition parallèle de la seconde ne peut soulever que des inquiétudes au niveau sanitaire et sécuritaire (B).

A. L'abrogation applaudie du délit de racolage

Article 13 de la proposition de loi : « L'article 225-10-1 du code pénal est abrogé ». La suppression du délit de racolage a été unanimement saluée par les acteurs sociaux et politiques, et par ceux de la prostitution. Datant du décret-loi du 29 novembre 1939, l'infraction de racolage peut être définie, de façon générale, comme le fait d'offrir publiquement des services sexuels rémunérés. Tantôt contravention, tantôt délit (9), l'infraction posait de nombreuses difficultés tant pratiques que juridiques, surtout lorsque le racolage passif était sanctionné. Supprimé en 1994 avec l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, il était redevenu un délit avec la loi, tant décriée, du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure (10).

Cependant, il a été largement démontré dans tous les rapports présentés au Parlement, l'efficacité relative de cette incrimination. Si des effets ont été enregistrés pendant les deux premières années d'application, le taux de déferement a continuellement baissé pour devenir quasi-nul (11). De plus, les magistrats ont

une interprétation restrictive du délit et constatent très souvent l'absence d'un de ses éléments constitutifs. La CNCDH n'a pas souhaité s'appuyer sur ce bilan mitigé pour applaudir l'abrogation du délit de racolage. Elle a repris d'autres arguments.

Le premier, mis en exergue dans tous les rapports et dans l'exposé des motifs de la proposition de loi, s'appuie sur la volonté unanime de ne plus traiter les personnes prostituées comme des délinquantes, mais uniquement comme des victimes (12). Or, il est d'une évidence que l'incrimination de racolage fait de la personne prostituée une délinquante. Des interpellations, des fouilles et des gardes à vue peuvent leur être imposées par les services de police. Des peines peuvent être prononcées. Traiter ces personnes comme des délinquantes serait contraire à l'idéologie prohibitionniste dont le législateur français se réclame.

Le second argument, tiré lui aussi des différents rapports et des auditions effectuées, est essentiel. La loi du 18 mars 2003, qui traduisait une volonté de lutter contre la visibilité de l'activité prostitutionnelle sur la voie publique, a largement contribué au développement de la prostitution invisible, c'est-à-dire *indoor* (qui se pratique à l'intérieur : appartement, hôtel, bar, salon de massage...) ou dans des lieux isolés. La CNCDH a auditionné plusieurs associations, lesquelles ont démontré que « *cette tendance à l'invisibilité de la prostitution a contribué à la dégradation de l'état de santé des personnes prostituées et des conditions d'exercice de leur activité. Elle a accru la relégation et l'isolement des personnes prostituées en raison de la clandestinité qu'elle a induite, et les a rendues plus vulnérables face aux violences* » (13). En effet, comme la CNCDH l'avait déjà démontré dans son étude du 28 septembre 2010 sur « la traite et l'exploitation des êtres humains en France », après l'entrée en vigueur de la loi du 18 mars 2003, la prostitution, loin d'avoir disparu, se serait déplacée géographiquement. Les centres-villes et les lieux traditionnels de la prostitution ont été désertés. Les personnes prostituées se sont déplacées en zones périurbaines. L'action des associations est rendue plus difficile. Plus éloignées, plus mobiles, ces personnes sont souvent difficiles à atteindre. Les actions de prévention, comme l'accès aux soins, sont rendues plus complexes. Le délit de racolage constitue, en outre, un obstacle aux campagnes de prévention du Sida. Comme l'avait précisé Nathalie Simonnot de *Médecins du Monde* (14), les préservatifs utilisés peuvent constituer des éléments de preuve du

(7) À ce titre, ils doivent mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données. Elles ont également l'obligation, d'une part, d'informer promptement les autorités publiques compétentes de toutes activités illicites mentionnées à l'alinéa précédent qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services, et, d'autre part, de rendre publics les moyens qu'elles consacrent à la lutte contre ces activités illicites : art. 7 L. 21 juin 2004.

(8) La CNCDH a relevé le constat fait par l'Inspection générale des affaires sociales dans son rapport de 2012 « Prostitutions : les enjeux sanitaires », du très faible investissement des pouvoirs publics dans la lutte contre cette criminalité.

(9) Il était devenu un délit par la loi Marthe Richard du 13 avril 1946. La loi du 23 décembre 1958 lui a rendu sa nature contraventionnelle. Celle du 18 mars 2003 avait de nouveau assuré le racolage d'une peine délictuelle de deux mois d'emprisonnement et d'une amende de 3750 euros.

(10) Loi n° 2003-239, JO n°66 du 19 mars 2003.

(11) Cf en détails, Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la prostitution en France, déposé à l'Ass. Nat. le 13 avril 2011, p. 112 et suiv. ; Cf l'exposé des motifs de la proposition de loi du 4 décembre 2013.

(12) Avis CNCDH, n° 18.

(13) *ibid.*

(14) Table ronde du 15 fév. 2011, pour le « Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la prostitution en France », déposé à l'Ass. Nat. Le 13 avril 2011.

racolage, ce qui peut avoir une influence sur la protection sanitaire des prostituées. Également, d'après les médecins de *Lotus Bus* (15), l'incrimination de racolage donnerait aux clients plus de pouvoirs dans le cadre de la négociation des tarifs et de la prestation elle-même. Les personnes prostituées, au vu de la baisse de la demande, sont plus enclines à consentir des rapports sexuels non protégés et mieux rémunérés. De plus, la loi du 18 mars 2003 a constitué une source de stress supplémentaire pour ces personnes. Soumises à une pression constante, elles se plaignent fréquemment de troubles somatiques.

Si la CNCDH a mis l'accent sur la dégradation de l'état de santé de ces personnes à cause de l'incrimination du racolage, il est à remarquer que l'exposé des motifs de la proposition de loi, ainsi que les deux rapports déposés à l'Assemblée nationale sur cette proposition de loi (16), n'en font aucunement état, alors qu'elle est présentée dans les autres rapports (17) ou avis comme un argument majeur justifiant l'abrogation du délit. L'exposé des motifs invoque uniquement deux autres points : ne pas faire des prostituées des délinquantes et l'inefficacité du délit de racolage. Cette omission surprenante et contestable s'explique aisément, mais révèle les failles de cette proposition de loi. Reconnaître que le déplacement de la prostitution et sa clandestinité ont pour conséquence une augmentation de la violence et une dégradation de l'état de santé, serait en contradiction avec l'idéologie à l'origine de cette proposition de loi. En effet, ces effets sécuritaires et sanitaires désastreux seront aussi ceux de la pénalisation des clients de prostitués ! Il était donc de bon ton de ne pas les évoquer...

B. La pénalisation des clients : une répercussion sanitaire inquiétante

Article 16-2° de la proposition de loi : « *Art. 225-12-1. – Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de*

rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe. »

(18). Remettant en cause les fondements de cette répression et s'inquiétant de ses répercussions, la CNCDH a largement contesté la volonté du législateur de pénaliser l'achat d'un acte sexuel.

La CNCDH ne remet pas en cause l'idée d'une responsabilisation des clients (19). Comme cela avait été précisé dans le rapport rendu en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la prostitution en France, et dans le rapport d'information sur le renforcement de la lutte contre le système prostitutionnel, « le constat est simple : sans clients, la prostitution n'existerait pas » (20). « Le recours à la prostitution est un phénomène de masse » (21). Il s'agit donc de leur faire comprendre qu'ils participent à une forme d'exploitation de la vulnérabilité d'autrui. Il est, certes, difficile d'arguer que le client ne participe pas à la pérennisation du système prostitutionnel. Cependant, « *la CNCDH s'interroge sur le choix du législateur de fonder sa lutte contre la prostitution sur l'atteinte au principe de dignité* » (22). Elle rappelle combien le concept de dignité est ambivalent. Il peut, en effet, se traduire comme une exigence morale collective de la sauvegarde de la dignité aux dépens, le cas échéant, du libre-arbitre, ou, au contraire, comme la protection du libre-arbitre comme élément consubstantiel de la personne humaine. La CNCDH rappelle que la CEDH considère qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre dignité et prostitution, dès lors que celle-ci n'est pas exercée sous la contrainte (23). La CNCDH rejette aussi l'idée que la justification de cette proposition de loi soit faite à travers le prisme de l'égalité entre les femmes et les hommes. La prostitution serait une violence faite aux femmes. La

(18) « Les personnes physiques coupables de la contravention prévue au présent article encourent également une ou plusieurs des peines complémentaires mentionnées à l'article 131-16 et au second alinéa de l'article 131-17.

« La récidive de la contravention prévue au présent article est punie de 3 750 € d'amende, dans les conditions prévues au second alinéa de l'article 132-11.

« Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage, des relations de nature sexuelle de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne est mineure ou présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à un handicap ou à un état de grossesse. »

(19) Avis CNCDH, n° 19.

(20) « Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la prostitution en France », déposé à l'Ass. Nat. le 13 avril 2011, p. 214.

(21) Idem, p. 215.

(22) AVIS CNCDH, n° 22.

(23) CEDH, 11 sept. 1997, Tremblayc/France, Req n° 37194 /02.

(15) Idem.

(16) Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le renforcement de la lutte contre le système prostitutionnel, par Mme Maud Olivier, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 septembre 2013 ; et le Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel, par Mme Maud Olivier, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 novembre 2013.

(17) Cf. Rapport IGAS, « Prostitutions : les enjeux sanitaires », décembre 2012, p. 26 et suiv. ; Cf. Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur la situation sanitaire et sociale des personnes prostituées, enregistré à la Présidence du Sénat le 8 octobre 2013, p. 58 et suiv.

Commission relève, tout d'abord, la diversification des situations de prostitutions : féminine, masculine, transgenre. Elle observe, ensuite, qu'ils existent d'autres moyens juridiques pour sanctionner la contrainte et la violence : infractions en matière de traite et d'exploitation, de viol, de recours à la prostitution sur mineurs...

CNCDH souligne les répercussions plausibles de la pénalisation des clients. Cette dernière « *risque d'être contreproductive* » (24), voire même dangereuse. Elle aura, en effet, pour conséquence la relégation des personnes prostituées vers des lieux reculés, entraînant aussi une plus grande précarisation. « *Les acteurs médicaux auront plus de difficultés à accéder aux personnes* ». Cette nouvelle incrimination va contribuer à accentuer le développement de la prostitution indoor, laquelle est également moins accessible aux associations et pouvoirs publics. « Les stratégies de contournement ne seront pas sans grave incidence sur la santé et les droits des personnes prostituées » (25). Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi, ainsi que dans deux rapports d'information relatif à la prostitution (26), il est fait l'éloge de la réussite Suédoise dans ce domaine. La loi « Kvinnofrid » (« la paix des femmes ») (27) sanctionnant l'achat de services sexuels aurait prouvé son efficacité. La prostitution de rue aurait été divisée par deux en dix ans (28). Cependant, comme l'ont dénoncé de nombreuses associations (29), le recul de la prostitution de rue n'est pas synonyme de diminution de la prostitution. Comme elles l'ont démontré, la « *pénalisation des clients : un ticket pour la clandestinité* » (30). « *C'est un grave enjeu de santé publique* » (31). Pour toutes les associations agissant dans le domaine prostitutionnel et ou regroupant des personnes prostituées, l'incrimination de l'achat d'un

service sexuel est une véritable régression sociale. Si les clients sont poussés à la clandestinité, les personnes se prostituant le seront d'autant plus. Mises à l'écart des centres-villes, éloignées de l'offre de soins et de prévention, elles seront davantage exposées aux risques sanitaires, au VIH et autres IST. Imposer le préservatif sera encore plus difficile dans de telles conditions. Cette plus grande clandestinité rendra, de surcroît, plus difficile l'action des services de police dans la lutte contre la traite et l'exploitation.

Le « modèle Suédois » n'est plus un modèle ! Selon le Programme des Nations-Unies pour le développement, « *depuis son application en 1999, la loi n'a pas amélioré les conditions de vie des travailleurs du sexe, mais au contraire les a empirées* » (32). Amnesty International et Human Rights Watch dénoncent l'hypocrisie du système suédois (33). Un rapport (34) éloquent a été publié par Susanne Dodillet (35) et Petra Östergren (36) : « La loi suédoise contre l'achat d'acte sexuel : succès affichés et effets documentés ». On y lit que le triomphalisme affiché par le gouvernement ne repose sur aucune base démontrée, que la prostitution via Internet a augmenté dans des « proportions d'avalanche » (37), que les clients n'ont pas renoncé mais seulement changé leur façon d'acheter. Les prostituées sont plus exposées à la violence et aux maladies qu'auparavant. De même, alors que la Norvège a adopté depuis 2009 (38) une législation similaire (39), un rapport du 22 juin 2012, rendu par le Centre Officiel d'aide aux prostituées d'Oslo, dénonce la détérioration de la situation des travailleurs du sexe. Précarité et violences ont augmenté. Se sentant criminelles, ces personnes sont moins enclines à demander de l'aide.

De plus, la CNCDH a mis en exergue l'incohérence du dispositif. Comment peut-on affirmer que le phénomène prostitutionnel est une violence faite aux femmes, une atteinte à leur dignité, et, en même temps, sanctionner l'achat sexuel seulement d'une

(24) Avis CNCDH, n° 22.

(25) idem.

(26) « Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la prostitution en France », déposé à l'Ass. Nat. le 13 avril 2011 ; Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le renforcement de la lutte contre le système prostitutionnel, par Mme Maud Olivier, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 septembre 2013.

(27) Par 181 voix contre 92, le Parlement suédois a décidé (loi 1998-408 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999) de criminaliser "l'achat de services sexuels". Celui qui, moyennant rémunération, se procure une relation sexuelle, encourt une peine d'amende ou d'emprisonnement de six mois au plus.

(28) Rapport du gouvernement suédois du 2 juill. 2010.

(29) Notamment AIDES et Médecins du Monde, auditionnées par la CNCDH le 18 décembre 2013.

(30) <http://blogs.mediapart.fr/edition/les-invites-de-mediapart/article/051113/penaliser-les-clients-de-la-prostitution-un-ticket-pour-la-clandestinite>

(31) Rapport d'enquête de Médecins du Monde du 17 déc. 2012.

(32) PNUD, Rapport « Risques, Droit et Santé », juill. 2012, p. 43.

(33) <http://www.aides.org/presse/quand-le-travail-du-sexe-tient-colloque-au-senat-et-denonce-les-effets-pervers-de-la-penalisa>

(34) Document de conférence présenté à l'Atelier international: Décriminalisation de la prostitution et au-delà: les expériences pratiques et défis. La Haye, 3 et 4 Mars 2011 ; rapport : <http://www.petraostergren.com/upl/files/56646.pdf>

(35) Chercheuse, historienne et militante féministe.

(36) Anthropologue, auteure et militante féministe.

(37) Une expérience a été menée en 2009 : des stations de radio locales ont placé une fausse publicité de prostituée sur Internet. En moins d'une semaine, elles ont obtenu plus de mille réponses.

(38) Loi de novembre 2008, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 2009.

(39) La loi norvégienne va plus loin, puisque les Norvégiens se payant les services d'une prostituée à l'étranger sont concernés par la loi.

contravention de la 5^e classe, soit 1500 euros d'amende (40) ? C'est grave, mais peu sanctionné... Au regard de toutes ses allégations, la CNCDH convainc que la pénalisation des clients aura un effet néfaste sur la santé et la sécurité des personnes prostituées, estime, dans sa recommandation n° 8 que « *l'interdiction d'achat sexuel et la pénalisation des clients de la prostitution n'est pas une mesure appropriée pour lutter contre la traite et l'exploitation de la prostitution* ». Pour la commission, c'est l'investissement des pouvoirs publics dans la lutte contre la traite et l'exploitation des mineurs qui devrait être renforcée (recommandation n° 7).

Alors que l'Assemblée nationale a validé l'incrimination de l'achat de service sexuel le 18 décembre 2013, la Commission spéciale du Sénat a adopté ce 8 juillet un amendement supprimant cette infraction. Dans un élan pragmatique, après avoir auditionné des prostituées et des associations proches d'elles, à 16 voix pour, 14 voix contre et 2 abstentions, les trente-six sénateurs de la commission se sont donc finalement prononcés pour la suppression de l'article 16 de la proposition de loi. La commission explique ce choix par la précarisation des personnes prostituées qu'entraînerait forcément cette pénalisation. Contrairement à l'Assemblée nationale, elle n'a pas voulu sacrifier ces personnes au nom d'une idéologie moralisatrice.

Si ce volet répressif a reçu les foudres des prostituées, des associations et de la CNCDH, le volet social, bien qu'insuffisant, a été salué.

II. UN RENFORCEMENT DE L'ACCÈS AUX DROITS SOCIO-SANITAIRES PERFECTIBLE

La CNCDH n'a pas manqué de déplorer l'absence quasi-totale de données publiques sur les conditions d'exercice, ainsi que sur la situation sanitaire et sociale des personnes prostituées (41). Seule l'enquête de l'IGAS (42) donne un aperçu global de l'état de santé des personnes qui se prostituent. Il en ressort le constat d'une grande vulnérabilité de ces personnes et une santé préoccupante (43). Elles sont exposées aux risques sanitaires liés à l'activité prostitutionnelle ou aux conditions de vie. Dans la première hypothèse, les risques sont essentiellement de santé sexuelle : VIH, IST (hépatite B, syphilis, papillomavirus, herpès

génital, chlamydiae...), problèmes gynécologiques et grossesses non désirées... Dans le deuxième cas, sont recensés des problèmes respiratoires (infections broncho-pulmonaires, asthme...), dermatologiques, digestifs liés au stress, des déséquilibres alimentaires, ainsi que des troubles psychiques (troubles de somatisation : maux de ventre, céphalées, troubles du sommeil, troubles psychiatriques...). Tous ces risques ne sont pas exclusifs de la prostitution, mais sont renforcés par le multi-partenariat et la précarité des conditions d'exercice et de vie.

Les personnes prostituées devraient donc avoir un accès facilité aux droits sanitaires, mais tel n'est pas le cas en pratique, d'autant plus que 90% d'entre elles sont étrangères. Ce constat dénoncé par les associations et l'IGAS a conduit le législateur à faire du volet social un des piliers de la proposition de loi du 4 décembre 2013. La CNCDH a salué des avancées indéniables. Pour les victimes de la traite et de l'exploitation, leur protection et prise en charge ont fait l'objet de plusieurs dispositions. Cependant, si l'idée d'un accompagnement s'avère salutaire, les conditions de son octroi se révèlent discriminatoires (A). Des progrès ont été notés par la CNCDH dans l'accès aux soins par toutes les personnes prostituées (victime ou non de traite ou d'exploitation), mais le dispositif semble largement lacunaire (B).

A. Un accompagnement salutaire, mais discriminatoire

Les politiques françaises en matière prostitutionnelle ont longtemps négligé le volet social permettant d'accompagner les personnes prostituées vers une réinsertion sociale et professionnelle. Il est donc enfin apparu au législateur de donner les moyens de proposer des alternatives crédibles aux personnes désireuses de quitter la prostitution. Dans l'optique du rapport d'information du 17 septembre 2013 (44), le législateur veut faire de la question de la protection et de la prise en charge des victimes de la traite et de l'exploitation de la prostitution le cœur de la proposition de loi. La CNCDH salue de réelles avancées : inclusion des infractions de traite et de proxénétisme dans la liste des incriminations ouvrant le droit à une indemnisation par la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI) ; anonymat des victimes dans les dossiers après audition ; possibilité d'utiliser une identité d'emprunt ou mise en œuvre de mesures de protection pendant les procédures judiciaires (45).

(40) La récidive est punie de 3750 euros d'amende.

(41) Avis CNCDH, n° 26.

(42) Rapport IGAS, « Prostitutions : les enjeux sanitaires », décembre 2012.

(43) Ibid p. 35 et suiv. ; constat repris dans le Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur la situation sanitaire et sociale des personnes prostituées, enregistré à la Présidence du Sénat le 8 octobre 2013.

(44) Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le renforcement de la lutte contre le système prostitutionnel, par Mme Maud Olivier, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 septembre 2013.

(45) Art. 1 ter de la proposition de loi.

Est apprécié également par la CNCDH la création d'une nouvelle instance chargée, au sein de chaque département de prévention et de délinquance, d'organiser et de coordonner l'action en faveur des victimes de la prostitution, du proxénétisme et de la traite des êtres humains. Cette instance aura pour mission de rechercher et d'accueillir ces victimes, de leur fournir toute assistance et surtout d'exercer toute action médico-sociale. Il est précisé à l'article 3 de la proposition de loi que toute personne victime de la prostitution doit bénéficier d'un système de protection et d'assistance, assuré et coordonné par l'État en collaboration avec les divers services d'interventions sociales et de santé. Cette protection et cette assistance s'appuient sur un projet d'insertion sociale et professionnelle mis en œuvre par les associations. La CNCDH ne pouvait qu'apprécier ce « parcours de sortie » proposée aux victimes de la prostitution. Le but est, dans une première phase, d'éloigner la personne du lieu où elle a été exploitée et l'accueillir dans un centre, lui offrir un hébergement, une aide financière et médicale. Dans un second temps, la personne accèdera aux actions d'insertion, à l'inscription à Pôle Emploi, aux études... (46)

La CNCDH signale, cependant, le caractère problématique de certaines mesures, qui sont, de toute évidence, discriminatoires. La commission a constaté, à grand regret, que l'octroi de certains droits est conditionné à l'arrêt de la prostitution (47). La proposition de loi prévoit l'abrogation de l'article 42 de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure (48), lequel précise que « toute personne victime de l'exploitation de la prostitution doit bénéficier d'un système de protection et d'assistance, assuré et coordonné par l'administration en collaboration active avec les divers services d'interventions sociales ». Il n'y aurait donc plus d'obligation générale de protection et d'assistance. Cette dernière est désormais conditionnée par la sortie de la prostitution. La proposition de loi est discriminante, puisque les personnes prostituées n'ont pas, de manière égale, accès aux droits. Seules celles voulant sortir de la prostitution pourront bénéficier des droits sociaux, d'hébergement, de ressources, et surtout des droits sanitaires. Elles devront, en outre, signer une convention tripartite avec l'administration et avec une association. Les mêmes conditions sont posées pour l'octroi d'une autorisation provisoire de séjour de six

mois (49). De surcroît, pragmatique, la CNCDH s'interroge sur la mise en œuvre de ces dispositions. Elle propose la suppression de cette notion de « parcours de sortie » qui « implique que la sortie de la prostitution pourrait passer par des étapes prédéfinies, ce qui ne tient pas compte des situations individuelles : chaque personne, selon son histoire, sa situation, n'a pas les mêmes besoins, progressera dans la mise en œuvre de son projet à son rythme, pourra retourner un temps dans son activité prostitutionnelle, sans que cela remette en cause la réalité de son parcours d'insertion ». La CNCDH propose donc de présenter aux personnes prostituées un « projet d'insertion sociale et professionnel » (50). Cette suggestion vient d'être retenue par la Commission spéciale du Sénat en date du 8 juillet 2014.

Enfin, la CNCDH s'inquiète de l'obligation, prévue par la proposition de loi, pour les personnes prostituées voulant sortir de la prostitution, de solliciter l'aide d'une association agréée (51). Ces victimes n'auront pas le choix de leur association, ce qui pourra, peut-être, créer une certaine méfiance. De plus, les associations sont peu nombreuses et inégalement réparties sur le territoire. Il est à noter que la commission du Sénat a élargi l'agrément des associations pouvant accompagner les personnes prostituées dans leur parcours de sortie à l'ensemble de celles travaillant auprès des publics en difficulté.

B. Un accès aux soins lacunaire

La proposition de loi prévoit un renforcement des dispositifs d'accompagnement et d'accès aux droits des personnes prostituées, qu'elles soient ou non victimes d'exploitation ou de traite. La CNCDH se félicite de la création, au sein du budget de l'État, d'un fonds pour la prévention de la prostitution et l'accompagnement social et professionnel des personnes prostituées (52). Ce fonds contribue aux actions définies à l'article L.121-9 du Code de l'action sociale et des familles. Ce dernier précise que l'État a pour mission, notamment, d'exercer toute action médico-sociale en faveur des personnes qui se livrent à la prostitution. Selon l'article 4 de la proposition de loi, ce fonds spécial « soutient toute initiative visant à la sensibilisation des populations aux effets de la prostitution sur la santé et à la réduction des risques sanitaires, à la prévention de l'entrée dans la

(46) Cf Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le renforcement de la lutte contre le système prostitutionnel, 17 sept. 2013, p. 68 et suiv.

(47) Avis CNCDH, n° 31.

(48) Art. 3 II 1° de la proposition de loi.

(49) Art. 6 de la proposition de loi ; Le 8 juill. 2014, la commission spéciale du Sénat a porté à un an l'autorisation provisoire.

(50) Recommandation n° 12 de la CNCDH.

(51) Avis CNCDH, n° 32.

(52) Art. 4 de la proposition de loi.

prostitution et à l'insertion des personnes prostituées ».

La CNCDH soutient également la création d'un document national de référence sur la santé et la prévention des risques. Le législateur a tenu à compléter le Code de la santé publique en ajoutant un article général et essentiel en matière sanitaire : « Art. L. 3121-6. – La politique de réduction des risques en direction des personnes prostituées relève de l'État. Cette politique consiste à prévenir les infections sexuellement transmissibles et les dommages sanitaires, sociaux et psychologiques liés à l'activité prostitutionnelle » (53).

Cependant, ces nouveautés paraissent insuffisantes aux yeux de la CNCDH. En effet, dans tous rapports évoqués et lors des auditions effectuées par la commission, il a été démontré que, si l'accès aux soins et aux droits sociaux est possible en théorie, il est très difficile en pratique (54). Les personnes prostituées peuvent théoriquement s'affilier à un régime de sécurité sociale et accéder ainsi à la couverture maladie et à l'assurance retraite. Cependant, en réalité, ces possibilités sont limitées dans la mesure où la prostitution ne constitue pas une activité professionnelle reconnue, conformément à la position abolitionniste de la France. Du fait donc de leur situation juridique précaire, ces personnes sont, pour la plupart d'entre elles, très éloignées des dispositifs de prise en charge. La proposition de loi dévoile sur ce sujet une faille importante. La CNCDH regrette qu'elle ne « *contienne pas plus de dispositions garantissant aux personnes prostituées des droits identiques à ceux du reste de la population. Pour répondre à l'ensemble de leurs besoins,, il convient de garantir, sur du territoire, et notamment aux populations difficilement accessibles ou isolées, une offre de services adaptés comprenant : counselling, fourniture de matériel de prévention, accès effectif au dépistage, au traitement post-exposition (TPE), à la prise en charge des infections sexuellement transmissible (IST), aux soins de santé primaires, aux services de santé sexuelle, à la réduction des risques, à l'accompagnement social, à l'interprétariat et la médiation culturelle* » (55).

La CNCDH regrette également que le législateur ait oublié le cas des personnes transgenres. Du fait de leur

stigmatisation et des discriminations dont elles sont victimes, ces personnes éprouvent des difficultés pour s'insérer socialement et recourent souvent à la prostitution. La CNCDH rappelle donc son avis du 27 juin 2013 (56) et « *renouvelle sa demande de démedicalisation et de déjudiciarisation partielle de la procédure de changement de sexe à l'état civil, de nature à l'alléger, l'accélérer, et à favoriser ainsi leur sortie de la précarité et leur intégration sociale* » (57).

De même, les personnes handicapées sont les autres oubliés de la proposition de loi. La CNCDH attire l'attention du gouvernement sur la question de leur vie affective et sexuelle trop bafouée et niée (58).

La CNCDH achève son avis sur une touche positive. Elle tenait à souligner l'importance des mesures d'éducation et de prévention en matière de sexualité, de santé sexuelle, de représentations du corps. Elle salue donc la disposition de l'article 15 bis de la proposition de loi, laquelle insère dans la section du Code de l'éducation relative à l'éducation à la santé et à la sexualité, la lutte contre « la marchandisation du corps » (59) parmi les sujets devant faire l'objet d'une information pendant la scolarité.

Si la CNCDH a constaté des avancées notables en matière sanitaire, elle a également tiré la sonnette d'alarme. L'accès aux droits est renforcé, mais encore très insuffisant. En outre, la pénalisation des clients risque d'avoir des répercussions désastreuses en matière de santé. Il ne sert à rien de supprimer le délit de racolage, si l'achat de service sexuel est sanctionné. Procédant à une analyse empirique et juridique, la commission a mis en avant les incohérences de cette proposition de loi. Trop empreinte d'une idéologie moralisatrice, les dispositions de cette proposition de loi vont se heurter, si elles restent en l'état, à une mise en œuvre délicate et à des conséquences certainement contre-productives. Cependant, même si la proposition n'est pas encore inscrite à l'ordre du jour du Sénat, sa Commission spéciale vient de voter la suppression de l'incrimination d'achat d'un acte sexuel. L'espoir est donc permis... ■

(53) Art. 14 ter de la proposition de loi.

(54) Cf notamment, le Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur la situation sanitaire et sociale des personnes prostituées, enregistré à la Présidence du Sénat le 8 octobre 2013, p. 46 et suiv.

(55) Avis CNCDH n° 37 et recommandation n° 14.

(56) Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil, JORF n° 0176 du 31 juill. 2013.

(57) Avis CNCDH n° 39.

(58) Avis CNCDH n° 40.

(59) Ces termes, retenus dans la première mouture, ont été remplacés par : une information et une éducation à la sexualité « égalitaire, à l'estime de soi et de l'autre et au respect du corps », mots ajoutés à l'art. L. 321-16 du Code de l'éducation.

LE CONSEIL D'ÉTAT SE RÉSIGNE (ENFIN ?) À APPLIQUER LA NOMENCLATURE DINTILHAC

*THE FRENCH COUNCIL OF STATE FINALLY AGREES TO
ENFORCE THE "DINTILHAC" LIST OF DAMAGES*

Par **Jean-Paul MARKUS***

DROIT DE LA SANTÉ

RÉSUMÉ

Alors qu'il venait de créer sa propre nomenclature des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux, rejetant celle créée au sein de la Cour de cassation par le groupe de travail Dintilhac, le Conseil d'État fait marche arrière. Il applique la nomenclature Dintilhac, s'alignant ainsi non seulement sur la Cour de cassation, mais aussi sur la plupart des acteurs du monde juridique.

MOTS-CLÉS

Préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux, Nomenclature *Dintilhac*, Nomenclature *Lagier*.

SUMMARY

While the French Council of State had just created its own list of the patrimonial and moral damages, rejecting the list created by the workgroup "Dintilhac" of the Court of Cassation, the same Council of State reversed its jurisprudence. It enforced the Dintilhac list, rallying not only to the Court of Cassation's jurisprudence, but also to the practice of most of law practitioners.

KEYWORDS

Patrimonial and moral damages, Dintilhac list, Lagier list.

Par deux arrêts en date des 7 octobre 2013 et 16 décembre 2013 (1), le Conseil d'État consacre l'application par le juge administratif de la nomenclature dite Dintilhac (2), en vigueur devant les juridictions judiciaires pour le calcul de la réparation en faveur des victimes de dommages corporels. Dans la première affaire, la requérante s'étant blessée à la main avec un cutter pendant son travail, avait subi une première intervention à l'hôpital, une simple suture. Mais l'équipe médicale n'avait pas diagnostiqué une atteinte à un nerf, ce qui a eu pour conséquence de priver la requérante de l'usage de deux doigts. Deux ans plus tard, dans le même hôpital, elle devra être amputée de ces mêmes doigts et d'une partie de la paume. Devenue inapte au travail, elle finit par être licenciée, et engage alors la responsabilité de l'hôpital, devant le tribunal administratif. Après une longue procédure (les interventions litigieuses datent de 1991 et 1993), le Conseil d'État, fait rare dans le contexte actuel de convergence des jurisprudences,

(1) CE 7 oct. 2013, n° 337851, *Ministre de la Défense c/ H.*, AJDA 2014. 295, note T. Leleu, RTD civ. 2014, p. 131, obs. Jourdain, et CE 16 déc. 2013, Mme de Moraes, req. n° 346575; AJDA 2014, p. 524, concl. F. Lambolez ; RFDA, 2014, p. 317, note C. Lantero.

(2) Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels (dir. J.P. Dintilhac), Ministère de la Justice, 2005.

* Professeur de droit public
Université de Versailles Saint-Quentin

maintient sa divergence de position avec la Cour de cassation, quant à l'assiette des rentes d'invalidité : la rente d'accident de travail reste, dans la jurisprudence administrative, exclusive de l'indemnisation des préjudices personnels (3), alors que le juge judiciaire accepte d'inclure dans le calcul du montant de cette rente le dommage lié au déficit fonctionnel permanent, qui est un dommage personnel (4).

La seconde affaire concerne un militaire ayant subi une intervention chirurgicale à la suite d'une blessure dans l'exercice de ses fonctions. Les transfusions sanguines pratiquées (à l'aide de poches fournies par le centre de transfusion sanguine des armées) l'ont contaminé au virus de l'hépatite C. Une affaire somme toute banale, mais que le juge administratif a saisie pour abandonner la règle du forfait de pension (5). Cette règle voulait que la pension d'invalidité (l'équivalent de la rente d'accident du travail pour les agents publics) dont bénéficie tout agent de l'État en cas de dommage subi en service, soit exclusive de toute autre réparation.

Dans les deux cas, c'est toute une conception de la vocation de la rente pour accident de service (les agents publics) ou de travail (les agents privés) qui diverge d'un ordre juridictionnel à l'autre : cette rente doit-elle réparer le seul préjudice professionnel, quitte à renvoyer la victime devant le juge pour obtenir réparation des autres préjudices, ou peut-elle englober des préjudices personnels, et lesquels ? (6).

Mais indépendamment de la question des rentes pour accident de service ou de travail, ces deux affaires ont un autre intérêt que nous voulons souligner ici : par deux fois, et pour la première fois, le Conseil d'État applique la nomenclature Dintilhac pour la détermination des postes de préjudice et le calcul des dommages-intérêts, et abandonne donc la nomenclature - somme toute assez artisanale - qu'il avait lui-même forgée par son avis *Lagier* de 2007 (7).

(3) CE, avis, 8 mars 2013, n° 361273, Doget : AJDA 2013, p. 793, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2013, p. 1258, note S. Porchy-Simon.

(4) Cass. 2^e civ., 11 juin 2009, n° 07-21.768 : civ. 2009, II, n° 153 ; JCP S 2009, 1469, note D. Asquinazi-Bailleux ; JCP G 2009, n° 36, 195, note S. Porchy-Simon ; Resp. civ. et assur. 2009, étude 10, par H. Groutel ; D. 2009, p. 1789, note P. Jourdain.

(5) CE, ass., 4 juill. 2003, n° 211106, Moya-Caville ; Rec. CE 2003, p. 323, concl. D. Chauvaux ; RFD adm. 2003, p. 990, concl. de D. Chauvaux, note P. Bon ; AJDA 2003, p. 1598, chron. F. Donnat et D. Casas

(6) Sur la question, voir notamment les observations de P. Jourdain, RTD Civ. 2014 p. 131.

(7) CE, sect., avis, 4 juin 2007, n° 303422 et n° 304214, *Lagier* : JCP A 2008, 2055, note C. Paillard ; AJDA 2007, p. 1800, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau.

« NOMENCLATURE LAGIER » CONTRE NOMENCLATURE « DINTILHAC »

Afin d'harmoniser à la fois les postes de préjudice et leur mode de calcul par le juge du fond, la Cour de cassation a fait élaborer par une commission dirigée par un de ses membres, une nomenclature des postes de préjudice, dite ensuite *Dintilhac* (8). Le but était de répondre aux aspirations des victimes, insatisfaites non pas tant du montant qui leur est alloué au titre de dommages-intérêts, que de l'opacité des règles de calcul. La nomenclature répondait aussi aux souhaits de certains professionnels ou institutions (experts (9), assureurs (10), fonds d'indemnisations, etc.), qui souhaitaient disposer d'une base de calcul commune et prévisible, en lieu et place des « barèmes » différents selon les sources. L'évolution sociétale a également conduit à la reconnaissance d'une multitude de préjudices nouveaux, inimaginables il y a quelques dizaines d'années, qu'il s'agisse de préjudices d'agrément ou sexuels, de troubles dans les conditions d'existence. Si ces reconnaissances sont en soi un signe de vitalité et d'adaptabilité des juridictions, elles n'en ont pas moins conduit à introduire une confusion voire des incohérences dans le dispositif d'indemnisation. Une mise en ordre s'imposait donc (11). Même le Médiateur de la République (devenu Défenseur des droits) avait, dans son rapport pour l'année 2004, plaidé pour une « *juste indemnisation des victimes* » (12), en appelant au législateur pour harmoniser les règles de calcul.

Si la nomenclature *Dintilhac* ne constitue en rien un acte officiel qui lierait le juge, la Cour de cassation a montré à plusieurs reprises qu'elle se référait aux postes de préjudices listés dans cette nomenclature, et qu'elle en reprenait les définitions à son compte. En somme, d'un acte sans valeur normative, cette nomenclature a progressivement acquis valeur jurisprudentielle.

Le Conseil d'État s'est écarté de cette solution, lui préférant sa propre nomenclature, d'emblée intégrée dans sa jurisprudence à travers un avis contentieux (13).

(8) J.-C. Bizot, Quelle typologie des postes de préjudices ? La nomenclature des postes de préjudices : point de vue du juge judiciaire, RCA mars 2010. Dossier Le préjudice, art. 9.

(9) V. Scolan et F. Fierchter-Boulvard, La place de la nomenclature Dintilhac dans le cadre de l'expertise pénale (victimes vivantes), Gaz. Pal. 24 déc. 2011, p. 31.

(10) Cf. M. Ehrenfeld, Le point de vue de l'assureur sur l'unification des outils de chiffrage des indemnités en dommage corporel, Gaz. Pal. 24 déc. 2011, n° 357-358, p. 41.

(11) Rapport J.P. Dintilhac, préc., p. 2.

(12) Rapport 2005 pour l'année 2004, Doc. Fr., p. 33.

(13) Avis *Lagier*, préc.

Cette « nomenclature *Lagier* » – nous la nommerons ainsi – était plus frustrée, ou plus souple selon les angles de vue : six postes ou plutôt catégories de préjudices, aux contenus plus larges et élastiques (14), contre vingt-neuf postes pour la nomenclature *Dintilhac*.

La durée de vie de cette nomenclature *Lagier* aura été étonnamment courte. Bien qu'aucun revirement ni abandon explicite ne figure dans les deux arrêts commentés, le Conseil d'État ne se réfère aucunement à son avis de 2007, préférant puiser les postes de préjudice dans la nomenclature *Dintilhac*. Ainsi, nulle trace dans l'avis *Lagier* du déficit fonctionnel, expressément visé dans l'arrêt du 7 octobre 2013. La Haute juridiction administrative distingue même entre déficits fonctionnels temporaire et permanent (consid. 9 du même arrêt). Nulle trace non plus du préjudice d'agrément dans l'avis *Lagier*, que le Conseil d'État définit comme « *lié à l'impossibilité de continuer à pratiquer une activité spécifique, sportive ou de loisirs* », soit la définition donnée par la Cour de cassation (15).

L'ADOPTION DE LA NOMENCLATURE DINTILHAC PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

Comment expliquer ce ralliement du Conseil d'État à un outil de travail aussi intimement lié au juge judiciaire ? Entendons-nous : ce n'est pas le ralliement du Conseil d'État à une nomenclature unique qui surprend ; il avait également appelé de ses vœux, dès 2004, une harmonisation des postes de préjudice, une « *plus grande unité, pour un même préjudice, des régimes applicables* » (16). Ce qui surprend tient dans le fait que le Conseil d'État abandonne une nomenclature qu'il avait lui-même élaborée, « *en l'absence de dispositions réglementaires définissant les postes de préjudice patrimoniaux et personnels* » (17). C'est cette carence de l'État qui avait justifié, selon le même avis, « *de distinguer, à tout le moins, les postes de préjudice suivants* », et le Conseil d'État de lister ensuite six larges postes de préjudices dans son avis *Lagier*, alors que la nomenclature *Dintilhac* était déjà élaborée et adoptée. À lire le rapporteur public, l'avis *Lagier* tenait à une volonté du juge administratif, en l'absence de caractère nor-

matif de la nomenclature *Dintilhac*, de préserver la sécurité juridique et les intérêts de la victime (18). Il est vrai qu'en plaçant sa propre nomenclature directement dans un avis contentieux, le Conseil d'État lui conférait d'emblée une portée juridique, et l'assurance qu'elle serait appliquée par l'ensemble des juridictions administratives inférieures. C'était aussi une invitation expresse envers l'exécutif à se prononcer, par décret, sur la question des postes de préjudice, trop longtemps laissée à l'errance jurisprudentielle, au prix d'une inégalité entre justiciables.

Mais plus de six années après l'avis *Lagier*, l'exécutif comme le législateur se sont accommodés de la nomenclature *Dintilhac*. Non pas qu'il y ait eu indifférence au problème : une proposition de loi visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation, avait même été déposée à l'Assemblée nationale (19). Elle tendait, entre autre, à confier à l'exécutif l'établissement par décret d'un barème médical unique d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique, ainsi que d'une nomenclature unique, non limitative, des chefs de préjudices indemnissables. Cette proposition fut adoptée par l'Assemblée nationale, puis insérée par le Sénat dans la loi dite Fourcade n° 2011-940 du 10 août 2011 modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 dite HPST. Elle fut logiquement regardée comme un cavalier législatif par le conseil constitutionnel, faute de lien avec la réforme de l'hôpital (20).

Par une circulaire de 2007 (21), qui ne figure plus sur le site mentionnant les circulaires en vigueur, le ministère de la justice avait recommandé aux magistrats de l'ordre judiciaire de se référer à la nomenclature *Dintilhac* pour l'application de l'article 25 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006.

C'est en somme l'utilisation de la nomenclature *Dintilhac*, sans valeur normative, qui s'est généralisée et qui a acquis une véritable force contraignante à travers son intégration dans la jurisprudence judiciaire (22).

(14) J.-M. Delandre, Quelle typologie des postes de préjudices ? La nomenclature des postes de préjudices : point de vue du juge administratif, RCA mars 2010. Dossier préc., art. 8 ; J. Travard, Une autre approche de la réparation du dommage corporel : la pratique juge administratif, Gaz. Pal. 23-24 déc. 2011.

(15) Civ. 2^e, 28 mai 2009, n° 08-16.829, D. 2009, p. 1606, obs. I. Gallmeister ; ibid. 2010, p. 49, obs. P. Brun et O. Gout ; RTD civ. 2009. 534, obs. P. Jourdain.

(16) Rapport d'activité du Conseil d'État pour l'année 2004, La socialisation du risque, Études & documents, éd. Doc. Fr., 2005, p. 205 et s.

(17) Avis *Lagier*, préc.

(18) L. Derepas, concl. sur l'avis *Lagier*, RDSS 2007, p. 680.

(19) Proposition G. Lefrand, n° 2055, déposée le 5 novembre 2009.

(20) Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-640 DC, consid. n° 11. Cf. S. Porchy-Simon, Plaidoyer pour une construction rationnelle du droit du dommage corporel, D. 2011. 2742.

(21) Circulaire de la DACS n° 2007-05 du 22 févr. 2007 relative à l'amélioration des conditions d'exercice du recours subrogatoire des tiers payeurs en cas d'indemnisation du dommage corporel, BO n° 2007-02 du 30 avr. 2007.

(22) H. Adida-Canac, Le contrôle de la nomenclature *Dintilhac* par la Cour de Cassation, D. 2011. 1497 ; M. Robineau, Le statut normatif de la nomenclature *Dintilhac*, JCP G 2010. 612.

ALIGNEMENT OU DÉDOUBLEMENT ?

On ne peut que se féliciter qu'une nomenclature censée orienter le raisonnement du juge soit issue du travail même du juge, de sa jurisprudence, et non d'un texte officiel, tant l'outil jurisprudentiel est plus souple que l'outil réglementaire ou législatif. Les juridictions judiciaires, les assureurs, les tiers payeurs, les différents fonds d'indemnisation en droit de la santé (23) mais aussi d'autres fonds de solidarité comme Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions, et surtout les experts judiciaires, qu'ils œuvrent pour le juge judiciaire ou pour le juge administratif, avaient fini par adopter la nomenclature *Dintilhac*.

Le Conseil d'État ne pouvait maintenir le justiciable administratif à l'écart de cette généralisation de la nomenclature *Dintilhac*, sans risquer de le plonger précisément dans cette insécurité qu'il souhaitait éviter en créant sa propre nomenclature. D'autant que, on l'a dit, la nomenclature *Lagier* ne souffrait guère la comparaison avec la nomenclature *Dintilhac* en termes de praticité. Vingt-neuf postes de préjudice côté Cour de cassation contre six côté Conseil d'État, permettant des calculs sinon plus aisés, au moins plus fidèles aux réalités de chaque affaire (24), et plus compréhensibles par le justiciable que l'énumération de grandes masses.

Par exemple, la détermination par le juge administratif des préjudices personnels donnait lieu à une indemnisation globale au titre des « troubles dans les conditions d'existence », sans détailler selon chaque chef de préjudice corporel (25). Il était en outre inconfortable pour le juge administratif de maintenir une grille de six postes quand face à lui les parties détaillaient leur argumentation sur vingt-neuf postes : cela confinait au défaut de motivation des jugements. D'où une jurisprudence des juridictions administratives inférieures qui se caractérisait par une disparité croissante : la liste des postes de préjudice de l'avis *Lagier* n'étant pas fermée, certains préjudices qui n'y figuraient pas, furent retenus au cas par cas, comme le déficit fonctionnel temporaire (26) ou le préjudice esthétique temporaire (27).

(23) En particulier le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA), et l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), qui a émis un « Référentiel indicatif d'indemnisation » en 2011.

(24) C. Lantero, La méthode d'évaluation des préjudices corporels : RFD adm. 2014, p. 317.

(25) Par ex. CE 26 mai 2010, Pradeau, n° 306354 : RDSS 2010. 762, obs. D. Cristol.

(26) Par ex. CAA Bordeaux, 4 déc. 2012, Mme L., n° 11BX02687.

(27) Par ex. CAA Bordeaux, 5 nov. 2013, CHU Toulouse, n° 12BX00929.

Autre facteur décisif, si la nomenclature *Dintilhac* n'avait effectivement pas valeur réglementaire à la date de l'avis *Lagier*, elle a acquis depuis valeur de jurisprudence. Or le droit de la santé est un terrain particulièrement propice à cette harmonisation des jurisprudences administrative et judiciaire, tant le dialogue des juges est ici vital pour maintenir une égalité entre usagers du système de santé (28). Comme la Cour de cassation a déjà pu s'aligner sur les positions du Conseil d'État (29), ce dernier s'aligne sans états d'âme sur les positions de la première.

Et c'est heureux. L'histoire croisée du droit administratif et du droit privé de la responsabilité est émaillée de divergences, en particulier sur le caractère indemnisable ou non de certains préjudices. Le juge administratif refusait ainsi, en d'autres temps il est vrai, de reconnaître le préjudice moral des proches d'une victime décédée, au motif que « La douleur morale (n'est) pas appréciable en argent », ce qui interdisait de la regarder comme « un dommage susceptible de réparation » (30). Sept ans plus tard, le Conseil d'État reconnaissait le caractère indemnisable de la douleur morale (31). Bien plus récemment, le Conseil d'État admettait le préjudice d'impréparation lié au défaut d'information du patient quant aux risques d'un acte médical (32), peu après la Cour de cassation (33). Et l'on pourrait mentionner les divergences, apaisées ensuite, sur la transmissibilité du préjudice aux héritiers, tout comme la controverse sur le préjudice de naissance, désormais sans objet mais non épuisée sur le fond.

Cet alignement du Conseil d'État sur la jurisprudence judiciaire est-il définitif ou ponctuel ? Il est à vrai dire difficile d'imaginer un retour à la nomenclature

(28) Colloque co-organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation, « Santé et Justice : quelles responsabilités ? », Doc. Fr. 2013.

(29) À propos du lien de causalité entre le vaccin obligatoire contre l'hépatite B et la survenance de la sclérose en plaques : le Conseil d'État présume ce lien depuis 2007 (CE 9 mars 2007, Mme Schwartz, req. n° 267635 ; Lebon 118 ; D. 2007. 2204, note L. Neyret ; AJDA 2007. 861, concl. T. Olson ; JCP 2007. II. 10142, note A. Laude ; Gaz. Pal. 7 juin 2007, n° 158, p. 47, note Hocquet-Berg ; RD publ. 2008-4, p. 1193, note F. Dieu ; RDSS 2007, p. 544, obs. D. Cristol), et la Cour de cassation s'est alignée (Cass. civ. 1^{re} 25 nov. 2010, 09-16556 : Bull. civ. I, no 245 ; JCP 24 janv. 2011, no 79, note D. Borghetti ; D. 2011, p. 316, note Ph. Brun ; RTD civ. 2011, p. 134, obs. P. Jourdain ; RDSS 2011, p. 164, obs. J. Peigné.), même si elle repose plus sur l'appréciation souverain des juges du fond.

(30) CE, ass., 29 oct. 1954, Bondurand, n° 19752, Lebon p. 565.

(31) CE, ass., 24 nov. 1961, Ministre des travaux publics c. Letisserand, n° 48841, Lebon p. 661 ; AJDA 2014, p. 89, chron. D. Bottegghi, GAJA, 19^e éd., n° 77.

(32) CE 10 oct. 2012, Beaupère et Lemaître, req. n° 350426 : AJDA 2012, p. 2231, note C. Lantero ; RDSS 2013, p. 92, note D. Cristol ; JCP Adm. 2012, p. 2369, note V. Vioujas ; Dr. adm. 2012, n° 98, note M.L. Moquet-Anger ; RCA 2012/12, comm. no 351, note L. Bloch.

(33) Civ. 1^{re}, 3 juin 2010 : Bull. civ. I, no 128 ; D. 2010, p. 1453, note S. Porchy-Simon ; D. 2010, p. 1522, note P. Sargos ; ibid. 1801, note Bert ; RTD civ. 2010, p. 271, note P. Jourdain ; AJDA 2010, 2169, note C. Lantero ; Grands arrêts du droit de la santé, 1^{re} éd., Dalloz, 2010, n° 93.

Lagier, tant ce serait source de confusion pour le justiciable, et cela même si la jurisprudence *Lagier* n'est pas explicitement abandonnée.

Cet alignement est-il exclusif ? On ne saurait en revanche être aussi catégorique. Alignement ne veut pas dire fidélité, ni négation des particularismes. L'avenir dira si le Conseil d'État entend respecter scrupuleusement les définitions de chaque poste de préjudice et de chaque sous-poste, et s'il entend se ménager certaines spécificités, tout comme d'ailleurs la Cour de cassation n'a pas exclu de compléter ou d'adapter au besoin la nomenclature *Dintilhac*, dont certains défauts ont été mis en évidence (34).

Tout comme il n'existe pas de barème en droit pénal mais uniquement des peines planchers ou plafond, on ne saurait concevoir de barème gradué et contraignant en droit du préjudice corporel. Au demeurant, les avocats n'étaient en rien unanimes pour appeler de

leurs vœux une nomenclature unique, estimant pour certains qu'il s'agissait là uniquement d'une revendication des assureurs destinée à améliorer la prévisibilité de leurs dépenses d'indemnisation et à les diminuer (35). En somme, et ceux qui ont contribué à l'élaboration de la nomenclature en sont conscients (36), chaque ordre juridictionnel gardera ses spécificités de raisonnement, et surtout, chaque juge gardera une marge d'appréciation indispensable à sa mission, au cas par cas. Mais au moins, tous travailleront sur une même base. ■

(34) S. Porchy-Simon, Quelles améliorations pour la nomenclature *Dintilhac*, *Gaz. Pal.* 24 déc. 2011, n° 358, p. 19.

(35) F. Bibal, La modification des instruments de chiffrage des indemnités : réelle urgence ou panique des assureurs ?, *Gaz. Pal.* 24 déc. 2011, p. 44.

(36) Dans ce sens, le rapport de 2003 du groupe de travail présidé par le professeur Y. Lambert-Faivre, qui rejette d'emblée l'idée d'un barème d'indemnisation rigide et automatique, au nom des principes de l'individualisation de la réparation et de réparation intégrale (Y. Lambert-Faivre, Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel, 2003, *Doc. fr.*, p. 12).

LE MONOPOLE DE L'EFS NE S'ÉTEND PAS AU PLASMA DONT LA PRODUCTION INCLUT UN PROCÉDÉ INDUSTRIEL (1)

THE MONOPOLY OF THE FRENCH BLOOD AGENCY DOES NOT COVER PLASMA WHICH IS PRODUCED USING AN INDUSTRIAL METHOD

Par **Christian BYK***

RÉSUMÉ

Le Conseil d'État juge que le droit de l'Union Européenne implique que certaines formes de plasma soient qualifiées de médicaments et annule la décision du directeur de l'AFSSAPS inscrivant le plasma sur la liste des produits sanguins labiles sans prévoir d'exception. Il précise, dans cette configuration particulière où l'annulation vise à mettre fin à une contradiction entre droit national et droit de l'Union, les effets dans le temps de sa décision. CE, 23 juillet 2014, Société Octapharma France, n° 349717, A.

MOTS-CLÉS

Plasma, produits sanguins, EFS, monopole, méthode industrielle.

SUMMARY

The Council of State (the French supreme administrative court) considers that the European Union regulation implies that some types of plasma are classified as medic-

inal and quash the decision of the Director of AFSSAPS (the French FDA) putting the plasma on the list of blood products without making any exception. It states, in this particular configuration where the cancellation is to end a conflict between national law and EU law, the effects in time of its decision. CE, July 23, 2014, Company Octapharma France, No. 349717, A.

KEYWORDS

Plasma, blood products, EFS, monopoly, industrial method.

À la différence des produits stables, qui, au regard du droit européen (directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001), relèvent du régime juridique du médicament, les produits labiles, issus du sang d'un donneur et destinés à être transfusés à un patient, sont soumis à un régime juridique distinct et spécifique pour lequel le droit français donne à l'Établissement français du sang (EFS) un monopole de collecte et de production.

En l'espèce, une société pharmaceutique souhaitait obtenir en France une autorisation de mise sur le marché d'un plasma frais congelé déleucocyté viro-atténué par solvant-détergent (SD) déjà commercialisé dans d'autres pays européens. Ce plasma ayant été inscrit par le directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS,

* Magistrat, secrétaire général, Association internationale droit, éthique et science.

(1) Ce texte constitue la version complète du commentaire de la décision du Conseil d'État dont une version abrégée est parue en 2014 au Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologie.

devenue l'ANSM) sur la liste des produits sanguins labiles, sa demande avait été rejetée. C'est dans ces conditions qu'elle a saisi le Conseil d'État afin d'obtenir l'annulation de cette décision. À cette fin, elle soutenait principalement que les dispositions de l'article L. 1221-8 du code de la santé publique sont, en ce qu'elles soumettent tout type de plasma quel que soit son mode de préparation au régime des produits sanguins labiles sans distinguer ceux des plasmas dans la fabrication desquels intervient un processus industriel, incompatibles avec les objectifs de la directive du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, modifiée par la directive du 31 mars 2004, et que la décision attaquée, adoptée sur le fondement de ces dispositions, est, par suite, dépourvue de base légale en tant qu'elle qualifie ces mêmes substances de produits sanguins labiles. Elle ajoute que la décision attaquée est, en tout état de cause, elle-même incompatible avec les objectifs de la directive du 6 novembre 2001 en ce qu'elle classe le plasma frais congelé déleucocyté viro-inactivé par solvant-détergent parmi les produits sanguins labiles, sans prévoir d'exception dans l'hypothèse où un tel plasma aurait été préparé selon un processus industriel.

Statuer sur cet argumentaire impliquait nécessairement de se référer au droit européen mais aussi d'en assurer la primauté, ce qui en tout état de cause laissait peu de marge de manœuvre à la juridiction saisie (I). Toutefois, pour tirer les conséquences de cette analyse du droit sur la validité de la décision attaquée, le Conseil d'État allait retrouver une certaine liberté visant à ne pas désorganiser dans l'intérêt collectif le service public de la transfusion sanguine (II).

I. LE RAPPEL À L'ORDRE DU DROIT EUROPÉEN : LA LÉGALITÉ DE LA DÉCISION DU 20 OCTOBRE 2010

Tenant compte que le monopole de l'EFS est au cœur du dispositif français de la transfusion sanguine reconstruit après le scandale du sang contaminé et des éléments juridiques opposés par l'Agence, le Conseil d'État a jugé opportun, notamment dans le souci de donner à la question une réponse unique au niveau européen, de poser à cet effet une question préjudicielle à la Cour de justice. La teneur de sa réponse, bien que nuancée, donne néanmoins une solution claire à la question posée.

A. Le choix de poser à la Cour de justice une question préjudicielle

Pour répondre à la question de savoir si le Directeur général de l'AFSSAPS avait à bon droit inscrit le plasma litigieux sur la liste des produits sanguins labiles,

le Conseil d'État aurait pu se contenter de donner lecture complète du droit européen applicable. En effet, si la directive du 6 novembre 2001 prévoit bien que le régime du médicament ne s'applique en principe pas au sang et au plasma, une directive 2004/27/CE du 31 mars 2004 l'a modifiée pour prévoir une exception pour le "plasma dans la production duquel intervient un processus industriel" !

Toutefois, tout en relevant cet argument, le Conseil le met en balance avec les arguments opposés de l'Agence et, dans une première décision du 26 octobre 2012, juge préférable de poser à la Cour de justice de l'Union une question préjudicielle.

1) Les arguments en opposition

a) Dans le sens de la société Octopharma, le Conseil souligne « qu'en vertu des dispositions ... du 1^{er} de l'article L. 1221-8 du code de la santé publique, le plasma, quel que soit son mode de préparation, constitue en droit interne un "produit sanguin labile" ; qu'il résulte de ces dispositions, rapprochées de celles du 3^o du même article selon lesquelles peuvent être préparées à partir du sang ou de ses composants "Des produits stables préparés industriellement, qui constituent des médicaments dérivés du sang et qui sont régis par les dispositions du livre I^{er} de la partie V", ainsi que de l'ensemble des autres dispositions du code de la santé publique régissant les produits sanguins labiles et les médicaments, que la qualification de produit sanguin labile est exclusive de la qualification de médicament ; que la qualification de produit sanguin labile emporte en effet l'application d'un régime spécifique prévu aux articles L. 1220-1 et suivants du même code, distinct de celui auquel sont soumis les médicaments en vertu des dispositions du livre I^{er} de la partie V du même code en termes de collecte, de préparation, de conservation, de distribution et de délivrance, ainsi que de traçabilité et de signalement des effets indésirables dans le cadre du dispositif d'hémovigilance ; qu'à ce titre notamment l'article L. 1222-1 de ce code investit l'Établissement français du sang du monopole dans l'organisation sur le territoire national des activités de collecte du sang, de qualification biologique du don, de préparation et de distribution des produits sanguins labiles ; que les dispositions propres aux produits sanguins labiles excluent ainsi la délivrance d'une autorisation de mise sur le marché et subordonnent l'importation de tels produits, y compris par l'Établissement français du sang, à l'autorisation préalable de l'ANSM ». La Haute juridiction en déduit que « les dispositions de l'article L. 1221-8 du code de la santé publique ainsi que, dans cette même mesure, la décision du directeur général de l'Agence, apparaissent, en ce qu'elles soumettent tout plasma au régime des produits sanguins labiles et excluent ainsi nécessairement l'application du régime du médica-

ment, sans distinguer ceux de ces plasmas dans la préparation desquels intervient un processus industriel, incompatibles avec les objectifs de la directive du 6 novembre 2001 prise isolément ». Mais, le Conseil ne néglige pas la prise en compte des arguments contraires.

b) Dans sa décision d'octobre 2012, le Conseil rappelle en effet que « l'ANSM soutient en défense que la mise en œuvre des objectifs de la directive du 27 janvier 2003 établissant des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain et des composants sanguins est mieux garantie en droit interne par le classement de l'ensemble des produits à finalité transfusionnelle, quel que soit leur mode de fabrication, dans la catégorie des produits sanguins labiles ». D'une part, « aux termes du 1. de l'article 2 de la directive du 27 janvier 2003 : "la présente directive s'appliqu(ant) à la collecte et au contrôle du sang humain et des composants sanguins, quelle que soit leur destination, et à leur transformation, à leur stockage et à leur distribution, lorsqu'ils sont destinés à la transfusion", il en résulterait que le plasma à finalité transfusionnelle entre, y compris lorsque son mode de préparation fait intervenir un processus industriel, dans les prévisions de cette directive s'agissant de sa collecte, de son contrôle, de sa transformation, de son stockage et de sa distribution ». D'autre part, en vertu du 3. de son article 4, la directive du 27 janvier 2003 "n'empêch(ant) pas un État membre de maintenir ou d'introduire sur son territoire des mesures de protection plus strictes, dans le respect des dispositions du traité, un État membre peut notamment introduire des exigences s'appliquant aux dons volontaires et non rémunérés, comprenant l'interdiction ou la restriction des importations de sang et de composants sanguins, en vue d'assurer un haut niveau de protection sanitaire et d'atteindre l'objectif fixé à l'article 20, paragraphe 1, pour autant que les conditions prévues par le traité sont respectées" ; que de telles mesures sont, dès lors, susceptibles d'être édictées pour les plasmas à finalité transfusionnelle couverts par cette directive, en vue de garantir notamment des normes de qualité et de sécurité de leur distribution plus strictes que pour des médicaments ».

Constatant que « le 2. de l'article 2 de la directive du 6 novembre 2001, dans sa rédaction issue de la directive du 31 mars 2004, confère au statut de médicament la primauté en cas de doute sur la qualification d'un produit, dans les termes suivants : "En cas de doute, lorsqu'un produit, eu égard à l'ensemble de ses caractéristiques, est susceptible de répondre à la fois à la définition d'un "médicament" et à la définition d'un produit régi par une autre législation communautaire, les dispositions de la présente directive s'appliquent", le Conseil d'État aurait-il pu trancher la question sans soulever de critique d'ordre juridique ?

En tout cas, pour éviter des critiques d'un autre ordre (?), il a préféré adosser sa décision sur l'avis sollicité de la Cour de justice.

2) La question préjudicielle

a) Au vu des arguments ci-dessus exposés, le Conseil d'État considère donc que la solution du litige dépend des deux questions suivantes :

- « En premier lieu, de la question de savoir si le plasma issu de sang total à finalité transfusionnelle dans la production duquel intervient un processus industriel est susceptible de se voir simultanément appliquer les dispositions de la directive du 6 novembre 2001 et de celle du 27 janvier 2003, en ce qui concerne non seulement sa collecte et son contrôle, mais également sa transformation, sa conservation et sa distribution, et notamment si la règle posée au 2. de l'article 2 de la directive du 6 novembre 2001 peut être interprétée comme conduisant à n'appliquer que la seule réglementation communautaire du médicament à un produit entrant simultanément dans le champ d'une autre réglementation communautaire que dans le cas où cette dernière est moins rigoureuse que celle du médicament ».
- En second lieu, « en cas de réponse affirmative à cette première question, est déterminante pour l'issue du litige la réponse à la question de savoir si les dispositions du 2. de l'article 4 de la directive du 27 janvier 2003 doivent être interprétées, le cas échéant à la lumière de l'article 168 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, comme permettant le maintien ou l'introduction de dispositions nationales qui, parce qu'elles soumettraient le plasma dans la production duquel intervient un processus industriel à un régime plus strict que celui auxquels sont soumis les médicaments, justifieraient que soit écartée l'application de tout ou partie des dispositions de la directive du 6 novembre 2001, en particulier celles qui subordonnent la commercialisation des médicaments à la seule condition d'obtention préalable d'une autorisation de mise sur le marché et, dans l'affirmative, sous quelles conditions et dans quelle mesure ».

Il y avait donc aux yeux du Conseil difficulté sérieuse justifiant de saisir la Cour de justice suivant la procédure de la question préjudicielle (art. 267 du traité de Rome).

B. La solution donnée au contentieux de l'annulation

1) La décision de la CJUE C512/12 du 13 mars 2014

a) La Cour de justice répond ainsi aux questions posées :

1° La directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un

code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, telle que modifiée par la directive 2004/27/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, et la directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 janvier 2003, établissant des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain, et des composants sanguins, et modifiant la directive 2001/83, doivent être interprétées en ce sens que le plasma issu de sang total à finalité transfusionnelle dans la production duquel intervient un processus industriel entre, conformément à l'article 109 de la directive 2001/83, dans le champ d'application de la directive 2002/98 en ce qui concerne sa collecte et son contrôle et dans celui de la directive 2001/83, telle que modifiée par la directive 2004/27, en ce qui concerne sa transformation, sa conservation et sa distribution, à condition qu'il réponde à la définition de médicament conformément à l'article 1^{er}, point 2, de ladite directive.

2° L'article 4, paragraphe 2, de la directive 2002/98, lu à la lumière de l'article 168 TFUE, doit être interprété en ce sens qu'il permet le maintien ou l'introduction de dispositions nationales soumettant le plasma dans la production duquel intervient un processus industriel à un régime plus rigoureux que celui auquel sont soumis les médicaments uniquement en ce qui concerne sa collecte et son contrôle.

b) Par cette décision, la Cour reconnaît, comme le note l'avocat général, être « en présence d'une concurrence entre deux régimes juridiques, à savoir celui applicable aux médicaments en vertu de la directive 2001/83, telle que modifiée par la directive 2004/27, d'une part, et celui applicable au sang humain et aux composants sanguins en vertu de la directive 2002/98, d'autre part ». Elle va en tirer, sur le fondement d'une lecture littérale de textes clairs, des conclusions différentes quant au droit applicable en estimant que le plasma transfusionnel préparé industriellement doit être considéré comme un produit sanguin labile pour sa collecte et son contrôle (qui relève de la directive du 27 janvier 2003) mais comme un médicament dérivé du sang pour sa transformation, sa conservation et sa distribution (qui entre donc dans le champ de la directive du 6 novembre 2001). Tout en permettant le jeu de la concurrence, elle rappelle ainsi la possibilité, en matière de collecte et de contrôle, d'introduire des dispositions nationales soumettant le plasma préparé industriellement à un régime plus rigoureux que celui des médicaments. Il restait au Conseil d'État à vérifier si, comme la Cour l'avait mentionné tout en lui soufflant le critère à suivre (« Tel sera le cas, en particulier, si le plasma en cause peut être administré en vue de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques en

exerçant une action pharmacologique, immunologie ou métabolique »), le plasma SD pouvait être qualifié de médicament au sens de la directive de 2001.

2) L'arrêt du Conseil d'État du 23 juillet 2014

a) Relevant que « le fait de savoir si le plasma SD en général et le produit Octaplas en particulier sont effectivement des médicaments relève de la compétence de la juridiction de renvoi » et que « celle-ci doit se prononcer sur cette question en prenant dûment en compte, entre autres, les articles 1^{er} et 2, paragraphe 1, de la directive 2001/83, telle que modifiée par la directive 2004/27 (et) la jurisprudence de la Cour relative à la signification de la notion de « médicaments à usage humain », les conclusions de l'avocat général devant la CJUE ont ainsi éclairé le juge national. Celui-ci a pu, en effet, en déduire « qu'en vertu de la définition donnée par l'article 1^{er}, point 2, de la directive 2001/83/CE, telle que modifiée par la directive 2004/27/CE, transposée à l'article L. 5111-1 du code de la santé publique, doit être regardée comme médicament, notamment, « toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou pouvant lui être administrée en vue soit de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique, soit d'établir un diagnostic médical » ; que le plasma frais congelé déleucocyté viro-atténué par solvant-détergent est destiné à être administré à l'homme en vue de restaurer des fonctions physiologiques en exerçant, en particulier, une action pharmacologique ; que, par suite, il constitue un médicament au sens de ces dispositions ».

b) Il en a conclu en toute logique que « l'article L. 1221-8 du code de la santé publique ne saurait être interprété, sans méconnaître les objectifs de la directive 2001/83/CE relative aux médicaments, que comme n'incluant pas dans les produits sanguins labiles dont il détermine le régime le plasma dans la production duquel intervient un processus industriel ; que, par suite, le directeur de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé ne pouvait légalement, par la décision attaquée, faire figurer parmi les produits sanguins labiles le plasma frais congelé déleucocyté viro-atténué par solvant-détergent dans la production duquel intervient un processus industriel ; qu'ainsi, la société Octapharma France est fondée à demander l'annulation, dans cette mesure, de la décision du 20 octobre 2011, ainsi que, par voie de conséquence, de la décision du directeur de l'agence rejetant son recours gracieux ».

Si le Conseil d'État a trouvé aisément à s'appuyer sur l'avis de la CJUE pour rendre sa décision d'annulation, il n'a pu, s'agissant de tirer les conséquences de celle-ci sur la production du plasma en cause, que se fonder essentiellement sur sa propre jurisprudence

pour bâtir un système transitoire viable, incombant in fine au législateur de tirer pleinement les conséquences de la décision d'annulation.

II. LES CONSÉQUENCES DE L'ANNULATION SUR L'ORGANISATION DE LA PRODUCTION ET LA COMMERCIALISATION DU PLASMA SD EN FRANCE

La qualification du plasma SD comme médicament implique nécessairement l'application d'un nouveau statut juridique ce qu'en premier lieu rappelle l'arrêt. Mais, pour éviter une situation de rupture d'approvisionnement de ce plasma thérapeutique, l'arrêt autorise l'EFS à en continuer la production jusqu'au 31 janvier 2015.

A. Le nouveau régime applicable au plasma SD

1) Dispositions législatives applicables

Elles se déduisent à la fois du statut de médicament du plasma SD pour sa transformation, sa conservation et sa distribution et du fait que le plasma étant un produit dérivé du sang, il relève pour la collecte et son contrôle des dispositions spécifiques applicables au sang et à ses produits.

- Sur le premier point, comme le rappelle l'arrêt, « les sociétés qui voudront commercialiser en France un plasma SD dans la production duquel intervient un processus industriel seront soumises à la procédure d'obtention préalable d'une autorisation de mise sur le marché ».
- Pour le second point, elles « devront respecter, en vertu des dispositions de l'article L. 5121-11 du code de la santé publique applicable aux médicaments dérivés du sang, dont fait partie le plasma SD, les conditions définies aux articles L. 1221-3 à L. 1221-7 du même code tenant notamment au caractère volontaire, anonyme et gratuit des dons de sang, à la majorité du donneur et au dépistage des maladies transmissibles ».

Enfin, « le plasma SD, en tant que médicament dérivé du sang, sera soumis au dispositif de pharmacovigilance applicable à ces médicaments »

2) Implication quant à l'organisation du système de la transfusion sanguine

Le Conseil souligne « qu'il appartiendra aux établissements de santé d'adapter leur organisation à la coexistence de circuits de délivrance différents selon que les plasmas thérapeutiques ont la qualité de produits sanguins labiles ou de médicaments, en vue de garantir

en toutes circonstances la santé des patients qu'ils prennent en charge ».

Il en conclut qu'aucun « des motifs invoqués par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé et par le ministre des affaires sociales et de la santé n'est de nature à établir l'existence d'un risque pour la santé publique et à justifier, alors qu'est en cause l'application du droit de l'Union européenne, que les effets de la présente décision soient différés à l'égard de la société Octapharma France ou de toute autre société qui voudrait commercialiser en France un plasma SD dans la production duquel intervient un processus industriel. Pour autant, il ne rejette pas la nécessité d'une période transitoire.

B. La nécessité d'une période transitoire

Évoquant la demande du gouvernement français de voir la Cour exercer son pouvoir d'appréciation afin de suspendre les effets dans le temps de son arrêt, l'avocat général, qui sera suivi par la Cour (qui ne statue pas explicitement sur ce point), rappelait que « ce n'est qu'à titre exceptionnel que la Cour peut, par application d'un principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique de l'Union, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer une disposition qu'elle a interprétée en vue de mettre en cause des relations juridiques établies de bonne foi » et qu'en l'espèce, « les considérations de sécurité juridique reconnues par la jurisprudence de la Cour ne justifient pas la suspension ». Plus précisément, il mettait en avant le fait qu'« une simple suspension des effets dans le temps conduirait, en l'espèce, à une situation dans laquelle Octapharma serait privée illégalement de la possibilité de demander une autorisation de mise sur le marché pour l'Octaplas en tant que médicament ». Toutefois, déclarant « manquer d'informations concrètes » sur les conséquences d'une mesure de suspension, il laissait au Conseil d'État le soin de franchir le pas en accordant un délai aux autorités françaises pour tirer les conséquences de sa décision. S'inscrivant dans une volonté de respect du droit européen, le Conseil ne choisit pas de différer l'application de sa décision à la société Octapharma mais plutôt d'autoriser temporairement l'EFS à continuer son activité.

La solution choisie par le conseil repose sur deux constats.

1) Les constats

- L'un est d'ordre juridique : « compte tenu de son statut, fixé par voie législative, l'Établissement français du sang ne peut légalement, à la date de la présente décision, produire des médicaments » tandis que « la société Octapharma... aura l'obligation

- de commercialiser en France du plasma SD répondant aux conditions éthiques fixées par les articles L. 1221-3 à L. 1221-7 du code de la santé publique ».
- L'autre est factuel : « le plasma SD représentant actuellement environ le tiers des plasmas thérapeutiques délivrés en France... ; au regard des contraintes pesant sur la fabrication des autres types de plasmas thérapeutiques, (de) la destruction des stocks et (de) l'impossibilité de fabrication du plasma SD par (l'EFS) pendant plusieurs mois,... la société Octapharma ne sera pas en mesure de compenser à très bref délai cette diminution du plasma thérapeutique disponible.

2) Le choix du Conseil : instaurer une période transitoire au profit de l'EFS

- De ce double constat, le Conseil déduit l'existence de « risques importants pour la continuité de l'approvisionnement des patients sur le territoire national » aggravés par la perte durable de la confiance des donneurs, suite à « la destruction des stocks de plasma SD, au seul motif qu'ils n'ont pas été fabriqués et ne peuvent être distribués sous le régime juridique des médicaments ». Pour la Haute juridiction, cela « serait de nature à ébranler durablement la confiance des donneurs et à déstabiliser profondément le système national de collecte du sang, reposant sur la gratuité du don ».
- C'est pourquoi tant « l'objectif du droit de l'Union européenne de maintenir un niveau élevé de protection de la santé humaine ; qu'... eu égard à l'intérêt général qui s'attache de manière impérieuse à prévenir

toute situation de rupture d'approvisionnement en plasma thérapeutique », il y lieu, à titre exceptionnel, d'autoriser l'EFS à poursuivre temporairement la fabrication et de la distribution du plasma SD sous le régime des produits sanguins labiles.

- Quant aux modalités de cette poursuite d'activités, elles concernent « le délai strictement nécessaire à l'adoption des textes permettant la poursuite de cette fabrication et de cette distribution sous le régime des médicaments ». Sur le plan pratique et « en dépit de la nécessité d'adopter des dispositions législatives, ce délai doit être évalué, compte tenu de l'intérêt qui s'attache à l'adoption de ces mesures en urgence pour assurer la mise en conformité complète du droit français avec le droit de l'Union européenne et de la date à laquelle la Cour de justice de l'Union européenne a rendu son arrêt, comme courant jusqu'au 31 janvier 2015 ».

Par cette décision d'une parfaite logique juridique et d'un subtil arrangement procédural, le Conseil d'État semble réaliser l'équilibre recherché : assurer la primauté du droit européen dans un dialogue entre juges, où le juge européen comme le juge national conserve sa propre compétence et marge d'appréciation, et ménager, au nom de l'intérêt général et des objectifs même du droit européen, le système français de la transfusion sanguine dans ses grands équilibres. Il reste au législateur, en ne faisant pas mentir le juge sur la nécessité proclamée de mesures urgentes, à prendre dans le délai imposé les dispositions législatives indispensables à la mise en œuvre de l'arrêt. ■

SOINS AUX HANDICAPÉS

HEALTHCARE TO HANDICAPPED PERSONS

Une organisation non gouvernementale autorisée à porter une affaire devant la Cour au nom d'un jeune homme rom décédé dans un hôpital psychiatrique.

Dans son arrêt de Grande Chambre, définitif (1), rendu le 17 juillet 2014 dans l'affaire *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* (requête n° 47848/08).

Par Jean-Paul MARKUS*

RÉSUMÉ

Par l'arrêt *Campeanu* de la Cour européenne des droits de l'homme du 17 juillet 2014, c'est tout le système roumain de prise en charge des handicapés mentaux qui était jugé. Le délabrement matériel et institutionnel de ce système conduit au délaissement des patients, au mépris de leur droit aux soins, et même de leur droit à la vie. Le Cour admet la recevabilité d'une ONG au nom d'un patient décédé.

MOTS-CLÉS

Droits des internés pour handicap mental, droit aux soins, droit à la vie (atteinte), recevabilité d'une ONG (oui).

SUMMARY

Trough a decision Campeanu of the European Court of human rights on July 17, 2014, the entire Romanian structure of care for mentally disabled people was involved. The falling down equipment and the collapsed organization led to neglect patients, in violation of their right to health care, and even their right to life. The Court recognized the admissibility of an NGO on behalf of the deceased patient.

* Professeur de droit public
Université de Versailles Saint-Quentin
Dir. du Master 2 Droit privé et public de la santé
jpmarkus@gmail.com

KEYWORDS

Rights of interned people for mental disability, right to medical care, right to life (infringement), admissibility of an NGO (Yes).

Peu après la chute du dictateur roumain Ceausescu, en 1989, les médias occidentaux investissaient la Roumanie, un pays jusque-là relativement fermé, et s'appesantissaient sur l'arriération technique et de délabrement administratif de ce pays, que les réformes successives des systèmes de gouvernance peinent aujourd'hui encore à palier (1). Il en est résulté de nombreux reportages, notamment relatifs au système de santé, montrant une réalité parfois insoutenable, dans les établissements de santé et les établissements d'accueil pour personnes âgées, ou encore, comme c'est le cas dans l'affaire *Centre de ressources juridiques au nom de Câmpeanu c. Roumanie* jugée en Grande Chambre le 17 juillet 2014 (2), dans les orphelinats et les établissements d'accueils pour personnes souffrant de handicaps mentaux. C'est cette réalité qui est aujourd'hui portée devant la justice européenne.

Le jeune Valentin Câmpeanu, d'origine rom, naît en septembre 1985 de père inconnu, et il est aussitôt abandonné. Placé dans un orphelinat, on y découvre cinq ans plus tard qu'il est séropositif. Ce n'est qu'en 1992 qu'une déficience intellectuelle grave est décelée

(1) D. Dacian et N. Bogdana, *La réforme de l'administration publique locale en Roumanie : Tendances et obstacles*, Revue Internationale des Sciences Administratives 4/ 2007 (Vol. 73), p. 699.

(2) Req. n° 47848/08.

(à sept ans donc !), alors que l'intéressé développait déjà des infections liées à sa séropositivité. Il est alors transféré de l'orphelinat à un centre de placement pour enfants handicapés. En 2003, à sa majorité, l'administration doit trouver un autre établissement d'accueil, pour adultes handicapés. Après de nombreux refus de directeurs d'établissements liés à la séropositivité de Câmpeanu, ce dernier finit par être placé en 2004 dans un centre médicosocial, où il est reçu, selon le procès-verbal d'admission, dans un stade avancé de « déchéance psychiatrique et physique », vêtu d'un survêtement en loques, ne portant ni sous-vêtements ni chaussures, et sans médicaments antirétroviraux ni informations sur son état de santé. Il est diagnostiqué en « *déficience intellectuelle grave* », infecté par le VIH et en état de malnutrition, incapable de « *s'orienter dans le temps et dans l'espace, ou de manger seul ou de prendre soin lui-même de son hygiène personnelle* ». Aucun soin ni traitement n'est administré.

Peu après son admission dans ce centre, Câmpeanu devint violent, agressa d'autres patients, brisa une fenêtre et déchira un ses vêtements. Conduit dans un établissement psychiatrique après avoir été médicalement calmé, il retourna au centre médico-social après qu'il eut été déclaré, par les médecins mêmes, « *pas coopératif* », « *différent, en ce sens que l'on ne pouvait pas communiquer avec lui et qu'il présentait des déficiences mentales* ». L'état du jeune homme empirant, le centre médico-social, non équipé pour le garder, tenta de le placer dans des établissements spécialisés, qui refusèrent tous. De nouveau transféré en établissement psychiatrique, il fit l'objet d'une visite du Centre de ressources juridiques, une ONG, qui décrit un jeune homme « *seul dans une chambre isolée, non chauffée et fermée à clé, dont l'équipement se limitait à un lit dépourvu de draps et de couvertures ; il n'était vêtu que d'un haut de pyjama ; bien qu'il ne fût pas en mesure de se nourrir ou d'aller aux toilettes sans aide, le personnel du HPM refusait de l'assister, par peur semble-t-il de contracter le VIH, de sorte que l'intéressé n'était alimenté que par perfusion de glucose* ». On était bien dans la réalité décrite par les médias des années 1990.

Câmpeanu décéda un soir dans l'établissement, et malgré la réglementation roumaine, aucune autopsie ne fut effectuée.

Faute de famille ou de proches, c'est le Centre de ressources juridiques qui va porter l'affaire devant les tribunaux pénaux roumains d'abord, sans résultat, puis devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Ce n'est certes pas la première fois que la Roumanie subit les foudres de la Cour en raison du sort qu'elle réserve aux personnes handicapées (3). La nouveauté

ici est que le CRJ sera déclaré recevable (I). Sur le fond, la Cour saisit l'occasion pour rappeler les devoirs de tout État à l'égard de ses citoyens déficients mentaux (II).

I. RECONNAISSANCE DE LA RECEVABILITÉ D'UNE ONG SANS MANDAT

Les organisations non gouvernementales, grâce à des financements provenant de la diaspora roumaine (4) et d'autres bailleurs de fonds internationaux, sont très impliquées dans le mouvement de démocratisation et de respect des droits fondamentaux en Roumanie (5). ONG œuvrant dans le domaine des droits fondamentaux, le « Centrul de Resurse Juridice » (CJR) avait suivi le jeune Câmpeanu dans son parcours médico-social. Il avait méticuleusement relevé les défaillances administratives et judiciaires, avant de porter l'affaire devant la Cour européenne, au nom de Câmpeanu.

Câmpeanu étant décédé sans laisser de mandat à l'ONG, se posait la question de la recevabilité de cette organisation devant la Cour, d'autant qu'elle intenta son recours bien après le décès de l'intéressé. Les juges européens firent preuve à la fois d'audace sur le plan procédural, et de pragmatisme sur le fond.

La Cour se dit en effet « *convaincue qu'en égard aux circonstances exceptionnelles de l'espèce et à la gravité des allégations formulées, le CRJ doit se voir reconnaître la faculté d'agir en qualité de représentant de M. Câmpeanu, même s'il n'a pas reçu procuration pour agir au nom du jeune homme et si celui-ci est décédé avant l'introduction de la requête fondée sur la Convention* » (§ 113).

Pourtant, la jurisprudence en matière de recevabilité était claire : le requérant doit pouvoir démontrer qu'il a « *subi directement les effets* » d'une mesure litigieuse (6), sans quoi il est irrecevable (7). De fait, la Convention protège des particuliers lésés dans leurs droits fondamentaux, et les plaintes soumises par des ONG, des associations, des partis politiques ou des sociétés en leur nom propre, sont généralement déclarées irrecevables (8).

(3) CEDH 14 déc. 2006, *Filip c. Roumanie*, req. n° 41124/02 ; CEDH 20 avril 2010, *C.B. c. Roumanie*, req. n° 21207/03 ; CEDH 13 mars 2012, *Parascineti c. Roumanie*, req. n° 32060/05 ; CEDH 19 févr. 2013, *B. c. Roumanie* (no 2), req. n° 1285/03.

(4) A. Heemeryck, *Gouvernance démocratique, État et ONG en Roumanie*, Rev. *L'Homme et la société*, 2006/1 (n° 159), p. 175, spéc. p. 177.

(5) Ibid., p. 183.

(6) CEDH (Gr. ch.) 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, req. n° 13378/05, § 33.

(7) CEDH 2 févr. 2010, *Aizpurua Ortiz et autres c. Espagne*, req. n° 42430/05, § 30.

(8) Comité des droits de l'Homme, Communication n° 163/84, 9 juin 1984, *Disabled and handicapped persons in Italy v. Italy*.

De même, lorsque le requérant décède *après* l'introduction d'une requête, la Cour admet qu'un proche ou un héritier poursuive la procédure dès lors qu'il a un intérêt suffisant (9). Ce n'était évidemment pas le cas du CRJ, même s'il avait assisté *Câmpeanu* jusqu'à ses derniers jours. Lorsque la victime décède *avant* l'introduction de la requête devant la Cour, celle-ci peut reconnaître la qualité pour agir d'un proche qui serait affecté personnellement (10), ce qui n'était pas non plus le cas du CRJ. Un proche peut encore être recevable lorsque, ajoute la Cour, l'affaire soulève une « *question d'intérêt général touchant au « respect des droits de l'homme »* » (11). Ainsi la Cour avait-elle déjà jugé que certaines intérêts, moraux, pouvaient dépasser les intérêts de la seule personne visée par une mesure (12). Il s'agissait en effet « *non seulement (de) trancher les cas (...), mais plus largement (de) clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et (de) contribuer (...) au respect, par les États, (de leurs) engagements* » (13).

C'est ce raisonnement qui a prévalu en l'espèce (§ 103) : la Cour s'empare clairement du cas *Câmpeanu* pour en faire un exemple, quitte à tordre un peu plus des règles de recevabilité déjà bien souples. Cette interventionnisme de la Cour européenne visait à palier les carences du droit et des institutions roumaines, largement stigmatisées en l'espèce (14). Et la Cour de marteler : « *conclure autrement reviendrait à empêcher que ces graves allégations de violation de la Convention puissent être examinées au niveau international, avec le risque que l'État défendeur échappe à sa responsabilité découlant de la Convention par l'effet même de la non-désignation par lui, au mépris des obligations qui lui incombaient en vertu du droit interne, d'un représentant légal chargé d'agir au nom du jeune homme* » (§ 112).

Forts de cette jurisprudence guidée par un objectif d'efficacité, les défenseurs des droits des personnes handicapées pourront désormais tenter de faire évoluer, par la voie judiciaire interne, à la fois le droit et certains comportements institutionnels roumains.

(9) CEDH 8 nov. 2007, *Stojkovic c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*, req. n° 14818/02, § 25.

(10) 15 févr. 2009, Gr. Ch., *Micallef c. Malte*, req. n° 17056/06, §§ 44-51.

(11) Conv. EDH, art. 37 § 1 *in fine*.

(12) CEDH 24 juill. 2003, *Karner c. Autriche*, req. n° 40016/98, § 2

(13) CEDH, 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, série A no 25, p. 62, § 154.

(14) Avis du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe : « *l'accès des personnes handicapées à la justice est fort problématique en Roumanie* » (§ 92).

II. LA RECONNAISSANCE DE DROITS EN FAVEUR DES HANDICAPÉS MENTAUX INTERNÉS

La Cour procède en l'espèce à une synthèse de la jurisprudence existante en matière de protection des personnes handicapées internées, tout en apportant certaines précisions. S'il fallait résumer ces droits, tels qu'ils découlent de la jurisprudence de la Cour dont le présent arrêt, ce serait suivant une macabre chronologie.

Durant l'internement, et hors cas de péril, l'intéressé a droit aux soins que requiert son état. Il est au demeurant assez tautologique d'affirmer qu'une personne a droit aux soins alors qu'il est précisément interné dans ce but. La Cour doit pourtant rappeler que lorsque les autorités décident de placer et de maintenir en détention une personne handicapée, elles doivent veiller avec une rigueur particulière à ce que les conditions de sa détention répondent aux besoins spécifiques découlant de son handicap (15). Cela signifie qu'un traitement inadapté ou même une absence de traitement à l'égard d'une personne vulnérable internée revient à un traitement inhumain au sens de l'article 3 Conv. EDH (16).

La Cour ne fait ici que transposer sa jurisprudence en matière de soins aux prisonniers, qui du fait de leur enfermement sont dépendants de l'administration, ce qui crée une obligation positive à l'encontre de l'État, de procurer des soins adéquats (17). Et c'est de cette façon que le Conseil d'État reçoit cette obligation en droit interne : « *en raison de la situation d'entière dépendance des personnes détenues vis-à-vis de l'administration pénitentiaire, l'appréciation du caractère attentatoire à la dignité des conditions de détention dépend notamment de leur vulnérabilité, appréciée compte tenu de leur âge, de leur état de santé, de leur handicap et de leur personnalité, ainsi que de la nature et de la durée des manquements constatés et des motifs susceptibles de justifier ces manquements eu égard aux exigences qu'impliquent le maintien de la sécurité et du bon ordre dans les établissements pénitentiaires* » (18).

Le raisonnement ne peut qu'être le même s'agissant de personnes internées en raison de troubles mentaux. Or les placements successifs subis par *Câmpeanu* n'ont jamais été guidés par le souci d'apporter des

(15) § 131 de l'arrêt, reprenant CEDH 21 déc. 2010, *Jasinskis c. Lettonie*, req. 45744/08, § 59.

(16) CEDH 10 mai 2001 (Gr. Ch.), *Z et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 29392/95, § 73.

(17) CEDH 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne*, req. n° 30210/96, § 94; AJDA 2000. 1006, chron. Flauss; RFDA 2001. 1250, chron. Labayle et Sudre; ibid. 2003. 85, étude Andriantsimbazovina; RSC 2001. 881, obs. Tulkens; RTD civ. 2001. 442, obs. Marguénaud.

(18) CE 6 déc. 2013, M. A. B., req. n° 363290; AJ Pénal n° 3, p. 143, note Péchillon; AJDA 2014. 237, concl. Hedary.

soins adéquats, c'est-à-dire de trouver l'établissement le plus adapté, mais par des seules considérations liées à la disponibilité des lits (§. 136). Et même une fois placé, le jeune homme ne bénéficiait d'aucun soin en dehors de calmants et de vitamines. Il était laissé en état d'abandon, d'autant que certains personnels médicaux refusaient de s'en occuper par peur d'une contamination au VIH. Même si rien ne prouve l'intention d'humilier ou de rabaisser l'intéressé, il y a objectivement un traitement dégradant (19).

La dignité s'entend aussi du droit au consentement, qui en l'espèce n'a pas été respectée : le jeune homme a été placé en établissement psychiatrique sans son consentement alors même que les faits prouvent qu'il était en état de consentir.

Ajoutons que toute personne privée de sa liberté a le droit d'exercer un recours devant un tribunal statuant à bref délai (Conv. EDH, art. 5), ce qui n'a pas été le cas en l'espèce, en l'absence de recours prévus par les textes.

Durant l'internement, en cas de péril, l'intéressé doit pouvoir faire jouer le droit à la vie qu'il tient de l'article 2 Conv. EDH. La Cour rappelle l'obligation positive des États, consistant à mettre en place un cadre réglementaire imposant aux établissements de santé, qu'ils soient publics ou privés, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades (20), en particulier lorsque ces malades n'ont pas la capacité de prendre soin d'eux-mêmes (21). Au passage la Cour rappelle le taux de mortalité effrayant dans les établissements d'accueil pour handicapés mentaux à l'époque des faits, par manque de soins, mais aussi par manque d'équipements de base tels que le chauffage des chambres, à l'origine à lui seul de nombreux décès (§. 141) ; il était effectivement indispensable que la Cour admît la recevabilité du CRJ.

Le dénuement dans lequel se trouvait le système de santé roumain à l'époque des faits s'expliquait probablement par le dénuement dans lequel le pays même se trouvait. Un pays dont, rappelons-le, les meilleurs personnels médicaux sont happés par les pays plus développés comme la France, au détriment du développement sanitaire (22). Mais la Cour a déjà affirmé,

déjà à propos de foyers pour personnes atteintes de troubles mentaux, que l'absence de ressources financières invoquée par le Gouvernement ne constitue pas un argument pertinent pour justifier le maintien du requérant dans des conditions de vie inhumaines (23). Ce droit à la vie est aussi garanti par le droit au recours de l'interné, lequel se traduit par une « *voie de droit permettant à bref délai, dans les cas de blessure grave ou de décès, d'établir les faits, de contraindre les responsables à rendre des comptes et de fournir aux victimes une réparation adéquate* » (24). La France avait également été condamnée sur ce fondement, précisément à propos de sa législation en matière de recours contre les décisions d'internement d'office des personnes présentant des troubles mentaux : par sa complexité et ses délais de mise en œuvre, cette législation, modifiée depuis (25), ne permettait pas l'obtention d'une décision de justice à bref délai, ni un contrôle plénier efficace (26).

Enfin, en cas de décès durant l'internement, les juridictions nationales ne sauraient laisser impunies une éventuelle atteinte à la vie, et cela pour maintenir et entretenir la « *confiance du public* » (§ 133). Les États doivent donc mettre en place un système judiciaire efficace, qui soit apte à déterminer les causes du décès. Mais ce droit au recours n'a d'autre vocation que d'obliger les États, en amont, à fournir des explications satisfaisantes et convaincantes lorsqu'un individu est placé en détention alors qu'il se trouve en bonne santé physique, et qu'il meurt par la suite (27). Il en va de la dignité après la mort, mais aussi de celle des proches le cas échéant. Cela suppose, en amont encore, une organisation rigoureuse des soins, étayée de rapports médicaux à chaque étape des soins. Les institutions roumaines ont également failli sur ce point.

C'est donc sous la surveillance de la Cour que s'exercera désormais la justice en matière de soins aux handicapés mentaux internés : elle vérifiera que les juridictions nationales procèdent à l'examen scrupuleux que commande l'article 2 Conv. EDH. ■

(19) CEDH 10 juill. 2001, *Price v. the United Kingdom*, req. n° 33394/96, § 30, à propos de détenus gravement handicapés.

(20) CEDH Gr. Ch., 17 janv. 2002, *Calvelli et Ciglio c. Italie*, req. n° 32967/96, § 49.

(21) CEDH 17 janv. 2008, *Dodov c. Bulgarie*, req. n° 59548/00, § 81.

(22) R. Séchet, D. Vasilcu, *Les migrations de médecins roumains vers la France, entre démographie médicale et quête de meilleures conditions d'exercice*, Rev. Norois 2/ 2012 (n° 223), p. 63.

(23) CEDH GC 17 janv. 2013, *Stanev. Bulgarie*, req. n° 36760/06, §. 210.

(24) § 132, et *Dodov*, précité, § 83.

(25) L. n° 2011-803 du 5 juill. 2011.

(26) CEDH, 14 avr. 2011, *Patoux c/ France*, req. n° 35079/06. - CEDH 16 janv. 2007, *Menvielle c/ France*, req. n° 97/03.

(27) CEDH 13 juillet 2010, *Carabulea c. Roumanie*, req. n° 45661/99, § 108.

SHOULD FAMILY PHYSICIANS COUNCIL PATIENTS ON GENETIC TESTING AND SCREENING?

LES MÉDECINS DE FAMILLE DOIVENT-ILS CONSEILLER LEURS PATIENTS SUR LES TESTS GÉNÉTIQUES ET LE DÉPISTAGE ?

Par **Pierre MALLIA***

SUMMARY

Genetic tests not only affect the individual adversely, but also family members. In this context it is fair for family physicians to be weary of the effect these tests can have over family members. Conversely family doctors, without the proper Continuing Medical Education, may find themselves ordering such tests too liberally, once it is the patient who request them, believing they are respecting the individual's autonomy. Whilst tests may sound enticing to patients, the impact they can have on their personal lives may not be divulged fairly and squarely by someone trying to market the test.

KEYWORDS

Family physicians, genetic testing and screening, counselling.

RÉSUMÉ

Les tests génétiques non seulement concernent les personnes sur lesquelles ils sont réalisés mais aussi leur famille. Dans ce contexte, il est logique que les médecins de famille aient conscience des conséquences de ces tests sur les membres de la famille. Mais, les médecins de famille, sans une formation continue appropriée, pour-

raient prescrire de façon trop libérale ces tests, demandés par le patient, en croyant ainsi respecter le droit à l'autonomie de celui-ci. En effet, si les tests peuvent sembler attrayants pour les patients, l'impact qu'ils peuvent avoir sur leur vie personnelle ne peut permettre qu'ils soient diffusés par des personnes dont le rôle est de les commercialiser.

MOTS-CLÉS

Médecins de famille, patients, tests et dépistage génétique, conseil.

Genetic information has a tremendous potential to harm as well as to help and stands to affect a broad number of family members. Even well educated patients may be ill prepared to understand or deal realistically with the results of genetic tests. The primary care culture is different than the genetics culture but primary care doctors are more patient-oriented asking what specific aspects of a genetic approach to this health problem (or potential problem) are likely to benefit this patient. Howard Brody warned family doctors about the perils of genetic testing and the role the family physician must play (Ibid., p.1). The ability to genetically screen for diseases far outpaces the ability to treat conditions, such as breast cancer, Alzheimer's disease and prostate cancer. Nonetheless people often consider genetic tests as some sort of cure or prevention of the condition.

At the same time Chandros Hull and Prasad have shown how companies may use advertising to entice

* Dept. of Family Medicine, University of Malta
Coordinator, Bioethics Research Programme
Email: pierre.mallia@um.edu.mt

people into believing that they should do genetic tests. They sometimes advise potential patients that there is no need to consult the family doctor or anybody else as their own 'experts' will guide the patients into what tests they should carry out. However genetic tests not only may affect the individual adversely, but also family members of that person carrying out the tests. In this context it is fair for family physicians and their societies and colleges to be weary of the effect these tests can have over family members. Conversely family doctors, without the proper Continuing Medical Education (CME) imparted specifically to meet the needs of ongoing ethical dilemmas in genetic tests, may find themselves ordering such tests too liberally, once it is the patient who request them, believing they are respecting the individual's autonomy. Family physicians have been 'urged to warn' patients of the potential pitfalls and dangers of using over-the-counter testing as prices start to fall. Whilst tests may sound enticing to patients, the impact they can have on their personal lives may not be divulged fairly and squarely by someone trying to market the test.

Whilst the definition of genetic counselling continues to evolve, Ciarleglio et al (2003) argue that the identification of susceptibility genes for common-adult genetic diseases is moving the field of counselling into newer more challenging times. Genetic counsellors are also faced with having to translate more and more information which emerge from genetic tests into a way which can aid clients make decisions, in a way which will reduce stress and anxiety and enhance ability to make life choices (Bennett et al. 2003). Weber and Corban note that although today geneticists perform most testing and counselling for genetic disorders, in the near future family physicians will increasingly become responsible for this role. Whilst the reasons for testing may be simple, they are likely to ignite fierce issues regarding cost, ethics, insurability, patient expectations and information which family members may wish not to know. How should family doctors consider the role in regard to genetic testing and counselling? In the light of the New Genetics the overall workload of the primary care physician is thought to change with patient inundating doctors for advice. GPs accept they have an increasing role to play but may still show some lack of confidence in this area. Emery et al however found that the experience with counselling on cystic fibrosis in the UK is strong evidence of the importance of providing genetic services in the primary care setting. Moreover the Association of American Family Physicians states in an editorial of their journal that several studies found that patient would prefer their family physician to facilitate an informed decision-making process on genetic testing and to counsel them about preventive measure. Although family physicians may feel yet quite unprepared due to what the editors call the 'big

bang' in the knowledge of genetics, they strongly believe in the 'larger role in genetic counselling' that family physicians should take

WHAT ARE THE CONCERNS OF GENETIC TESTS?

Why should genetic tests cause concern to family doctors more than any other form of test? The prime reason is indeed the novelty of these tests and the aura they are raising. Awareness campaigns sponsored by companies need to be considered for what they may actually be—an impetus for them to promote their product. While such campaign need not to be bad in itself, if it is to be endorsed by the medical profession, the latter has the responsibility towards society not to be an accomplice in enticing patients to spend more than they should on such tests. Definitely not everyone need do genetic tests and therefore fears must be quelled. Who is in a better position to quell such fears than family physicians who enjoy the trust of patients and their families? Consider the testing for the breast cancer genes via a commercially available genetic test are at an increased risk compared to the general population of having breast cancer. Some may argue therefore that once these tests are available it is not the onus of any physician to try to convince someone not to do them. Yet people may not be aware of the implications for employment and insurance the result of such a test may have. Also whether they know what, if anything, can be done with such knowledge and how this will affect their mental well being and that of their family is uncertain. In the event such a test is positive, it does not necessarily imply that the person will have cancer; yet it puts them into a high risk category justifying insurers to charge a higher premium or not to insure them at all for breast cancer. This has enticed many States in the USA to have laws protecting against inappropriate access of such tests to the public. In other countries such laws do not yet exist. Recent studies on bilateral prophylactic oophorectomy vs. radical mastectomy show that this is a highly evolving field in which it is wise to seek the advice of a doctor. Haber, analysing the relevance in the statistics of such results, show only that more studies are necessary. Thus by no means is there any certainty about outcomes of BRCA testing other than to recommend it to women past childbearing age and counselling them an oophorectomy should they test positive. Again the operation does not exempt completely them from breast cancer, especially when there are as yet no studies to show whether the required Hormone Replacement Therapy (to prevent premature side effects to the artificially-induced menopause; namely increased cardiovascular risk and osteoporosis) may itself have an increased incidence of breast cancer

which the oophorectomy is trying to eliminate. Even though the effectiveness of bilateral prophylactic radical mastectomy as demonstrated recently, the controversy over such radical treatment remains.

ROLE OF THE FAMILY PHYSICIAN

Whereas it is undisputed that the General Practitioner is in an ideal position to counsel patients on genetic testing p. 120) and to know where to refer patients for specialized counselling, Brody argues that a balance has to be struck between the physicians' hunches, the patient's wishes and the evidence of clinical trials. One concern which is not being addressed adequately, for example, is the implications such tests pose for family members. A possible solution he proposes is that the family doctor is in a position to set up a 'family covenant' before an individual goes through with testing. Such a document would be negotiated among the family members with the help of the physician. Family members who 'opt in' set conditions are privy to the knowledge that comes out (Ibid). Yet the concept of covenant is lagging behind advances in genetic testing and it is doubtful how much such a covenant is possible before family doctors establish themselves as the agents of basic counselling.

The BMA document argues that primary care physicians should be able to identify patients and families who would need further genetic counselling by specialists, arguing that the rapidity with which genetic technology is developing and the complexity of the decisions to be made in relation to genetic testing mean that specialized genetic counselling, both pre-

test, is likely to be required (p121). This however only refers to identification of individuals and families who need specialist counselling. It is unlikely that genetic counsellors can reach the public as much as the family physicians because of their smaller numbers and their less easily accessibility as the family doctor for the more genetic tests being advertised. Moreover the family doctor already knows much about the family and probably its requirements and would be able to identify who would benefit from genetic information. He/she is familiar with the background and family dynamics in a way that a specialized counsellor can never be: it is information obtained over time within the context of practicing family medicine. Indeed if it were possible for the counsellor to arrive to such knowledge, it could be argued that this would be a repetition and waste of time for health professionals and patients alike.

Boxes 1 and 2 (Ibid., p. 123-124) show respectively the process of genetic counselling and the framework of exploring decisions laid down by both the BMA and the American Society for Human Genetics. Nothing in this list is in fact beyond the capabilities of the average primary care physician or family doctor. If people seek the advice of the family physician, it is appropriate that the latter should be able to handle most questions and counselling, leaving to the specialist those who have serious genetic inheritance problems. For those patients seeking to know more about cancer genes, paternity testing and even genetic screening of the unborn, the family physician is in an ideal and maybe better position to impart advice. Family physicians are moreover prescriptive by nature and thus tend to be more directive than the average non-directive genetic counsellor (Ibid. p122).

BOX 1

"The British Medical Association states that genetic counseling consists of a series of activities which make a coherent whole. For ease of analysis we separate them in the list given below. In reality, however they are not separate entities, but facets of one process. In general terms, genetic counseling includes:

Taking a family history and establishing a diagnosis;

Gaining an understanding of the social and cultural context within which a patient and his or her family live and the values they bring to the counseling process;

Listening to the questions and anxieties of the patient;

Providing information about the condition, its inheritance pattern, and its management and raising questions about the potential significance of sharing information with other family members;

Giving information about reproductive options; and/or

Giving information about predictive options (if applicable);

Providing the opportunity to reflect upon the options (implications counseling);

Providing emotional support; and

Initiating sustained help, if necessary, to enable individuals to adjust to particular life circumstances (psychotherapeutic counseling)."

BOX 2

The Description of genetic counseling set out by the American Society of Human Genetics is as follows: Genetic counseling is a communication process which deals with the human problems associated with the occurrence or risk of occurrence, of a genetic disorder in a family. This process involves an attempt by one or more appropriately trained persons to help the individual or family:

- comprehend the medical facts, including the diagnosis, the probable course of the disorder and the available management;
- appreciate the way heredity contributes to the disorder, and the risk of recurrence in specified relatives;
- understand the options for dealing with the risk of recurrence;
- choose the course of action which seems appropriate to them in view of their risk and their family goals and act in accordance with the decision;
- make the best possible adjustment to the disorder in an affected member and/or to the risk of recurrence of that disorder.

There are then additional reasons why general genetic counselling should be imparted by family doctors. The strategically placed position of the family physician favours the role that genetic counselling should play in primary care. It is the responsibility of family physicians as a group to take on the role of protecting families against commercial interest. This is particularly important because people may not be aware of the implications to other members of the family when doing a genetic test. Who else but the family physician is in the central stage to counsel directly family members? This is all more important because to await the development of genetic services and to wait for specialized counsellors to deal with the true impact of genetic testing is being unrealistic even in the United States, let alone the rest of the world.

Of course the family doctor can never replace the role of the specialized genetic counsellor just as he can never replace the specialized radiographer and cardiologist. But the energy of the specialist counsellor is better spent on the hard core cases like Huntington's and Tay Sachs, rather than where the industry is striking hard, namely the cancer genes and such tests as 'cardiovascular panels' and 'thrombosis panels' which are aimed to raise awareness of the public in order to satisfy a profit motive rather than a benevolent principle. Specialized counsellors can continue doing what they have been doing up till now. Consider countries where newly formed companies offer genetic testing to the public. In the beginning it uses specialists and family doctors for referral. No form of counselling is offered to the patient, leaving this onus on the doctor. This fertile ground is the ideal incubator for releasing 'awareness information' onto the public catching doctor off guard. Before there is enough time to prepare for genetic counselling services, people will start believing that there is some inherent cure in carrying out such tests. Doctors, on the

other hand, unaware of the implications of such tests, as has been the subtle warning of the BMA, will not counsel the public properly. Specialized services, even if they do exist in theory in the main general hospital are not enough to handle the everyday questions of genetic tests and definitely cannot direct patients into what tests are necessary. Appointment with the service may run into months just to handle the cases that truly need specialized counselling.

General practitioners are strategically placed to train themselves in imparting this counselling, which being a core medical subject is already in their realm. It is the responsibility of colleges, association and academics of family physicians to counsel members to learn more about genetic counselling.

THE COMING OF AGE OF FAMILY PRACTICE

A second important reason is the coming of age of family practice. Whilst the history of medicine shows that the family doctor or community doctor was the traditional doctor (p.118)), the last century saw a surge of specialists and sub-specialists. In Britain the Royal College of General Practitioners was founded after the war and incorporated in it almost all general practitioners. It became the strongest political body in Britain to bargain with government over the structure of the National Health Service. In the United States, the American Academy of Family Physicians brought together Family Doctors raising the status of Family Medicine to that of a speciality. Similar roads were taken in other countries. Family Medicine is now recognised as a Speciality in its own right with many EU states and other continents adopting vocational training in the field.

Family doctors now provide more and more services which can be offered to people at more reasonable rates making it more acceptable to insure companies. GPs have always traditionally carried out minor surgery such as removal of sebaceous cysts, cautery of warts and injection of internal haemorrhoids. Nowadays more and more GPs take on more engaging non-invasive surgery such as removal of lipomas, injection of varicose veins circumcision lists and even haemorrhoidectomies. Studies have shown that family doctors who attend a course in ultrasonography can perform ultrasounds as part of the physical examination detecting pathology such as renal tumours, aortic aneurysms and others, before any signs and symptoms are noticed by doctor and patient respectively. Family doctors in the United States train sigmoidoscopy, gastroscopy, colposcopy and can even have a whole radiological set-up if economically viable. All of this in the interest of quick diagnostics bypassing long referral lists and delays in a secondary care setting. The UK has been at the forefront experimenting with 'pathways' aimed at reducing costs and waiting times for the NHS and patients respectively; the GP playing the key role in these reductions. In this setting it is reasonable to assume that whilst the family doctor, with continued medical education (CME) is taking onto himself more and more diagnostic techniques which not only increase the scope of general practice but which result in more benefit to patients. With proper CME a genetic counselling service to people and their families is within scope and definition of family practice.

What is needed with the impact of genetic technologies therefore is a primary care setting that can explain tests to all people, not only to those who have some genetic disorder in their lineage. It is reasonable to assume that any woman may request information about whether she should have a BRCA test done. She may not know she needs counselling (in terms of implications for herself and her relative and also for insurance etc). The family doctor is therefore not only strategically placed for this role but genetic counselling is within the scope and goals of family practice. Moreover family physicians can bring a broader scope to genetic counselling. They are trained to think of issues such as getting patients to get their houses vis-à-vis insurance before getting tests done.

Conversely it is unreasonable to assume or request genetic counsellors to have to deal with this sort of mass population counselling. They would lose time which is valuable to what they are doing at present-counselling to those families, which may indeed be identified by family doctors, who require further in-depth evaluation. Unless genetic counsellors increase in numbers and become almost as common as the family doctor they may not be able to handle the amount of information which necessarily would need to be imparted to keep up with the media and the

rapidly expanding genetic industry. Starfield et al. (2002. op. cit., p.51) argue that if genetic problems should be considered, and initiate diagnosis and even management. Primary-care-centred systems offer the greatest resource for improving health.

Is training necessary?

Certainly the responsibility taken on by family physicians is greater and colleges and associations may need to undertake the training of their members both in what we mean by counselling and what counselling should be done by family physicians, and of course when they should refer. Studies do show that one cannot take for granted that since they are doctors, no formal professional development in this regard is necessary. In the first instance the counselling to be imparted is not the type of counselling we usually associate with psychologists, or, for that matter the counselling GPs can usually give to patients with psychological or family problems. It is conversely an integral part of the genetic testing process involving both pre-test and post-test counselling. Whilst a genetic test may be available what does the patient seek when inquiring about the test and what do they intend to do with the results. Making an analysis of whether they are ready can guide family physicians in taking appropriate care about consequences.

Consequences will certainly include explaining the impact any result will have on relatives and the fact that laws may oblige one to disclose information to other family physicians who are responsible for their relatives. This decision is usually one taken at a national level before guidelines and laws are introduced, which family physicians will then be obliged to following from a public health perspective. Certainly ethical issues beyond the scope of the family doctor will have to be taken into account by authorities as one may decide to follow more utilitarian approaches. In this regards issues relating to genetic discrimination certainly will have to be discussed at a national level – such as releasing information to insurance or employers. Family physicians cannot take this responsibility upon their shoulders and work in a consistent way across a country without specific guidelines and what to counsel the patient. For this reason it is also important that the family physician act as a patient advocate in this regard and warn patients where over-the-counter genetic testing is offered and no legislative framework yet not in place. Due to the nature of this problem the question of 'genetic exceptionalism' – that a genetic test is different from testing for other disorder – takes on considerable weight.

Morgan et al admit that General Practitioners in New Zealand have an increasingly important role to play in genetics but that the best way to implement future educational strategies need to be well considered. In their study, most GPs felt that they lacked experience

and knowledge of genetic testing and had received very little formal training, even though they recognized the important role they have in this area. Geller et al, on the other hand say that family physicians may be more directive in their counselling from conclusions of a study which included obstetricians, pediatricians, internists, family practitioners, and psychiatrists. However this involved counselling patients on prenatal diagnosis and abortion. Certainly the change in attitude they advocate for [primary care physicians] would also have to include viewing genetic counselling from a different perspective than merely to do with reproductive issues. It does seem that some of the literature views genetic counselling by primary care physicians as having to do mostly with counselling families whenever reproduction is being considered. This is certainly a limited view.

The main areas of genetic clinical testing are antenatal screening and cancer genetics testing. More is promised in the future. The British Journal of General Practice has recently said that in the latter regard a family history may still be the most important tool so far, complaining that it is often neglected as part of a diagnosis. The Editorial says that data from people who have taken over-the-counter genetic testing have not really had an impact on their change in life-styles. Perhaps this is a further argument why the pre- and post-genetic counselling should in fact be done by the family doctor, who is in a neutral position (as opposed to someone trying to sell the test) to make the person consider the reason they want testing. Perhaps curiosity without a motivation to change life style may make the patient reconsider testing unless there are more important reasons to do so such as new forms of treatment. O'Brian says that there is no evidence that information obtained from genetic tests 'will be as valuable as the marketing suggests'.

THE RESPONSIBILITY OF ASSOCIATIONS AND COLLEGES

Family physician Nancy Stevens stresses the importance of injecting the family practice perspective into genetic medicine. As this perspective is still underrepresented in conversations of genetic medicine, it means that patients of family practitioners are underrepresented. For example, she points out that only someone from high-risk families tends to benefit from BRCA testing. Once it is accepted that the family doctor has this role to play in imparting knowledge and genetic counselling to patients, associations and colleges have an obligatory role to see that its members get the CME required in genetic counselling that is required. Family doctors, by their very nature, are already in a position to give evidence-based information, genetics being one speciality they have always had in their curriculum. It

would be unreasonable not to accept their role in providing such evidence-based counselling.

Associations and colleges of family doctors, which strive to guarantee excellence of their members to the public, have a special role to play here. But primary-care-centred systems may pose a risk of underdetection and undermanagement of genetic problems if information and other educational networks do not actively support practitioners (Starfield et al. 2002, p. 51). Whereas it may be obvious that a family doctor intending to carry out diagnostic ultrasonography would require training, it may not be that obvious that to do genetic counselling one also needs training, because genetics has always formed part of the medical undergraduate curriculum. The focus of counselling is not on Mendelian inheritance explained in layman terms, but is a matter of explaining the social, legal and ethical implications of these tests and also of having a clear understanding of why they are so different than merely having a blood count done. Doctors need to understand and explain that genetic tests are largely non-therapeutic and predictive. The patient therefore needs to be empowered with information by someone who realizes the full potential of these tests and how industry may exploit fear of disease without concern for other family members and implications on employment and insurability.

Associations must guarantee that their members will explain the harm/benefit of genetic testing and screening. They must also guarantee that they will continue to seek the interests of the family and not only of individual people seeking testing. In other words family doctors need to maintain the trust of the public, that financial gain is not the main motive of the counselling as may be the case for the company providing that test. Whilst more recently a qualitative study published in the British Journal of General Practice has raised concerns about British GP's welcoming an enhanced role in clinical genetics and that the effectiveness on education policy aimed solely on knowledge is questionable (Mathers, J. et al., 2010) it should be acknowledged that generally patients will go to their family doctors for enquiry because they are strategically placed and available. In any case in many instances they would need a referral by their doctor for genetic services. The family doctor will already have considerable 'genetic' knowledge through the patient's family history (Ibid.) and should be in a position not only to act as gatekeeper, given that genetic counsellors are limited, but to recognize her role in prevention and intervention – to avoid direct-to-consumer advertisement and over-the-counter analysis, and to counsel patients through the information they would need to know both before and after a test and indeed empowering patients to make an informed choice on whether they really need to do the tests to alleviate whatever concern brought them to inquire about a genetic test. ■

COUR DE CASSATION, AVIS N° 15010 DU 22 SEPTEMBRE 2014 (DEMANDE N° 1470007) - ECLI:FR:CCASS:2014:AV015010

*COUR DE CASSATION, ADVICE N°15010
OF 22 SEPTEMBER 2104 (REQUEST N° 1470007) -
ECLI:FR:CCASS:2014:AV015010*

Filiation

LA COUR DE CASSATION,
Vu les articles L.441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et suivants du code de procédure civile,
Vu la demande d'avis formulée le 19 juin 2014 par le tribunal de grande instance d'Avignon, reçue le 30 juin 2014, dans une instance introduite par Mme X... aux fins d'adoption plénière de l'enfant de sa conjointe, et ainsi libellée :
"L'accès à la procréation médicalement assistée, sous forme d'un recours à une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger par un couple de femmes est-il de nature, dans la mesure où cette assistance ne lui est pas ouverte en France, en application de l'article L.2141-2 du code de la santé publique, à constituer une fraude à la loi sur l'adoption, et notamment aux articles 343 et 345-1 du code civil, et au code de la santé publique, empêchant

que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation par l'épouse de la mère biologique ?"
Vu les observations écrites déposées par la SCP Thouin-Palat et Boucard pour Mme X... et Mme Y... ;
Vu les observations écrites déposées par Me Corlay pour les associations Juristes pour l'enfance et l'Agence européenne des adoptés ;
Sur le rapport de Mme Le Cotty, conseiller référendaire, et les conclusions de M. Sarcelet, avocat général, entendu en ses conclusions orales ;
EST D'AVIS QUE :

Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. ■

LES AVIS DE LA COUR DE CASSATION RELATIFS À L'ADOPTION PAR L'ÉPOUSE DE LA MÈRE D'UN ENFANT CONÇU À L'ÉTRANGER PAR INSÉMINATION ARTIFICIELLE (1)

*ADVICE OF COUR DE CASSATION RELATIVE TO ADOPTION
BY THE WIFE OF THE MOTHER OF A CHILD CONCEIVED
ABROAD BY ARTIFICIAL INSEMINATION*

Par **Valérie DEPADT***

RÉSUMÉ

Par deux avis très attendus, rendus le 22 septembre 2014, la Cour de cassation a été appelée à se prononcer sur la question de savoir si le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'étranger par un couple de femmes est de nature à constituer une fraude à la loi faisant obstacle à ce que soit prononcée l'adoption par l'épouse de la mère.

Écartant la solution fondée sur la fraude à la loi, les Hauts magistrats ont répondu que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

* Maître de conférences (HDR) à la faculté de droit de l'Université Paris-13, Sorbonne Paris-Cité, Membre de l'IRDA, membre associé de l'EA 1610, Université Paris-Sud-11
valerie.sebag@wanadoo.fr

(1) Cass. avis, 22 sept. 2014, n° 15010 et 15011.

MOTS-CLÉS

Assistance médicale à la procréation, don de gamètes à l'étranger, adoption, intérêt de l'enfant.

SUMMARY

By two long expected advisory notices published on 22 September 2014, the Appeal Court had to decide on the issue of knowing whether the use of medically assisted procreation abroad by a couple of women constitutes fraud in relation to the law which obstructs adoption by the wife of the mother.

Setting aside the solution based on fraud, the senior magistrates replied that "the use of medically assisted procreation, in the form of artificial insemination with an anonymous donor abroad, does not constitute an obstacle to the pronouncing of adoption by the wife of the mother of the child born of this procreation, so long as the legal conditions for adoption are fulfilled and it complies with the child's interests".

KEYWORDS

Medically assisted procreation, gamete donation abroad, adoption, child's interests.

La loi du 17 mai sur « le mariage pour tous » a consacré la famille homoparentale en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe. Pour autant, l'adoption par un couple de même sexe risque de s'avérer particulièrement longue et laborieuse, le nombre d'enfants adoptables se trouvant extrêmement limité et les listes d'attentes particulièrement longues. L'adoption internationale risque d'être tout aussi difficile, la majorité des pays ayant déjà refusé de confier leurs enfants à des couples de même sexe. En revanche, le nombre d'enfants élevés dans des familles homoparentales ne cesse d'augmenter. Les couples de femmes, lorsqu'elles conçoivent le projet de devenir mères, se rendent de l'autre côté de nos frontières afin de bénéficier d'un don de gamètes que le droit français refuse aux couples de même sexe, l'article L. 2141-2 du code de la santé publique ne l'admettant qu'au profit des couples formés d'un homme et d'une femme.

Or, en cas de séparation du couple ou de décès de la mère, sa compagne ne se voyait jusque-là reconnaître aucun droit sur l'enfant. Ainsi, on sait qu'au-delà du lien prétendument indissociable entre le mariage et la parenté, la démarche du législateur a trouvé sa raison d'être dans la volonté de sécuriser la filiation des enfants qui vivent dans une famille homoparentale. Dès la mise en application de la loi, les tribunaux ont été saisis de demandes d'adoption formées par les épouses de mères d'enfants conçus à l'étranger par don de gamètes. Mais alors que les tribunaux de Lille, de Marseille ou de Nanterre (2) ont accueilli favorablement de telles demandes, le Tribunal de grande instance de Versailles, dans une décision du 29 avril 2014, a refusé d'y faire droit au motif que l'enfant avait été conçu en fraude à la loi (3). À la question de savoir si le recours à l'étranger d'un tel procédé, interdit en France, pour concevoir l'enfant devait faire échec à la demande d'adoption plénière présentée par l'épouse de la mère biologique, les juges ont répondu que « le procédé qui consiste à bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant, conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française, constitue une fraude à celle-ci et inter-

dit donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu ». Mais légalement adopté, pourrait-on pourtant remarquer.

Dans ce contexte, les tribunaux de grande instance d'Avignon et de Poitiers, usant de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire (4), ont saisi la Cour de cassation afin qu'elle se prononce, sous forme d'avis, à la question de savoir si le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'étranger par un couple de femmes est de nature à constituer une fraude à la loi faisant obstacle à ce que soit prononcée l'adoption par l'épouse de la mère.

Par deux avis du 22 septembre 2014, la Cour de cassation a répondu par la négative, estimant que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ». Elle rappelle également que, conformément à l'article 353 du Code civil, de même qu'aux engagements internationaux de la France, l'adoption ne peut être prononcée que dans la mesure où les conditions légales sont remplies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Ces avis, rendus sur les conclusions conformes de l'avocat général, traduisent le respect par la Cour de cassation tant de l'esprit que de la lettre de la loi de 2013. Dans un communiqué du 23 septembre 2014, la Ministre de la justice les approuve sans réserve, notamment en ce qu'ils « favoriseront une harmonisation de la jurisprudence. L'adoption est désormais clairement ouverte, sous toutes ses formes, à tous les couples mariés conformément à la loi du 17 mai 2013 » (5).

On ne trouve dans les avis, rendus en termes identiques, aucune référence à la fraude soulevée par la Cour d'appel de Versailles et cette absence n'est, d'aucune façon, qualifiable de lacune (6). Tout d'abord, la fraude à la loi suppose un artifice qui, en l'espèce, n'existe pas. Le couple qui a formé le projet d'avoir un enfant n'a fait que se rendre à l'extérieur de nos frontières afin de bénéficier d'une technique dont l'accès lui est refusé à l'intérieur. Ensuite, l'autre élément constitutif de la fraude, à savoir l'élément intentionnel, ne peut être raisonnablement établi, la concep-

(2) TGI Nanterre, 8 juillet 2014, D. 2014,1669, note Ph. Reigné.

(3) TGI Versailles, 29 avril 2014 (3 jugements), D. 2014,1041 ; AJ fam. 2014,368,obs. C. Méary, 267, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Dr. Fam. 2014, Comm. 113, note Ph. Reigné.

(4) L'article L. 441-1 COJ : « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation ».

(5) C. Taubira, communiqué, 23 septembre 2014.

(6) V° H. Fulchiron, *Fraus omnia corrumpit* ?, D. 2014,1162 ; Ph. Reigné, *Adoption plénière par la conjointe de la mère d'un enfant conçu à l'étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée*, D. 2014, 1669.

tion des enfants remontant à une époque bien antérieure à celle de la loi du 17 mai 2013.

Plus délicate apparaît la question des rapports entre l'article L. 2141-2 du code de la santé publique et l'article 6-1 du Code civil dans sa rédaction issue de 2013. Tandis que ce dernier accorde le même droit à l'adoption, que « les parents soient de sexe différent ou de même sexe », le premier réserve l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples formés d'un homme et d'une femme, disposant qu'« Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ». Cependant, le texte ne formule aucune interdiction qui viserait les couples de même sexe ou, d'une façon générale, ceux qui ne répondraient pas à ses conditions. De ce point de vue, la situation n'est pas comparable à celle de la gestation pour autrui, expressément interdite à l'article 16-7 du Code civil.

D'ailleurs, le communiqué officiel indiquant « que la Cour de cassation écarte la solution fondée sur la fraude à la loi en matière d'insémination artificielle avec donneur anonyme pratiquée à l'étranger », précise qu'« en France, certes sous conditions, cette pratique médicale est autorisée : dès lors, le fait que des femmes y aient eu recours à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français » (7).

De cette façon, la Cour de cassation délimite la portée de l'article L. 2141-3 du code de la santé publique et refuse de l'ériger en principe essentiel du droit français. Rappelons ici que dans sa décision du 17 mai 2013, le Conseil Constitutionnel a écarté « le grief tiré de la méconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de "caractère bilinéaire de la filiation fondé sur l'altérité sexuelle" »,

de même que celui « tiré de la méconnaissance d'un principe constitutionnel garantissant le droit de tout enfant de voir sa filiation concurremment établie à l'égard d'un père et d'une mère ».

Le raisonnement de la Haute juridiction est également en parfaite conformité avec les droits fondamentaux. L'article 3-1 de la Convention européenne de New-York du 26 janvier 1990, relative aux droits de l'enfant, impose que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de ceux-ci soit une considération primordiale (8). La CEDH a récemment condamné la France pour refuser de transcrire sur les registres nationaux l'état civil des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger. Les juges de Strasbourg ont rappelé que la filiation relève de l'identité et, par suite, que le refus par la France de reconnaître ces enfants comme ceux de leurs parents au sein de son ordre juridique porte atteinte à leur identité dans la société française (9).

Ces avis, bien qu'ils ne lient pas la juridiction qui a formulé la demande, feront certainement autorité (10). Mais ils n'ont pas force exécutoire et l'on peut craindre que la question ne ressurgisse au travers l'appréciation de l'intérêt de l'enfant sur le fondement de l'article 353 du Code civil, question de fait relevant en tant que telle de l'appréciation des juges du fond. ■

(7) Communiqué de la Cour de cassation, Avis n° G1470006 et avis n° J1470007, du lundi 22 septembre 2014.

(8) Entre autres décisions, Civ. 1^{re}, 8 novembre 2005, D. 2005, Jur. 554, note F. Boulanger.

(9) CEDH, 26 juin 2014, aff. 65192/11 et 65941/11, D. 2014, 1806, note L. d'Avout ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », D. 2014, chr. 1773, F. Chénédé, « Les arrêts Menesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », D. 2014, 1797 ; A. Gouttenoire, « Convention de gestation pour autrui, condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant », JCP 2014, p. 1486 ; RJPF 2014, n° 9, p. 46, note T. Garé.

(10) Sur les avis de la Cour de cassation, V° F. Terré, Introduction au droit, Dalloz, 9^e ed., n° 153.

LA NOUVELLE RÉGLEMENTATION EUROPÉENNE RELATIVE AUX ESSAIS CLINIQUES DE MÉDICAMENTS À USAGE HUMAIN

THE NEW EUROPEAN REGULATION ON CLINICAL TRIALS ON MEDICINAL PRODUCTS FOR HUMAN USE

Par **Sophie MONNIER***

RÉSUMÉ

Le Règlement (UE) n°536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain abroge la directive 2001/20/CE et simplifie la procédure d'autorisation des essais cliniques. Un seul dossier de demande d'autorisation sera désormais transmis via un portail unique à l'ensemble des États membres concernés. La nouvelle procédure se veut plus souple et efficace, grâce à une évaluation rapide des protocoles.

MOTS-CLÉS

Essai clinique, procédure d'autorisation, protocole, comité d'éthique, protection des participants, consentement éclairé, données à caractère personnel, inspections et contrôle.

* Maître de conférences en droit public à l'Université de Bourgogne
Sophie.Monnier@u-bourgogne.fr

SUMMARY

Regulation (EU) n°356/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 april 2014 on clinical trials on medicinal products for human use, repealing Directive 2001/20/EC, simplifies the authorisation procedure of a clinical trial. The multiple submission is avoided and replaced by the submission of one application dossier to all the Member States concerned through a single submission portal. The new procedure is more flexible and efficient, thanks to a rapid assessment.

KEYWORDS

Clinical trial, authorisation procedure, protocol, ethics committee, protection of subjects, informed consent, personal data, inspections and controls.

La réforme européenne des essais cliniques de médicaments s'appuie sur un nouvel instrument juridique : le Règlement de l'Union relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain qui

abroge la directive 2001/20/CE concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain. Ce changement témoigne de la volonté de passer d'une harmonisation des législations nationales à une uniformisation de la réglementation applicable dans tous les États membres. La directive laisse une marge de manœuvre aux États car elle fixe des objectifs à atteindre et les États conservent le choix des moyens à mettre en œuvre pour atteindre ces objectifs. Les États disposent d'un délai pour prendre les mesures de transposition des directives. Alors que le règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable. Il entre en vigueur après sa publication au JOUE. Ses effets juridiques s'appliquent de manière simultanée, uniforme et automatique dans tous les États membres. Toutefois, le présent règlement ne sera pas applicable immédiatement car son application est conditionnée par la mise en place du portail informatique de l'Union. Il ne sera applicable qu'après confirmation du caractère opérationnel du portail et de la base de données de l'Union car la procédure d'autorisation des essais repose sur ces outils informatiques. Donc une période transitoire est organisée par le règlement. Il faut par ailleurs tempérer l'uniformisation opérée par le règlement en raison des nombreux renvois faits aux droits nationaux des États membres. Notamment, les États membres conservent le soin de désigner l'organe ou les organes compétents pour participer à l'évaluation de la demande d'autorisation d'un essai clinique. De même, la participation des comités d'éthique relève de l'organisation interne de chaque État membre. L'édiction de ce nouvel instrument juridique est guidée par un objectif : assouplir la procédure d'examen des essais cliniques sans compromettre la sécurité des participants ni la santé publique. La nouvelle procédure d'autorisation de dépôt et d'examen des essais cliniques est simplifiée car un seul dossier de demande d'autorisation est exigé. Ce dernier sera traité par le biais d'un portail informatique unique commun à l'ensemble des États membres. Même le dossier de demande d'essais cliniques conduits dans un seul État devra transiter par ce portail unique. Par ailleurs, la simplification de la procédure se traduit par la réduction des délais d'évaluation des dossiers. Cet assouplissement est justifié « pour assurer un accès rapide aux traitements nouveaux et innovants et garantir l'attractivité de l'Union pour la réalisation d'essai ». L'enjeu réside dans la compétitivité économique de l'Union européenne. En témoigne, la double base juridique sur laquelle repose le Règlement à savoir l'article 114 et l'article 168, paragraphe 4, point c), du TFUE. Ce double fondement traduit la volonté de concilier la réalisation d'un marché intérieur en matière d'essais cliniques et de médicaments à usage humain avec un niveau élevé de protection de la santé.

Or, en facilitant et en assouplissant la procédure d'examen des autorisations, le Règlement ne contribue-t-il pas à affaiblir la protection des participants ?

I. LA PROCÉDURE D'AUTORISATION DES ESSAIS CLINIQUES

L'essai fait l'objet d'un double examen à la fois scientifique et éthique. L'examen éthique est réalisé par un comité d'éthique conformément au droit de l'État membre concerné par l'essai. La procédure d'autorisation compte 5 étapes successives allant du dépôt de la demande à la décision d'autoriser ou non l'essai. Cette procédure se subdivise en deux temps. Le premier temps porte sur l'examen de la demande, le second porte sur l'examen au fond du dossier.

A. L'examen de la demande

L'examen de la demande débute par le dépôt du dossier de demande, suivi par la désignation d'un État membre rapporteur. Cet examen préliminaire se termine par la validation de la demande.

1°) Le dépôt du dossier de demande

Le promoteur dépose un dossier de demande d'autorisation d'essais cliniques auprès des États membres concernés via le portail informatique de l'Union. Le promoteur est défini par le Règlement comme une personne, une entreprise, un institut ou une organisation responsable du lancement, de la gestion et de l'organisation du financement de l'essai clinique. Le dossier de demande d'autorisation d'essai clinique doit contenir un ensemble de documents concernant : la conduite de l'essai clinique, y compris le contexte scientifique et les modalités choisies ; concernant le promoteur, les investigateurs, les participants et les sites d'essais cliniques ; concernant les médicaments expérimentaux, en particulier leurs propriétés, l'étiquetage, la fabrication et le contrôle ; et concernant les mesures de protection des participants. La langue du dossier de demande est déterminée par l'État membre concerné. À défaut d'avoir imposé l'anglais comme langue du dossier, le Règlement incite les États à l'accepter en précisant que « les États membres envisagent la possibilité d'accepter, pour les documents non destinés au participant, une langue communément comprise dans le secteur médical ».

2°) La désignation de l'État membre rapporteur

Parmi les États membres concernés par l'essai, un État membre rapporteur est désigné. Le promoteur propose l'un des États membres concernés comme État membre rapporteur. La désignation s'opère dans un délai de 6 jours à compter du dépôt du dossier.

Si un seul État est disposé à devenir rapporteur ou si l'essai clinique n'est conduit que dans un seul État, c'est cet État qui sera rapporteur.

Si aucun État ou si plusieurs États souhaitent être rapporteur, l'État sera choisi par accord entre États membres concernés sur la base de recommandations élaborées par le groupe de consultation et de coordination des essais cliniques. À défaut d'accord entre les États membres concernés, c'est l'État proposé par le promoteur qui deviendra rapporteur.

L'État membre rapporteur doit faire connaître son statut de rapporteur via le portail de l'Union dans un délai de 6 jours à compter du dépôt du dossier.

3°) La validation de la demande

Dans un délai de 10 jours à compter du dépôt du dossier, il revient à l'État membre rapporteur de procéder à la validation du dossier en examinant si l'essai relève du champ d'application du Règlement et si le dossier est complet. Les États membres concernés peuvent faire part de leurs observations sur la validation dans un délai de 7 jours à compter du dépôt du dossier. À l'issue du délai de 10 jours, si l'État rapporteur n'a pas informé le promoteur, la validation est réputée acquise. Si un État membre concerné estime le dossier incomplet, le promoteur pourra le compléter via le portail de l'Union dans un délai de 10 jours maximum. À compter de la réception de ces éléments, l'État rapporteur dispose d'un délai de 5 jours pour se prononcer sur la validation. Le silence gardé vaut validation du dossier. Si le promoteur ne répond pas, sa demande d'autorisation est caduque dans tous les États concernés. La validation du dossier conditionne et amorce l'examen au fond du dossier.

B. L'examen au fond du dossier

Le dossier fait l'objet d'une double évaluation. À l'issue de cette évaluation, les États statuent sur le sort de la demande d'autorisation.

1°) L'évaluation du dossier

L'évaluation est divisée en deux parties. L'évaluation de la partie I est confiée à l'État membre rapporteur. Et, les États membres concernés y sont associés. L'évaluation de la partie II est effectuée par chaque État membre concerné.

a) L'évaluation de la partie I

L'État rapporteur évalue la demande au regard 1°) des bénéfices escomptés sur le plan thérapeutique et de la santé publique, en tenant compte des éléments suivants :

- les caractéristiques des médicaments expérimentaux et les informations relatives à ces médicaments,

- la pertinence de l'essai clinique, y compris la représentativité des groupes de participants à l'essai clinique par rapport à la population à traiter, l'état actuel des connaissances scientifiques ; la fiabilité des données obtenues lors de l'essai clinique, au vu des modalités statistiques, de la conception de l'essai clinique et de la méthodologie ;

2°) des risques et inconvénients pour le participant, en tenant compte de tous les éléments suivants :

- les caractéristiques des médicaments expérimentaux et les connaissances relatives à ces médicaments,
- les caractéristiques de l'intervention comparées à une pratique clinique normale,
- les mesures de sécurité, y compris les dispositions relatives aux mesures de minimisation des risques, au suivi, aux notifications de sécurité et au plan de sécurité,

- les risques pour la santé du participant qui résultent de la condition médicale pour laquelle le médicament expérimental fait l'objet de l'investigation ;

3°) la conformité avec les exigences fixées en matière de fabrication et d'importation de médicaments expérimentaux ;

4°) la conformité avec les exigences d'étiquetage ;

5°) le caractère exhaustif et approprié de la brochure pour l'investigateur.

L'évaluation est conduite dans un délai de 45 jours à compter de la date de validation du dossier.

Si l'essai est conduit dans plusieurs États membres, les États membres concernés sont associés à l'évaluation de la partie I. L'évaluation est organisée en 3 phases : 1) la phase d'évaluation initiale est réalisée par l'État membre rapporteur dans un délai de 26 jours à compter de la date de validation. Il élabore un projet de rapport qu'il communique à tous les États concernés ; 2) la phase d'examen coordonné est réalisée dans un délai de 12 jours à compter de la fin de la phase d'évaluation initiale. Elle fait intervenir tous les États membres concernés. Les États examinent le projet de rapport transmis par l'État rapporteur et peuvent formuler des observations ; 3) la phase de consolidation est réalisée par l'État membre rapporteur dans un délai de sept jours à compter de la fin de la phase d'examen coordonné. L'État rapporteur tient compte des observations formulées pour finaliser le rapport et consigne la manière dont elles ont été traitées.

La partie I du rapport d'évaluation est transmise par l'État rapporteur via le portail de l'Union. Le rapport conclut au caractère acceptable, acceptable sous conditions, ou inacceptable de la conduite de l'essai.

Le délai de 45 jours peut être prolongé dans deux hypothèses. D'une part, l'État membre rapporteur peut le prolonger de 50 jours pour des essais cliniques faisant intervenir un médicament expérimental de thérapie innovante ou des médicaments issus de certains procédés biotechnologiques, afin de permettre la consultation d'experts.

D'autre part, en cas de demande d'informations complémentaires au promoteur, le délai peut être prolongé

de 31 jours maximum. Le promoteur doit communiquer les informations dans un délai de 12 jours maximum sinon sa demande est considérée caduque dans tous les États membres. Ces informations complémentaires nécessitent un nouvel examen coordonné auquel participent tous les États concernés dans un délai de 12 jours maximum. Et l'évaluation est close par la phase de consolidation dans un délai de 7 jours maximum.

b) L'évaluation de la partie II

La Partie II est évaluée par chaque État membre concerné.

Chaque État évalue la demande au regard de la conformité du dossier avec les exigences relatives au consentement éclairé, aux modalités de recrutement des participants, de la conformité avec les règles applicables en matière de collecte, de conservation et d'utilisation future des échantillons biologiques du participant, de la compétence de l'investigateur, du caractère approprié des lieux de recherche et des conditions de réparation des dommages.

L'évaluation de la partie II doit être achevée dans le même délai que la partie I soit 45 jours à compter de la date de validation. De la même manière, le délai pourra être prolongé de 31 jours maximum si un État membre concerné souhaite demander des informations complémentaires. Le promoteur doit les communiquer dans un délai maximum de 12 jours sinon sa demande sera réputée caduque mais seulement dans cet État. Après réception des informations complémentaires, l'État conclut son évaluation dans un délai de 19 jours maximum.

Le Règlement laisse aux États le soin de déterminer les organes compétents pour procéder à l'évaluation. Toutefois, il pose certaines exigences minimales concernant leur composition et leur indépendance. Ainsi, les États doivent veiller à ce qu'au moins une personne profane participe à l'évaluation. L'évaluation doit être conduite conjointement par un nombre raisonnable de personnes possédant collectivement les qualifications et l'expérience nécessaires. Il faut en déduire le caractère collégial et pluridisciplinaire de ces organes. Et les personnes chargées d'évaluer la demande doivent être indépendantes du promoteur, du site d'essai clinique ainsi que des investigateurs, des personnes finançant l'essai et libre de toute influence. Pour éviter les conflits d'intérêts financiers, les personnes doivent faire chaque année une déclaration de leurs intérêts financiers. Le Règlement définit le comité d'éthique comme : « un organisme indépendant instauré dans un État membre conformément au droit dudit État membre et habilité à émettre des avis aux fins du présent Règlement, en tenant compte de l'avis de personnes profanes, notamment des patients ou des associations de patients ». Dans la mesure où un État membre peut compter plusieurs organismes participant à l'autorisation d'essais cliniques, le

Règlement prévoit que chaque État membre désigne un point de contact pour promouvoir une coopération effective et efficace entre les États membres. En France, le système actuel (1) fait intervenir conjointement un comité d'éthique qualifié de comité de protection des personnes (CPP) et l'Agence nationale de sécurité des médicaments. Ce système pourra perdurer à condition de réviser les délais d'instruction des dossiers.

2°) La décision relative à l'essai clinique

Chaque État membre concerné fait savoir par le biais du portail de l'Union si l'essai clinique est autorisé, autorisé sous condition ou rejeté. La notification est effectuée sous la forme d'une décision unique dans un délai de cinq jours à compter de la date du rapport ou du dernier jour de l'évaluation. Si l'État membre ne notifie pas sa décision dans les délais prévus au promoteur, c'est la conclusion sur la partie I du rapport qui sera considérée comme la décision de l'État membre concerné.

Si l'État membre rapporteur a conclu au caractère acceptable ou acceptable sous condition à l'issue de l'évaluation de la partie I, cette conclusion vaut pour tous les États membres concernés. Toutefois, un État membre peut contester la conclusion du rapport mais uniquement pour les raisons suivantes: a) lorsqu'il considère que la participation à l'essai clinique entraînerait pour le participant un traitement de qualité inférieure à la pratique clinique normale sur son territoire ; b) en cas de violation de son droit national concernant des groupes particuliers de médicaments (2) ; c) en cas d'observations relatives à la sécurité des participants ainsi qu'à la fiabilité des données.

Son désaccord avec la conclusion de l'État rapporteur doit être communiqué avec justification détaillée à la Commission, à l'ensemble des États membres et au promoteur par le biais du portail de l'Union.

Un État membre concerné peut refuser d'autoriser un essai clinique dans 3 cas : 1) en cas de désaccord avec la partie I du rapport d'évaluation de l'État membre rapporteur, 2) pour des raisons dûment justifiées, si il estime que les conditions posées dans la partie 2 de l'évaluation ne sont pas respectées, 3) si un comité d'éthique a émis un avis défavorable. Dans la mesure où l'avis rendu par le comité d'éthique peut avoir pour effet d'interdire la conduite de l'essai sur le territoire de l'État membre, le comité dispose d'un véritable pouvoir de décision qui dépasse la compétence simplement consultative. Le Règlement prévoit qu'une procédure d'appel doit être organisée par l'État en cas de refus d'autorisation.

(1) Art R 1123-24 CSP ; Art R 1123-32 CSP

(2) le droit national interdisant ou limitant l'utilisation de tel ou tel type de cellules humaines ou animales, ou la vente, la fourniture ou l'utilisation de médicaments contenant de telles cellules, ou de médicaments utilisés en tant qu'avortifs, ou de médicaments contenant des stupéfiants.

Si l'État membre rapporteur conclut au caractère inacceptable de l'essai, cette conclusion est réputée être celle de tous les États concernés.

La conclusion de l'État rapporteur prévaut sur l'appréciation faite par chaque État membre concerné lorsque sa conclusion est défavorable à la conduite de l'essai. En revanche, lorsque sa conclusion est favorable à la conduite de l'essai, chaque État membre concerné conserve la faculté de s'opposer à la conduite de l'essai sur son territoire dans les cas énumérés ci-dessus.

Si aucun participant n'a été inclus dans l'essai clinique dans un État membre concerné dans un délai de deux ans à compter de la date de notification de l'autorisation, l'autorisation expire dans l'État membre concerné. Cette nouvelle procédure simplifiée pour le promoteur s'avère finalement assez complexe pour les États membres car elle combine un examen commun à l'ensemble de l'Union et un examen étatique de chaque demande d'autorisation. Le défi consiste à respecter la réduction des délais d'instruction des dossiers sans remettre en cause le sérieux de l'évaluation, garantie de la protection des participants : en particulier le délai de 12 jours dont disposent les États associés à l'évaluation de la partie I.

II. LA PROTECTION DES SUJETS DE RECHERCHE

Le Règlement apporte des garanties pour la protection des participants qui se traduisent par l'octroi de droits et par l'institution d'un contrôle permanent des essais en cours de réalisation.

A. Les droits des participants

Le Règlement rappelle les conditions fondamentales indispensables à la réalisation de tout essai. L'intérêt des participants prime tout autre intérêt, notamment celui de la science ou de la société. Les risques ou inconvénients encourus doivent être justifiés au regard des bénéfices escomptés pour les participants. Les soins médicaux dispensés aux participants relèvent de la responsabilité d'un médecin. L'essai est conçu de sorte à minimiser autant que possible la douleur, la peur, et les désagréments. Enfin, aucune contrainte, y compris de nature financière, n'est exercée sur les participants pour les inciter à participer à l'essai clinique.

1°) Le droit à l'intégrité physique

Aucun essai clinique ne peut être pratiqué sur une personne sans son consentement éclairé, recueilli après une information appropriée. La personne a le droit de se retirer de l'essai clinique à tout moment sans avoir à se justifier et sans conséquence.

Le consentement éclairé est donné par écrit, daté et signé par la personne qui mène l'entretien préalable (un

membre de l'équipe d'investigateurs) et par le participant ou, s'il n'est pas en mesure de donner son consentement éclairé, son représentant légal. Le participant donne son consentement après avoir été informé. Si le participant n'est pas en mesure d'écrire, son consentement peut être donné et consigné par d'autres moyens appropriés en présence d'au moins un témoin impartial, lequel signe et date le document relatif au consentement éclairé. Le participant ou son représentant légal reçoit une copie du document par lequel il a donné son consentement éclairé. Le participant ou son représentant légal dispose d'un temps de réflexion approprié pour réfléchir à la décision de participer à l'essai clinique. Toutefois, le Règlement tempère ce formalisme pour « les essais par grappes », en envisageant des procédures d'obtention du consentement simplifiées seulement si elles sont compatibles avec les dispositions du droit national de l'État concerné.

Le Règlement précise l'étendue et la qualité de l'information à délivrer au participant.

L'information doit être accessible pour permettre au participant de comprendre la nature, les objectifs, les avantages, les implications, les risques et les inconvénients de l'essai clinique. Elle doit porter sur son droit de refuser de participer et son droit de se retirer de l'essai clinique à tout moment sans encourir de préjudice et sans devoir se justifier; sur les conditions dans lesquelles l'essai clinique doit avoir lieu, y compris la durée envisagée de la participation de l'intéressé à l'essai clinique; sur les traitements de substitution éventuels, y compris les mesures de suivi s'il est mis un terme à la participation de l'intéressé à l'essai clinique, sur le régime obligatoire de réparation des dommages éventuels, sur la possibilité d'accéder aux résultats de l'essai clinique.

Les informations doivent satisfaire aux exigences suivantes : être complètes, concises, claires, pertinentes et compréhensibles par une personne profane. Il est vérifié que le participant a compris les informations.

2°) Le droit à la protection des données à caractère personnel

Toutes les informations cliniques sont enregistrées, traitées, gérées et archivées par le promoteur ou l'investigateur, selon le cas, de manière à garantir la confidentialité des informations et des données à caractère personnel relatives aux participants, conformément au droit applicable en matière de protection des données à caractère personnel. Le promoteur peut demander au participant ou, lorsque celui-ci n'est pas en mesure de donner son consentement éclairé, à son représentant désigné légalement au moment où le participant donne son consentement éclairé pour participer à l'essai clinique, d'accepter que ses données soient utilisées en dehors du protocole de l'essai clinique exclusivement à des fins scientifiques. Le participant ou son représentant désigné légalement peut retirer ce consentement à tout moment. La recherche

scientifique qui exploite les données en dehors du protocole de l'essai clinique a lieu conformément au droit applicable en matière de protection des données, c'est-à-dire la directive 95/46/CE relative au traitement des données à caractère personnel.

Le Règlement cherche à améliorer la transparence dans le domaine des essais cliniques. À cette fin, la base de données de l'Union devrait contenir toutes les informations utiles concernant l'essai clinique qui ont été transmises par l'intermédiaire du portail de l'Union. Cette base doit être accessible au public. Elle doit permettre d'accéder pour un essai clinique, au résumé, au résumé destiné à une personne profane, au protocole et au rapport d'étude clinique, ainsi qu'aux données issues d'autres essais cliniques ayant utilisé le même médicament expérimental. Ce souci de transparence ne doit pas porter atteinte à la protection des données personnelles c'est la raison pour laquelle le règlement précise qu'aucune donnée à caractère personnel relative aux participants à un essai clinique ne devrait être enregistrée dans la base de données de l'Union. Les informations figurant dans la base devraient avoir un caractère public sauf si une information ne doit pas être publiée dans le but de sauvegarder le droit à la vie privée et le droit à la protection des données personnelles consacrés par les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le Règlement contient en outre une série de dispositions propres à certaines catégories de personnes vulnérables et des dispositions relatives aux essais cliniques en situation d'urgence qui apportent des garanties particulières non détaillées ici.

B. Le suivi des essais cliniques

Plusieurs types de contrôle sont institués par le règlement en vue d'assurer le suivi des essais en cours de réalisation.

1°) Les obligations du promoteur

Le promoteur et l'investigateur doivent conserver un dossier permanent de l'essai clinique. Celui-ci contient à tout moment les documents essentiels concernant l'essai clinique en question, qui permettent de contrôler la conduite d'un essai clinique et la qualité des données obtenues. Ce dossier est directement accessible, sur demande, aux États membres concernés.

Le promoteur doit notifier à l'Agence européenne des médicaments par voie électronique et sans délai toutes les informations pertinentes sur des suspicions d'effets indésirables graves et inattendus survenant dans le cadre d'un essai clinique, qu'elles soient survenues sur un site d'essai clinique dans l'Union ou dans un pays tiers. Le délai de notification à l'Agence varie en fonction de la gravité de l'effet, entre 7 jours à 15 jours, après la prise de connaissance de l'effet par le promo-

teur. L'arrêt temporaire ou l'arrêt anticipé de l'essai par le promoteur pour des raisons de sécurité du participant est notifié aux États membres concernés par le biais du portail de l'Union.

La notification est effectuée sans délai, et au plus tard dans un délai de quinze jours à compter de la date de l'arrêt temporaire ou de l'arrêt anticipé. La notification expose les raisons qui ont présidé à cet arrêt et précise les mesures de suivi. La reprise de l'essai clinique à la suite d'un arrêt temporaire nécessite de mettre en œuvre la procédure d'autorisation concernant une modification substantielle.

En outre, le promoteur doit transmettre à l'Agence un rapport annuel sur la sécurité de chaque médicament expérimental utilisé lors d'un essai clinique.

2°) Le contrôle opéré par les États membres et l'Union

Les États membres sont chargés de contrôler le respect du règlement et la Commission européenne contrôle le respect par les États membres de cette obligation.

Si un État membre concerné a des raisons justifiées d'estimer que les exigences fixées dans le présent règlement ne sont plus respectées, il peut prendre les mesures suivantes sur son territoire : révoquer l'autorisation de l'essai clinique; suspendre l'essai clinique; ou demander au promoteur de modifier l'essai clinique. Avant de prendre de telles mesures, l'État membre, demande l'avis du promoteur et/ou de l'investigateur sauf en cas d'urgence. Cet avis lui est transmis dans un délai de sept jours. L'État membre concerné doit immédiatement en informer tous les États membres concernés par le biais du portail de l'Union.

Les États membres désignent des inspecteurs qualifiés disposant d'une formation appropriée pour contrôler le respect du présent règlement. À la suite d'une inspection, l'État membre élabore un rapport qui sera mis à disposition de l'entité inspectée, du promoteur de l'essai et transmis par le biais du portail de l'Union. Ce sont les États membres qui déterminent le régime des sanctions applicables en cas de violation des dispositions du présent règlement et qui prennent toutes les mesures nécessaires pour garantir leur mise en œuvre.

La Commission peut effectuer des contrôles afin de vérifier si les États membres veillent correctement au respect du présent règlement. Ces contrôles sont effectués en coopération avec les États concernés.

De manière désormais habituelle en bioéthique, le règlement prévoit qu'il fera l'objet d'un réexamen 5 ans après son entrée en vigueur. La Commission européenne a pour mission de présenter un rapport tous les 5 ans sur la mise en œuvre du règlement et de proposer une mise à jour de ses dispositions avec pour objectif de maintenir la compétitivité de la recherche clinique en Europe. ■

LA LÉGISLATION QUÉBÉCOISE SUR LE DROIT À LA MORT MÉDICALEMENT ASSISTÉE

QUEBEC LEGISLATION ON END OF LIFE PROCEDURES

Par **Jean-Louis BAUDOUIN***

RÉSUMÉ

Le Québec a récemment adopté une loi concernant les soins de fin de vie, inspirée en partie des précédents néerlandais, belge et luxembourgeois.

Par contre elle se distingue de ceux-ci par sa réglementation beaucoup plus complète de ces soins qui couvre aussi la sédation palliative et les autres mesures propres à assurer au patient en phase terminale une mort dans la dignité et le respect de ses volontés.

MOTS-CLÉS

Euthanasie, fin de vie, sédation palliative, loi québécoise.

SUMMARY

Quebec recently adopted a piece of legislation on the treatment of terminally ill patients modeled in part on the Deutch, Belgian and Luxembourg precedents. However, it covers a wider ground and regulates palliative sedation and other means to insure death with dignity to terminally ill patients and the respect of their last wishes.

* Avocat-conseil, Fasken Martineau
Professeur associé à la faculté de droit
de l'Université de Montréal

KEYWORDS

Euthanasia, end of life, palliative sedation, Quebec legislation.

Le Québec s'est doté récemment d'une loi intitulée « *Loi concernant les soins de fin de vie* » (1) qui a été adoptée le 10 juin dernier.

Elle est l'aboutissement d'un long processus de consultations publiques et s'inspire des législations belge, luxembourgeoise et hollandaise. Le mot euthanasie a été volontairement banni du vocabulaire législatif québécois en raison, d'une part de son ambiguïté (ce terme désigne en effet différents scénarios d'aide à la mort) et d'autre part, de sa connotation péjorative depuis son utilisation par les nazis durant la seconde guerre mondiale.

Cette loi représente une étape significative de l'évolution de la pensée sociale et des attitudes des québécois sur la question, évolution qu'il convient de retracer brièvement.

C'est vers la fin des années 1980 et le début des années 1990, que la jurisprudence québécoise a formellement condamné l'acharnement thérapeutique et reconnu le droit de refuser d'être traité de la part d'un patient apte à donner un consentement libre et éclairé.

En 1989 le Code civil du Bas Canada était modifié (2) et établissait la règle de façon claire et non équivoque

(1) *Loi concernant les soins de fin de vie* L.Q. 2014, ch. 2.

(2) *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives* L.Q. 2014, ch. 54.

que personne ne pouvait être soumis, sans son consentement, à des soins de santé. Ces textes, avec quelques modifications ont d'ailleurs été repris par le nouveau Code civil du Québec de 1994 (3).

En 1992, une jeune femme atteinte du syndrome de Guillain-Barré s'est présentée devant le tribunal pour demander à celui-ci d'ordonner à l'hôpital où elle était soignée de cesser la ventilation artificielle dont elle était dépendante (4). La réponse du tribunal fut positive consacrant donc judiciairement le droit au refus du traitement, reconnaissant la primauté du principe de l'autodétermination et le caractère illégal et potentiellement criminel de l'acharnement thérapeutique parce que constituant des voies de fait (5). Ce premier jugement québécois accordait donc au patient un pouvoir concret et exclusif sur les décisions médicales le concernant. Quelques mois plus tard dans le cas d'un individu quadraplégique, le tribunal ordonnait, à sa demande (6) la cessation de tout support alimentaire artificiel en précisant deux éléments importants. Le premier est que le rôle du tribunal, à partir du moment où la capacité du patient était reconnue, n'est pas de savoir s'il s'agit ou non d'une décision raisonnable. La décision doit être respectée, en tout état de cause, et quelles que soient ses conséquences même si du point de vue médical elle peut être considérée comme non rationnelle. Le second est qu'il ne doit pas exister en la matière, de distinction entre un traitement au sens strict du terme et les soins médicaux, c'est-à-dire l'hydratation, l'alimentation artificielle et le soutien respiratoire.

Ces deux jugements ne consacraient évidemment pas un véritable droit subjectif à la mort, mais simplement le droit de se laisser mourir. En effet, ils ne rendaient pas le patient créancier d'un droit dont le médecin aurait été le débiteur (7).

Parallèlement l'aide au suicide avait suscité une importante controverse judiciaire. Le suicide assisté est encore à l'heure actuelle une infraction criminelle (8) punissable d'un maximum de 14 ans de prison.

(3) Article 10 et s. C.C.Q.

(4) *Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* [1992] R.J.Q. 361 (C.S.).

(5) Article 264.1 et s. du Code criminel. D'ailleurs dans une décision ontarienne, un médecin qui avait administré une transfusion sanguine à un témoin de Jéhovah inconscient, mais qui avait laissé une note de refus de traitement, a été condamné à des dommages intérêts. *Malette c. Shulman* [1990] 72 O.R. (2d) 417 (C.A.O.).

(6) *Manoir de la Pointe Bleue c. Corbeil* [1992] R.J.Q. 712. Un jugement tout récent vient de confirmer ces règles : *centre de Santé et des services sociaux - Pierre Boucher c. van Landshoot* 2014 QCCS 4284.

(7) Voir J.L. Baudouin et D. Blondeau « Éthique de la mort et droit à la mort », Paris PUF 1993; J.L. Baudouin « *Le droit de refuser d'être traité* » dans « *Justice Beyond Orwell* », Cowansville, Éditions Yvon Blais 1985 p. 216 et s.

(8) Article 241 C.cr.

En 1993, une personne de 42 ans atteinte de la maladie de Lou-Gehrig (sclérose latérale amyotrophique) (9) s'adressa à la Cour suprême du Canada en invoquant que l'interdiction de l'aide au suicide était inconstitutionnelle par ce que contraire aux dispositions de la Charte canadienne (10) et violait ses droits fondamentaux. Ce n'est que par une majorité d'une seule voix (5-4) que la Cour rejeta sa demande. À l'heure où ces lignes sont écrites, une nouvelle instance sur la même question est devant la Cour et il sera particulièrement intéressant de voir si l'opinion judiciaire du plus haut tribunal du pays a évolué au cours des ans (11).

Il convient, pour compléter ces quelques réflexions préliminaires de souligner que le droit civil québécois aux articles 2166 et s. C.C.Q., pour éviter les contestations comme celles-ci qui ont eu lieu en France récemment entre les membres d'une même famille, prévoit que toute personne majeure peut donner un mandat à une autre de prendre pour elle toutes décisions de traitement et donc de fin de vie en cas d'incapacité. Ce mandat est fait devant témoin et doit être préalablement homologué par le tribunal. C'est donc ce mandataire, à l'exclusion de toute autre personne, y compris éventuellement les autres membres de la famille, qui légalement peut décider pour le majeur devenu inapte et donc éventuellement revendiquer en son nom le retrait ou la continuation d'un traitement (12).

Ces quelques règles particulières du droit québécois étant rappelées, il convient maintenant de présenter la loi sur les soins de fin de vie.

I. LA GENÈSE DE LA LOI

On a souvent affirmé que l'adoption du nouveau Code civil du Québec de 1996 avait été un véritable projet collectif de société. La même chose peut, à notre avis, et à quelques nuances près, être dite de la loi sur l'aide médicale à mourir.

Le 4 décembre 2009, l'Assemblée nationale adoptait à l'unanimité une motion créant une commission parlementaire spéciale sur la question du droit de mourir dans la dignité.

Celle-ci, composée de 9 parlementaires choisis tant parmi la majorité que l'opposition a, dans un premier temps, entendu 32 experts principalement issus des

(9) *Rodriguez c. Colombie-Britannique* [1993] 3 R.C.S. 519.

(10) *Loi de 1982 sur le Canada* L.R.C. [1985] App. II no. 44.

(11) Il s'agit de l'affaire *Carter c. Canada* [2012] B.C.S.C. 886.

(12) L. LAFLAMME, B. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS - « *Le mandat donné en prévision de l'incapacité* », Cowansville, Éditions Yvon Blais 2008.

milieux médicaux, paramédicaux et juridiques. La Commission a produit ensuite en mai 2010 un document général de consultation dans le but d'initier la seconde phase de son projet, soit la consultation du public. Cette seconde étape a été à la fois très importante mais aussi déterminante des orientations de la commission, puisque 273 mémoires d'organismes et d'individus ont été présentés et que la consultation du public s'est entendue sur 23 jours d'audition.

On remarquera que les associations médicales (l'Association médicale du Québec, le Collège des médecins du Québec, la Fédération des médecins omnipraticiens du Québec et la Fédération des médecins spécialistes du Québec), de même que le Barreau du Québec et la Chambre des notaires ont toutes, à des degrés divers et avec certaines réserves, donné un accord de principe aux grandes lignes du projet de loi.

En mars 2013, la Commission déposait son rapport intitulé « Mourir dans la dignité » (13) faisant état de 24 recommandations parmi lesquelles on peut noter principalement les suivantes : l'établissement d'une politique d'ensemble en matière de soins palliatifs; l'attribution d'une valeur contraignante aux directives anticipées de fin de vie ; la reconnaissance de l'aide à mourir pour les majeurs aptes à donner un consentement libre et éclairé dans des conditions strictes et une procédure d'évaluation continue et systématique et de surveillance du système proposé. Le dépôt de ce rapport raviva naturellement le débat public et en 2013 un premier projet de loi fut déposé à l'Assemblée nationale. Après une pause de quelques mois causée par le déclenchement des élections, ce projet fut repris et adopté à une forte majorité le 5 juin 2014.

II. LES GRANDES ORIENTATIONS DE LA LOI

Les sondages effectués au fil des ans tant par les organismes médicaux que par la Commission parlementaire montrent que l'opinion publique était prête à accepter la démarche du législateur (14). Entre 70 et 80% des personnes interrogées se sont, en effet, montrées favorables à la légalisation d'une forme d'aide médicale à mourir.

Le législateur a cependant fait preuve d'une grande prudence et s'est efforcé de concevoir un système

cohérent, fonctionnel, efficace et respectueux de la personne humaine.

Trois grandes orientations de politique législative méritent d'être soulignées :

A) Caractère global de la réglementation

Le législateur a entendu, dans un seul et même texte, réglementer l'ensemble des scénarios possibles de soins de fin de vie et ne s'est donc pas limité à la seule hypothèse de l'euthanasie volontaire médicalement assistée. Il a délibérément voulu que l'aide médicale à mourir ne soit qu'une option parmi d'autres permettant ainsi d'en souligner le caractère exceptionnel. La loi vise donc également les soins palliatifs, les directives médicales anticipées et la sédation palliative continue. Il a entendu établir une politique d'ensemble en la matière, ce qui est, au demeurant, une excellente chose. L'absence de toute réglementation sur le suicide assisté s'explique cependant par le fait qu'il s'agit d'une question qui relève exclusivement de l'autorité fédérale canadienne, et qui si elle avait été abordée, risquait de mettre en péril l'ensemble du projet de loi.

B) Caractère exceptionnel de l'aide médicale à mourir

Le législateur a fait preuve d'une grande prudence dans l'accessibilité du droit à la mort :

En premier lieu, comme nous le verrons, les conditions d'accès à cette aide sont très strictes, sans être pourtant indûment complexes. Elles sont soumises à des impératifs catégoriques visant à s'assurer du caractère réfléchi et volontaire de la décision du patient et de sa capacité à décider par lui-même et pour lui-même.

En second lieu, le législateur a écarté l'option possible d'un accès universel à cette procédure. C'est ainsi qu'il en a exclu les enfants en exigeant l'âge de majorité (15) de même que les non-résidents pour éviter de créer éventuellement un « tourisme de la mort » (16). Il a aussi créé une exception, lorsque l'on examine les conditions posées, pour les personnes lourdement handicapées (par exemple, les quadraplégiques) puisqu'elles ne sont pas véritablement en fin de vie. Il en est également ainsi pour les personnes souffrant de la maladie d'Alzheimer ou d'autres formes de démence. Le rapport de la Commission parlementaire s'y était montré défavorable, tout en laissant la porte ouverte à l'idée de l'autoriser dans le futur (17). Il est

(13) « *Mourir dans la dignité* » Assemblée nationale du Québec - mars 2012. Disponible avec les documents de consultation, les mémoires et le visionnement des auditions publiques sur le site internet de l'Assemblée nationale : www.assnat.q.ca.

(14) Voir entre autres les résultats du questionnaire de la Commission « *Mourir dans la dignité* » op. cit. supra note 13 p. 127 et s.

(15) Article 26 [2].

(16) Article 26 [1].

(17) Rapport du groupe de travail conjoint sr l'aide médicale à mourir. Collège des médecins, 28 mars 2013.

certain que refus constitue une certaine forme de discrimination, mais la Commission a suggéré au Collège des médecins d'étudier la question et de proposer des solutions, ce qui fut fait récemment (18).

Le législateur par l'ensemble de ces restrictions, a donc voulu bien marquer que l'aide médicale à mourir restait une solution exceptionnelle et non universelle.

C) Caractère évolutif de la réglementation

La loi contient également plusieurs mesures de type administratif visant à mettre en place un monitoring, un contrôle continu et un processus de révision critique des demandes individuelles, et à permettre, à une échelle plus générale, d'assurer un suivi basé sur l'expérience.

Elle prévoit diverses dispositions pour garantir que toutes les conditions du protocole d'aide à mourir soient bien suivies et pour permettre la collecte continue des renseignements sur l'ensemble des cas traités, de façon, le cas échéant, à corriger des erreurs, à éviter de possibles abus et à assurer une meilleure administration du programme des soins de fin de vie (19).

Le législateur envoie donc clairement le signal que sa démarche s'inscrit dans un processus de continuité et que l'ensemble du système doit être constamment revu et corrigé si nécessaire. À cette fin, il crée une Commission multidisciplinaire pour conseiller le Ministre responsable sur l'application de la loi et ses éventuelles modifications (20).

III. LES QUATRE OPTIONS

Les soins palliatifs, les décisions anticipées et jusqu'à un certain point la sédation palliative représentent des options déjà connues pour le malade en phase terminale.

Le législateur en ajoute une quatrième : l'aide médicale à mourir.

A) L'aide médicale à mourir

Pour éviter toute confusion des genres, le législateur a jugé bon d'en définir le concept. Selon l'article 3(6) de la loi, cette notion s'entend (et le mot est important) d'un « soin » consistant en l'administration de médicaments ou d'autres substances par un médecin à une personne en fin de vie (notons, en

passant l'omission volontaire du terme « en phase terminale ») à sa demande dans le but de soulager ses souffrances mais aussi d'entraîner son décès.

Les conditions d'accès relèvent de la personne d'une part (21) et des devoirs ou obligations du médecin d'autre part (22). L'aide à mourir, comme on l'a déjà vu, ne peut pas être demandé par n'importe qui et dans n'importe quelles circonstances. Le patient doit être résident au Québec et majeur. Il doit aussi être en « fin de vie » ce qui écarte donc les personnes atteintes de démence. Ce concept, dont le contenu exact n'est pas défini par la loi devra être précisé par la pratique et il est possible qu'il soulève certaines interrogations puisqu'il peut s'analyser de diverses façons, l'évolution du temps demeurant ici un élément primordial. Le patient doit ensuite être atteint d'une maladie grave et incurable et avoir un état médical qui se caractérise par un déclin avancé et irréversible de ses capacités. Enfin, et cette condition est particulièrement importante, il doit éprouver des souffrances physiques ou psychiques constantes, insupportables et qui ne peuvent être soulagées dans des conditions que le patient juge tolérables. Notons ici deux éléments essentiels. Le premier est la reconnaissance de la souffrance psychologique comme donnant ouverture à une demande d'aide. La seconde est la subjectivité de l'évaluation du seuil de tolérance acceptable de la souffrance qui dépend donc de la seule décision du patient et non de celle du médecin.

L'ensemble du contenu de ces notions (caractère insupportable, déclin avancé, fin de vie, etc.) restera à définir progressivement par la pratique médicale.

Pour sa part, les obligations du médecin qui reçoit le formulaire de demande, sont multiples et clairement énoncées par la loi. Il doit, bien évidemment, vérifier le caractère libre de la demande, informer son patient du diagnostic relatif à sa maladie et de toutes les options thérapeutiques qui s'offrent à lui. Il doit aussi s'assurer de la persistance de la souffrance et de la volonté réitérée de celui-ci par des entretiens avec lui, avec les membres de l'équipe de soins et ses proches si le patient le demande. Il doit également permettre à celui-ci de s'entretenir de sa demande avec les personnes qu'il souhaite contacter.

Enfin, il doit requérir, condition particulièrement importante, et obtenir l'avis d'un second médecin indépendant pour confirmer le respect de toutes les conditions requises.

Lorsque cette procédure a été suivie, le médecin peut alors administrer l'aide à mourir, mais aux termes de l'article 30 de la loi doit le faire lui-même et accompagner son patient jusqu'à la fin.

(18) « Mourir dans la dignité » op. cit. supra note 13.

(19) Art. 8 et s.; et 48 et s.

(20) Art. 38 et s.

(21) Art. 26 à 28.

(22) Art. 29 et s.

Le législateur a prévu bien évidemment une clause de conscience (23) et il est certain que plusieurs médecins pour des considérations de morale personnelle ou religieuse refuseront de participer à ce processus. Comme le législateur entend que le droit de mourir puisse être exercé de façon universelle et sans discrimination, le médecin qui exerce son droit de refus doit en aviser immédiatement le directeur de l'établissement de santé dont il dépend, qui, à son tour, doit faire les démarches nécessaires pour trouver, le plus tôt possible, un médecin qui accepte de traiter la demande. Le Collège des médecins tiendra d'ailleurs un registre des médecins consentant à participer à l'administration de l'aide médicale à mourir.

Reste la question plus difficile de déterminer qui tranchera en dernier ressort en cas de divergence de vue entre le patient et le médecin sur le respect de ces conditions d'accès. Il est probable, selon la tradition canadienne, que ce soit alors la tâche des tribunaux.

Le risque évident eu égard à l'apparente lourdeur de la procédure prescrite est que l'aide à mourir ne puisse être fournie dans un temps raisonnable. D'éventuels délais sont toutefois inévitables puisqu'il s'agit de décisions de vie ou de mort qui ne sauraient être prises à la légère et que la procédure doit être à l'abri des dérapages. Il ne faudra donc pas s'étonner de constater certains retards (espérons pas trop importants) entre la formulation de la demande et sa mise en œuvre.

Toutes les conditions strictes imposées par le législateur laissent évidemment place à une bonne dose d'appréciation subjective mais permettent de constater, encore une fois, que celui-ci considère l'aide médicale à mourir comme un acte exceptionnel qui demande, pour éviter toute bavure, l'absolu respect d'un ensemble de modalités très contraignantes.

B) La sédation palliative continue

Le législateur a totalement séparé cette seconde option de la première. Définie à l'article 3 (50) de la loi, la sédation palliative continue est une pratique courante dans les établissements de santé, plus particulièrement en oncologie. C'est un soin offert dans le cadre des soins palliatifs qui consiste à administrer des médicaments à un patient en fin de vie pour soulager ses souffrances en le rendant inconscient de façon continue jusqu'à son décès.

C'est la personne elle-même ou celle qui légalement peut consentir pour elle qui doit faire cette demande. Son consentement doit être écrit, être le fruit d'une demande libre et éclairée après que l'information nécessaire sur le diagnostic de la maladie, le caractère irréversible de la sédation et sa durée probable lui ait

été fournie. La différence entre l'aide médicale à mourir et la sédation palliative continue est évidemment mince. Elle est cependant réelle puisqu'en principe la sédation ne provoque pas la mort (même si apparemment elle peut la hâter). Comme l'aide médicale à mourir, elle a pour but de soulager la souffrance durant la phase terminale de la maladie. L'aide à mourir se différencie de la sédation palliative en ce qu'elle provoque directement la mort. La sédation palliative semble être au Québec une pratique courante. Elle sera désormais mieux encadrée.

C) Les soins palliatifs

Il était évident dès le début du processus de consultation et dès les premières entrevues de la Commission que l'opposition à l'adoption d'un système d'aide médicale à mourir viendrait principalement de deux groupes. Les associations et groupes religieux d'une part et certains dirigeants d'organismes de soins palliatifs. Pour ces derniers, en effet, donner la mort est totalement incompatible avec la philosophie même des soins palliatifs qui visent à soulager la souffrance tout en laissant la maladie suivre son cours. Il s'agit donc d'une opposition idéologique parfaitement compréhensible. Ce ne sont pas cependant tous les promoteurs des soins palliatifs qui se sont opposés au projet. En effet, il est maintenant bien reconnu que les soins palliatifs ne sont pas une réponse universelle à la souffrance puisqu'il existe malheureusement des cas où leur efficacité est douteuse ou carrément nulle. La crainte, que la Commission a estimé non fondée, en se fondant sur l'expérience belge et hollandaise (24) est que la légalisation de l'aide médicale à mourir ne vienne compromettre le développement des soins palliatifs qui sont en pleine expansion. La Commission et le législateur ont perçu le danger d'une opposition vive et systématique de la part de certains acteurs des soins palliatifs. C'est pourquoi la première a fait une très importante série de recommandations (25) à leur égard afin d'améliorer le système, recommandations reprises d'ailleurs par le législateur.

La définition donnée à l'article 3(4) est caractéristique. On entend par soins palliatifs les soins actifs et globaux dispensés par une équipe interdisciplinaire aux personnes atteintes d'une maladie à diagnostic réservé, dans le but de soulager leurs souffrances sans hâter ni retarder la mort, de les aider à conserver la meilleure qualité de vie possible et de leur offrir et à leurs proches le soutien nécessaire. Les maisons de soins palliatifs devront désormais déterminer les soins qu'elles entendent offrir, se doter d'un code d'éthique et d'une politique précise sur les soins de fin de vie et

(23) Article 50.

(24) « Mourir dans la dignité » op. cit. supra p. 71.

(25) En effet, pas moins de 6 sur un total de 24 recommandations.

les publiciser dans des documents qui doivent être accessibles au patient et à ses proches.

Les soins palliatifs ont pris au Québec un essor considérable depuis quelques années (26). En outre, leur administration en dehors des maisons spécialisées, donc en milieu naturel c'est-à-dire à la résidence du patient, procédure relativement nouvelle est en plein développement. Il est donc probable que l'adoption de l'aide médicale à mourir ne leur portera pas ombrage puisqu'encore une fois, la philosophie de ces deux types d'interventions est totalement différente. Ce qui reste important est que le patient qui remplit toutes les conditions pour être admissible aux deux protocoles puisse bénéficier d'un choix libre et éclairé.

D) Les directives anticipées de fin de vie

Comme il a été mentionné plus haut, le Québec a institué le mandat d'inaptitude qui permet donc à une personne de déléguer à une autre le droit de décider pour elle lorsqu'elle devient incapable de le faire. C'est une procédure assez utilisée et qui, dans bien des cas évite les conflits entre différents membres d'une même famille et entre ceux-ci et le personnel médical. Il n'en demeure pas moins que de nombreuses personnes donnent, lorsqu'elles sont encore aptes, des directives soit oralement, soit par écrit mais sous des formes diverses. Celles-ci sont souvent incomplètes ou trop générales pour permettre au médecin de s'y fier. En outre, leur valeur juridique comme instrument contraignant pour le praticien est douteuse puisqu'elles sont souvent faites plusieurs années avant qu'elles ne soient applicables et que ce dernier est souvent dans l'impossibilité de s'assurer au moment de prendre les décisions, qu'elles représentent encore bien la volonté du patient. La Commission a d'ailleurs trouvé que très peu de médecins s'estimaient liés par celles-ci. C'est pour leur assurer une valeur contraignante que le législateur est intervenu pour les encadrer. Les directives anticipées doivent désormais être faites par acte notarié et versées à un registre créé à cette fin et au dossier du patient. Elles peuvent naturellement être révoquées ou modifiées en tout temps, mais ont un effet contraignant puisque l'article 58 de la loi prévoit qu'elles ont la même valeur juridique que les volontés exprimées directement par une personne apte à consentir. Le législateur a toutefois imposé une importante restriction : l'aide médicale à mourir ne peut être demandée par de telles directives, ce qui, encore une fois consacre le caractère restrictif et exceptionnel de celle-ci (27).

(26) Voir entre autres « *Politique en soins palliatifs de fin de vie* ». Ministère de la Santé et des services sociaux Québec 2004.

(27) Voir la question l'intéressant, article de J.J.M. Van Delden « *The Unfeasibility of Requests for Euthanasia in Advance Directives* » 2004. J. Med Ethics 30 (p.447-452).

IV. CONCLUSION

Plusieurs questions importantes restent à régler avant que la loi, du moins dans ses principales nouvelles dispositions, n'entre en vigueur le 10 décembre 2015 et ne connaisse donc une application appropriée.

La première, et peut-être la plus importante, touche la constitutionnalité des dispositions relatives à l'aide médicale à mourir puisque celle-ci est en réalité la légalisation d'une euthanasie volontaire médicalement assistée. En effet, en raison du partage des compétences législatives entre le gouvernement fédéral canadien et les provinces, le droit criminel est du ressort exclusif du premier. Or celui-ci défend qu'une personne puisse consentir à sa mort (28) et pénalise le fait de donner la mort comme constituant un meurtre avec préméditation (29). Il est donc probable que cette partie de la loi touchant l'aide médicale à mourir fasse l'objet, jusqu'en Cour suprême, d'une contestation constitutionnelle. Le système mis en place par le législateur québécois pour éviter cette difficulté, puisque la province a pleine juridiction en matière de soins de santé, est que le Directeur des poursuites criminelles exerce désormais son pouvoir discrétionnaire dans le sens prévu par la nouvelle législation et refuse de porter des accusations contre le médecin qui a respecté les conditions d'administration de l'aide médicale à mourir. Le Directeur des poursuites criminelles est un haut fonctionnaire sous l'autorité du Procureur général de la province (30) et qui décide de l'opportunité ou non des poursuites criminelles judiciaires.

La seconde difficulté va être la mise en place du système de l'aide médicale à mourir (confection des formulaires, information et formation des médecins, préparation d'une liste des praticiens consentant à l'administrer, mise en place des mesures administratives dans les différents centres de santé, etc.). Comme on ne change pas les attitudes du jour au lendemain, plusieurs complications et certains délais sont normalement prévisibles.

L'expérience québécoise jusqu'ici, est heureuse. Les leçons tirées des modèles hollandais, belge et plus récemment luxembourgeois montrent, contrairement à ce qu'ont prétendu certains, que les dérives ou dérapages en la matière sont rares et donc que l'argument désormais classique de la « pente glissante » ne peut pas être retenu.

Il faut savoir gré au législateur québécois d'avoir osé présenter cette importante réforme, de l'avoir minutieusement préparée et d'avoir ouvert largement la porte à la consultation populaire.

Le droit à la mort reste bien entendu la dernière et ultime liberté de la personne humaine. ■

(28) Article 14 C.cr.

(29) Article 229 C.cr.

(30) *Loi sur la direction des poursuites criminelles et pénales* L.R.Q. CD-9.1.1

FIN DE VIE ET TROMPERIE POST-MORTEM AU JUGEMENT

ENF OF LIFE AND POST MORTEM SCAM JUDGEMENT

Par **Christian BYK***

RÉSUMÉ

La requérante, une personne âgée suisse, qui ne se trouvait pas en phase terminale, se plaignait devant la Cour européenne des droits de l'homme de n'avoir pu, malgré sa volonté persistante de mettre fin à ses jours, obtenir directement, après le refus opposé par les médecins, une dose de produit létal. Arrivant à ce que la cour soit saisie de son cas après son décès, elle a obtenu un jugement par tromperie dont la cour a dû dire qu'il était sans effet juridique.

MOTS-CLÉS

Fin de vie, CEDH, mort du requérant, tromperie au jugement, absence de validité juridique.

SUMMARY

An elderly Swiss person, who was not in the terminal phase, complained to the European Court of Human Rights of having not been able, despite her persistent desire to end her life, to obtain directly, after the refusal by doctors, a lethal drug. By managing to bring her case after death in the court, she got a scam judgment which the court has finally to say it has no legal validity.

KEYWORDS

End of life, ECHR, death of the claimant, scam judgement, no legal validity.

* Magistrat, secrétaire général, Association internationale droit, éthique et science.

En droit français, le fait de tromper son juge afin d'obtenir une décision favorable aux dépens d'autrui peut, dans certains cas, être qualifié d'« escroquerie au jugement ». Heureusement rare mais parfois ingénieuse, cette pratique n'en suscite pas moins des émules qui savent habilement frôler les limites que la loi impose.

La présente situation, sur laquelle nous nous garderons de nous prononcer d'un point de vue pénal, ce qui, au demeurant, ne présente plus d'intérêt, l'auteur des faits étant décédé, trouve sa particularité dans le fait que la juridiction trompée est la Cour européenne des droits de l'homme et que l'acte en cause (dont la Cour estime qu'il visait à l'induire en erreur) « portait sur la substance même du grief ».

En effet, la requérante, une personne âgée qui ne se trouvait pas en phase terminale et dont l'état de santé n'avait pas la gravité requise par les directives de l'Académie suisse des sciences médicales, auxquelles se réfère la loi suisse, se plaignait de n'avoir pu, malgré sa volonté persistante et argumentée de mettre fin à ses jours, obtenir directement, après le refus opposé par les médecins, une dose de produit létal.

Saisie de cette situation, par un arrêt du 14 mai 2013 (Gross c. Suisse n°67810/10), la Cour européenne des droits de l'homme avait alors conclu à la violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), estimant que le droit suisse ne définissait pas avec suffisamment de clarté les conditions dans lesquelles le suicide assisté était autorisé. Cette jurisprudence présentait un aspect particulièrement intéressant car c'est par le biais des obligations positives de l'État vis-à-vis du respect de la vie privée (X et Y c. Pays-Bas, 26 Mars 1985, § 23, Séries A no. 91, et Tysi c. Pologne, no. 5410/03, § 110, ECHR 2007I) que la Cour avait statué. Après avoir souligné (Haas c. Suisse, no. 31322/07, §§ 15-16, ECHR 2011, C. Byk, Suicide digne et obligation de l'État, JCP G, 2011, 122) que ces obligations justifiaient, au nom de la protection de la santé, de la sûreté publique et de la prévention d'infractions pénales, la restriction d'accès

au pentobarbital sodique, « le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention oblige(ant) les États à mettre en place une procédure propre à assurer qu'une décision de mettre fin à sa vie corresponde bien à la libre volonté de l'intéressé » (§ 58), la Cour s'interrogeait sur la situation inverse visant à savoir si l'État avait fait preuve de carence en ne mettant pas en place des règles de conduite définissant, si et dans quelles circonstances, les médecins pouvaient être autorisés à prescrire une dose létale à une personne saine d'esprit et ne souffrant pas d'une maladie en phase terminale. (para.63). Sa réponse positive tenait dans une comparaison entre la règle générale, fixée par le code pénal suisse, de non incrimination de l'assistance au suicide en l'absence de motif égoïste et sa mise en œuvre, qui renvoyait aux seules directives de l'Académie suisse des sciences médicales, qui ne s'appliquent qu'aux personnes en phase terminale. Ainsi, en ne donnant aucune référence claire applicable à la situation de la requérante, les autorités suisses avaient, dissuadant les médecins de prescrire la dose létale demandée, créé chez la requérante un état d'angoisse et d'incertitude réalisant une violation de l'article 8. Toutefois, la Cour estimait qu'en raison du principe de subsidiarité, il ne lui appartenait pas de se prononcer sur le contenu substantiel des règles que l'État doit adopter pour mettre fin à cette carence.

L'affaire a été ultérieurement renvoyée devant la Grande Chambre à la demande du gouvernement

suisse, qui a fait connaître à la Cour en janvier 2014 qu'il venait d'apprendre le décès de la requérante intervenu en 2011 !

Dans son arrêt (définitif) de Grande Chambre du 29 septembre 2014, la Cour, conformément à sa jurisprudence (1), déclare la requête irrecevable en considérant que la requérante a entendu l'induire en erreur, relevant qu'« en particulier, l'intéressée a(vait) pris des précautions spécifiques pour éviter que la nouvelle de son décès ne fût révélée à son avocat, et en définitive à la Cour, afin d'empêcher cette dernière de mettre fin à la procédure dans son affaire. » et en conclut que « le comportement de la requérante s'analyse en un abus du droit de recours individuel (article 35 § 3 a) de la Convention » (2). En conséquence de cet arrêt de la Grande Chambre, « les conclusions de la chambre dans l'arrêt du 14 mai 2013, qui n'est jamais devenu définitif, perdent toute validité juridique. » ■

(1) CEDH, Guide pratique de la recevabilité, Strasbourg, 2010, p 35, para.136, la désinformation de la Cour.
http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/JANVIER2012/Guide_pratique_FRE.pdf

(2) Toutefois, eu égard au fait que la requérante est décédée sans laisser d'héritiers ou de descendants, plusieurs juges ont émis une opinion dissidente suivant laquelle la Cour aurait dû décider qu'il ne se justifiait plus de poursuivre l'examen de la requête sans qualifier le comportement de Mme Gross d'abus de droit.

RETOUR SUR LE SORT RÉSERVÉ AU CORPS DES ENFANTS MORT- NÉS...

CEDH 12 JUIN 2014

MARIC C/ CROATIE REQUÊTE N°50132/12

*BACK TO THE TREATMENT DEDICATED
TO THE BODY OF STILLBORN CHILDREN*

Par **Maryline BRUGGEMAN***

RÉSUMÉ

Par un arrêt rendu le 12 juin dernier, la Cour européenne condamne la Croatie pour avoir éliminé le corps d'un enfant mort-né avec des déchets hospitaliers sans en aviser les parents. La réalité de l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée et familiale des parents ainsi que l'absence de toute justification de cette atteinte étaient en l'espèce incontestables. En revanche, la portée de cette décision demeure incertaine : est-il désormais impossible de recourir au procédé d'élimination des déchets hospitaliers pour les corps des enfants mort-nés ?

MOTS-CLÉS

Déchets hospitaliers, corps, enfant mort-né, vie privée et familiale.

SUMMARY

On June 12th, the European Court of human rights has condemned Croatia for the disposal of a stillborn child as clinical waste without the parents' consent.

The violation of parents' right of privacy and family life and the lack of any reason for this violation were unquestionable.

However, the significance of this decision is still unpredictable: henceforth, is it today impossible to dispose the body of a stillborn child with clinical waste?

KEYWORDS

Clinical waste, human body, stillborn child, right of privacy and family life.

En condamnant la Croatie le 12 juin dernier pour avoir détruit le corps d'un enfant mort-né en même temps que des déchets hospitaliers, la CEDH (1) est revenue sur la question controversée du traitement réservé à ces corps humains si particuliers. S'il faut certainement modérer sa portée, l'arrêt rendu n'en exprime pas moins l'exigence des juges européens s'agissant du respect dû aux sentiments des parents d'enfants nés sans vie.

En 2003, l'épouse du requérant avait donné naissance, au cours du 9^e mois de grossesse, à un enfant mort. Après avoir procédé à son autopsie, l'hôpital avait éliminé le corps selon la procédure applicable aux déchets hospitaliers. L'établissement ne put dès

* MCF - HDR UT1 - maryline.bruggeman@ut-capitole.fr

(1) CEDH, n°50132/12, 12 juin 2014.

lors fournir aux parents les renseignements qu'ils demandèrent peu de temps après quant au lieu où l'enfant était inhumé. Ils engagèrent alors une action en justice afin d'obtenir réparation de leur préjudice moral mais, bien qu'elles admissent que le cadavre n'aurait pas dû être éliminé avec les déchets hospitaliers, les juridictions nationales estimèrent leur demande infondée, aucune disposition légale n'obligeant l'hôpital à informer les parents du lieu où le corps avait été enterré. Le père saisit alors la CEDH alléguant une violation de l'article 8 de la Convention. L'arrêt rendu conclut à l'unanimité en sa faveur : le recours à la procédure d'élimination des déchets hospitaliers, sans en aviser les parents, a porté atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale du requérant. Les faits particuliers de l'espèce rendent cette conclusion incontestable, qu'il s'agisse de la réalité de l'atteinte portée au droit des parents de l'enfant mort-né (I), comme de l'absence de justification de cette atteinte (II). Néanmoins, demeure incertaine la portée de cette décision marquée à l'évidence par des considérations d'espèce : la Cour européenne condamne-t-elle désormais tout recours au procédé d'élimination des déchets hospitaliers pour les corps des enfants mort-nés ?

I. UN PROCÉDÉ ATTENTATOIRE AU DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE DES PARENTS D'ENFANTS MORT-NÉS

Rappelant que les concepts de vie privée et familiale ne peuvent faire l'objet d'une définition exhaustive (2), la Cour conclut sans surprise à l'applicabilité de l'article 8 au litige (§59 et 60) et à l'existence d'une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale des parents. Cette ingérence paraît en outre nécessairement constituée lorsqu'il est fait usage de la procédure d'élimination des déchets sans recueillir l'accord exprès des parents.

Une ingérence incontestable. C'est l'absence d'information donnée aux époux Maric quant au sort de leur enfant qui permet aux juges européens de conclure à l'ingérence dans leur droit au respect de la vie privée et familiale. En l'espèce, les parents avaient laissé à l'hôpital le soin de pratiquer une autopsie de l'enfant et de procéder à l'enterrement. Ce n'est qu'après qu'ils souhaitèrent obtenir des informations, informations que l'hôpital ne fut pas en mesure de leur fournir : la Cour relève que le gouvernement n'a apporté aucune preuve du fait que l'hôpital aurait dûment informé les parents quant au sort qu'allait connaître le corps de leur enfant (§63), rappelant que l'accord verbal des

parents à ce que l'hôpital prenne en charge le corps n'implique pas leur accord tacite à sa destruction en même temps que les déchets hospitaliers.

L'absence d'information, principalement dénoncée par la Cour, paraît donc rédhibitoire. La Cour rejoint ici sa jurisprudence en matière funéraire et se réfère par ailleurs expressément à certaines de ses précédentes décisions et en particulier à l'arrêt *Hadri-Vionnet contre Suisse* (3). La Cour y concluait que l'inhumation d'un enfant mort-né par des agents communaux, sans avoir consulté les parents, constituait une ingérence dans leur droit au respect de la vie privée et familiale. C'est sur la base de la même argumentation qu'elle condamne ici l'État croate.

Une ingérence inévitable ? Il serait donc logique d'en déduire que le fait d'informer les parents du traitement qui sera appliqué au corps de leur enfant mort-né permet d'éviter toute critique au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Pourtant, il apparaît que c'est davantage la conséquence du défaut d'information, que le défaut d'information lui-même, qui porte atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale : laissés dans l'ignorance, les parents ne peuvent ni consentir ni s'opposer à ce procédé alors même que l'incinération des corps les prive de la possibilité de se recueillir sur la tombe de leur enfant. Dès lors si l'information des parents paraît incontournable, il est également nécessaire de recueillir en outre leur accord. À défaut, leur droit au respect à la vie privée et familiale serait nécessairement atteint comme ce fut le cas en l'espèce.

Pour autant, l'ingérence d'un État dans le droit au respect de la vie privée et familiale peut être tolérée, selon l'article 8-2 de la Convention européenne des droits de l'homme, à condition d'être « prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Il ne pouvait cependant en être ainsi en l'espèce, en l'absence de disposition légale autorisant le recours à la procédure d'élimination des déchets hospitaliers.

II. UNE ATTEINTE AU DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE DES PARENTS DE L'ENFANT MORT-NÉ INJUSTIFIÉE

La Cour écarte toute possibilité de justification de l'ingérence constatée du fait de l'absence de prévision

(2) V. J-CL Civil, Fasc. 6524, Convention européenne des droits de l'homme, droit au respect de la vie privée et familiales, spéc. n°18.

(3) CEDH, 5^e sect., 14 févr. 2008, n°55525/00, D.2008, 1435, obs. J.C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; Procédures 2008, comm. 270, obs. N. Fricero ; RTDciv. 2008, p.257, obs. J.-P. Marguénaud.

légale relativement à la destruction des corps de fœtus de plus de 22 semaines. Ce motif la dispense de poursuivre ses recherches plus avant, en particulier s'agissant de la conformité de l'atteinte constatée aux exigences d'une société démocratique (§71).

Une ingérence non prévue par la loi. Reprenant les conclusions des juridictions nationales, l'arrêt relève que la procédure utilisée, à savoir la destruction du cadavre avec les déchets hospitaliers, n'est prévue en droit interne que pour les fœtus de moins de 22 semaines (§38). S'agissant dans le cas d'espèce d'un enfant mort dans le courant du 9^e mois de grossesse, elle est jugée « contraire au droit interne pertinent ». La CEDH reprend également les conclusions des juridictions nationales selon lesquelles il n'existait pas en la matière de réglementation cohérente et dénonce ainsi indirectement un « vide législatif », seul le sort des enfants mort-nés de moins de 22 semaines étant apparemment réglé par la loi.

Illégal dans l'hypothèse soumise à la Cour, le recours à la procédure d'élimination des déchets hospitaliers était nécessairement contraire aux droits garantis par la Convention européenne. Néanmoins, la réciproque est également vraie : le recours à ce procédé pourrait être toléré s'il entrerait dans la marge d'appréciation laissée aux États par l'article 8-2 de la Convention ce qui implique *a minima* qu'il soit expressément prévu par le droit interne. Ainsi en est-il en droit croate pour les enfants mort-nés de moins de 22 semaines mais également en droit français, pour les enfants « ne pouvant pas être déclarés sans vie à l'état civil ». En effet, depuis 2006, le code de la santé publique distingue deux situations (4) : les articles R.1112-68 et suivants du Code de la santé publique imposent, en accord avec la famille, l'inhumation ou la crémation du corps des enfants « pouvant être déclarés sans vie à l'état civil » (5) alors que lorsqu'il est impossible d'obtenir

un acte d'enfant sans vie, le corps du fœtus est soumis au régime des pièces anatomiques – qui est le même que celui applicable aux déchets d'activités de soins (6) – et doit être incinéré (7).

Mais si, en France, le recours à ce procédé est prévu par la loi, cela ne saurait suffire à effacer l'ingérence commise dans le droit au respect de la vie privée et familiale des parents. En effet, au vu de la jurisprudence de la CEDH et de la conception extensive du droit au respect de la vie privée et familiale qu'elle exprime, rien ne permet d'écarter du domaine de l'article 8 la question du sort des enfants de moins de 22 semaines ou « ne pouvant être déclarés sans vie à l'état civil » ; plaide pour cette même interprétation la généralité de la motivation de l'arrêt ici commenté lequel ne distingue pas selon le degré de développement de l'enfant mort-né (8). Certes en l'espèce s'agissait-il d'un enfant proche du terme mais à l'évidence seul le ressenti des parents comptait : la jurisprudence européenne confie aux parents le soin de dire si le corps sans vie est celui d'un enfant auquel ils jugent nécessaire de témoigner le même respect qu'à celui d'un enfant né vivant. Ainsi qu'ont pu le relever certains commentateurs, « *ce n'est pas le corps de l'enfant mort-né qui est protégé en tant que tel mais les sentiments de respect qu'il inspire aux parents* » et « *il appartient aux États signataires de la Convention de permettre à leurs citoyens d'organiser et de manifester ce respect lorsqu'ils le souhaitent envers la dépouille mortelle de leur enfant quel que soit son statut au regard de l'état civil* » (9).

Une ingérence injustifiable ? Une telle analyse conduit à écarter la procédure d'élimination des déchets dès lors que les parents s'y opposent. Or si tel est le cas en droit français s'agissant des enfants pouvant être déclarés sans vie à l'état civil, il n'en est rien s'agissant de ceux qui ne peuvent faire l'objet d'une telle déclaration, l'accord des parents n'étant même pas envisagé pour permettre leur élimination avec les déchets hospitaliers. La question se pose donc de savoir si cette atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale des parents, prévue par la loi, est tolérable. La réponse à cette interrogation repose sur l'appréciation du cri-

(4) D. n°2006-965, 1^{er} août 2006 *relatif au décès des personnes hospitalisées et aux enfants pouvant être déclarés sans vie à l'état civil dans les établissements publics de santé* (JO 3 août) ; texte adopté à la suite de la découverte au cours de l'été 2005 à l'hôpital Saint Vincent de Paul à Paris de plus de trois cents corps d'enfants mort-nés et de fœtus conservés à l'insu de leurs parents et codifié désormais aux articles R.1112-68 et suivants du Code de la santé publique (N. Baillon-Wirtz, « La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit français », Dr. Famille 2007, Études, 13).

(5) L'article R.1112-75 CSP offre alors au père ou à la mère de l'enfant un délai de 10 jours à compter de l'accouchement pour réclamer le corps. En cas de non réclamation, l'établissement hospitalier a 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. Ainsi même s'ils renoncent à prendre en charge les funérailles, celles-ci sont malgré tout organisées et les parents peuvent avoir accès aux informations les concernant et éventuellement se recueillir sur la tombe de leur enfant.

(6) Art. R.1335-9 CSP, « [l]es pièces anatomiques sont des organes ou des membres, aisément identifiables par un non-spécialiste, recueillis à l'occasion des activités de soins ou des activités déterminées au dernier alinéa de l'article R. 1335-1. ».

Art. R.1335-2, R. 1335-10 et R. 1335-11 CSP

(7) Cette obligation incombe à la personne qui produit les déchets.

(8) La qualification d'enfant mort-né n'est pas juridique et recouvre une grande diversité de situations. Elle désigne celui qui est mort en venant au monde (V° « mort-né », in *Le Robert*) sans que soit fait référence à une durée de gestation. L'expression ne vise donc pas l'enfant né vivant mais non viable qui peut pourtant être soumis au même régime, tant sur le plan du droit civil que du droit de la santé publique, qu'un enfant né mort.

(9) V. D.2008, 1435, obs. J.C. Galloux et H. Gaumont-Prat.

tère de distinction retenu par le droit français, à savoir la possibilité ou non d'obtenir l'établissement d'un acte d'enfant sans vie à l'état civil (10). Cet acte, établi à la demande des parents par un officier de l'état civil, ne peut être délivré qu'à la condition d'obtenir au préalable un certificat médical d'accouchement (11). Ce certificat sera délivré dans les cas d'accouchement spontané ou provoqué pour raison médicale ou encore d'interruption médicale de grossesse ; il sera en revanche refusé dans les hypothèses de fausse couche précoce ou d'IVG. La distinction repose donc sur une appréciation d'ordre médical et, de manière implicite, sur le degré de développement du fœtus ; si une dis-

tingtion sur ce fondement peut être faite, celle retenue par les textes français en vaut bien d'autres retenues par nos voisins européens. Néanmoins, c'est le principe même de cette distinction qu'interroge l'arrêt rendu, son raisonnement conduisant à faire des parents, les seuls à même d'apprécier l'existence d'une atteinte à leur droit au respect de leur vie privée et familiale... Cela conduit en effet à s'interroger sur l'étendue de la marge d'appréciation restant aux États dans ce domaine davantage empreint de sentiments que de raison. ■

(10) Selon l'article 79-1 du Code civil, lorsque l'enfant naît vivant mais non viable ou bien est mort-né, il ne peut être établi d'acte de naissance et seul un acte d'enfant sans vie est envisageable. Il respecte en cela la fonction de l'état civil qui est de servir de preuve de l'état de la personne juridique, qualité qu'un être humain ne peut se voir reconnaître qu'à la condition d'être né vivant et viable (V. M. Pierre, "le cas de l'enfant sans vie" In C. Neirinck (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, LGDJ 2008, p. 57).

(11) Cette condition remplace la référence aux critères de viabilité de l'OMS – 22 semaines de grossesse ou 500 grammes – que la Cour de cassation avait écartés comme non prévus par l'article 79-1 alinéa 2 du Code civil (V. Cass. Civ. 1^{re}, 6 février 2008, 3 arrêts, n°06-16.498, n°06-16.499, n°06-16.500, RJPJF 2008-4/12, obs. F. Sauvage : « [...] alors que 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, la cour d'appel, qui a ajouté au texte des conditions qu'il ne prévoit pas »). V. Décret n° 2008-800 du 20 août 2008 *relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du code civil* et 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*, JO 22 août.

FLOURENS (MARIE-JEAN-PIERRE), 13 AVRIL 1794 - 16 DÉCEMBRE 1867

*FLOURENS (MARIE-JEAN-PIERRE),
13 APRIL 1794 - 16 DECEMBER 1867*

Par **Vincent-Pierre COMITI***

RÉSUMÉ

Physiologiste français du système nerveux, Marie-Jean-Pierre Flourens, (13 avril 1794 - 16 décembre 1867), étudia les fonctions du système nerveux, grâce, notamment, à l'utilisation de poisons. Si certaines de ses conclusions ne nous semblent pas pertinentes, sa démarche est avant tout expérimentale et ses résultats ont marqués son siècle. Déiste, il lui fut cependant reprocher d'être matérialiste.

MOTS-CLÉS

Physiologiste français, expérimentations par les poisons, neurologue du XIX^e siècle, étude du système nerveux.

SUMMARY

French Physiologist of the nervous system, Marie-Jean-Pierre Flourens, (April 13th 1794-16th December 1867), studied the functions of the nervous system, with, in particular, the use of poisons. If some of his conclusions do not seem to us relevant, his approach is above all experimental and his results stood out his century. He was deist, but some people says he was materialistic.

* Responsable du département d'histoire de la médecine,
Laboratoire d'Anthropologie physique,
Collège de France

KEYWORDS

French physiologist, experimentations by poisons, neurologist of the XIXth century, study of the nervous system.

GÉNÉRALITÉS

Voici comment Marie-Jean-Pierre Flourens est présenté sur le site de l'Académie française (première partie) : « Marie-Jean-Pierre Flourens, Elu en 1840 au fauteuil 29. Prédécesseur Joseph Michaud, Successeur : Claude Bernard.

Grand officier de la légion d'honneur, Professeur au Collège de France, Physiologiste. Né à Béziers, le 13 avril 1794. Célèbre physiologiste, il fut reçu à l'Académie des Sciences en 1828, en devint secrétaire perpétuel en 1833 et y prononça des éloges de savants : professeur d'anatomie au Muséum en 1830, il fut administrateur de cet établissement, membre de nombreuses académies étrangères, professeur au Collège de France en 1855, et collabora aux journaux scientifiques ».

JEUNESSE ET ÉTUDES

Né à Maureilhan le 13 avril 1794, Marie-Jean-Pierre Flourens est décédé le 6 décembre 1867 à Montgeron. Il fait des études de médecine à Montpellier, obtient son doctorat en 1813 puis se rend en 1814 à Paris pour rencontrer Jean-Baptiste Lamarck, Etienne Geoffroy Saint-Hilaire et Antoine Portal.

CARRIÈRE PROFESSIONNELLE

Il commence alors des recherches sur le système nerveux et très rapidement acquiert une notoriété certaine. Ses animaux de prédilection sont le lapin et la grenouille. Par des lésions spécifiques sur le cerveau il étudie leurs effets sur la motricité et la sensibilité car il cherche à vérifier la notion de localisation cérébrale telle que l'avait prônée Franz Gall, dont il ne cessera de combattre les idées. Son expertise aura pour conséquence la condamnation par l'Académie des sciences de la phrénologie. Il étudiera aussi les effets de l'éther et du chloroforme, qui s'avèrent être pourvus de propriétés anesthésiques. Dès 1847 il établit la propriété anesthésique du chloroforme, substance découverte par Soubeyran en 1832. Proche de Georges Cuvier (1769-1832, il lui succède au Collège de France et l'aide au Muséum national d'histoire naturelle. En 1855 il obtient la chaire « Histoire naturelle des corps organisés » au Collège de France, consécration ultime d'une brillante carrière universitaire.

On lui doit notamment une nouvelle approche de l'expérimentation grâce à l'utilisation de poisons, comparés par Bernard (Claude) à des « sortes de scalpels physiologiques » (1).

Au Muséum, il succédera à Portal (Antoine), et en 1838 il occupe la chaire de physiologie comparée.

ENVIRONNEMENT FAMILIAL

Il était le mari d'une fille du Général de l'Empire, Clément d'Aerzen. Il eut comme fils Emile Flourens (1841-1920) qui fut ministre des affaires étrangères (1886-1888) et Gustave Flourens, professeur au Collège de France (Chaire d'Anthropologie), et général de la Commune tué sur les barricades en 1871.

HONNEURS

En 1828 Flourens est élu à l'Académie des sciences (section d'Économie rurale et art vétérinaire), puis il est élu secrétaire perpétuel de cette académie dès 1833. En 1835 il est accueilli au sein de la Royal Society (membre étranger). En 1840, il est élu à l'Académie française contre Victor Hugo.

(1) Nous renvoyons à la très belle étude de Georgette Légée : « Pierre Flourens, physiologiste et historien des sciences », Abbeville : F. Paillart, 1992, 2 vol.

L'HOMME PUBLIC

Sa carrière politique ne sera guère étoffée. Élu député de l'Hérault en 1838, il est battu l'année suivante. Louis-Philippe le fait Pair de France en 1846.

CONTEXTE SCIENTIFIQUE

Il est fort riche puisque Flourens est contemporain de Georges Cuvier (1769-1832), Jean-Baptiste Lamarck (1744-1829), Claude Bernard (1813-1878) ou Charles Darwin 1809-1882) et Pasteur (1822-1895).

TRAVAUX

Deux ouvrages vont nous retenir : le premier est de 1824. Il est composé des mémoires lus par Flourens à l'Académie royale des sciences en 1822 et 1823 : « *Recherches expérimentales sur les propriétés et les fonctions du système nerveux dans les animaux vertébrés* », Paris : Crevot, 1824, 333 p. Le deuxième est relatif à « *De la vie et de l'intelligence* », Paris : Garnier frères, 1858, 2^e éd., 1858, 285 p. Le premier nous livre des résultats liés à des expérimentations qui ouvrent la voie à la « méthode expérimentale » que décrira Bernard (Claude), le deuxième expose des réflexions proprement philosophiques et métaphysiques.

Dans « *Recherches expérimentales*, Flourens indique s'être efforcé d'expérimenter « *séparément sur les nerfs, sur la moelle épinière, sur le cerveau, sur les diverses parties du cerveau ; et que, dans l'exploration de chacune des parties, j'ai mis le soin le plus scrupuleux à n'intéresser qu'elle, et à me sauver par là de toute complication étrangère* » (p.III). Il isole ainsi les différentes fonctions du système nerveux :

« *Ainsi donc, les facultés intellectuelles et sensibles résident dans les lobes cérébraux ; la coordination des mouvements de locomotion, dans le cervelet ; l'excitation immédiate des contractions, dans la moelle épinière et ses nerfs.*

Tout montre donc une indépendance essentielle entre les facultés locomotrices et les sensibles ; entre l'excitation et la coordination des contractions musculaires.

L'organe qui veut et qui sent ne coordonne ni n'excite les mouvements ; l'organe qui coordonne n'excite pas, et réciproquement celui qui excite n'ordonne pas.

Ainsi, par exemple, les irritations des lobes cérébraux ou du cervelet ne déterminent jamais des contractions musculaires : la moelle épinière, agent immédiat de toutes les contractions et par elles de tous les mouvements, n'en veut ni n'en coordonne aucun. Un animal privé de ses lobes cérébraux perd toutes ses facultés intellectuelles, et conserve toute la régularité de ses mouvements ; un ani-

mal, au contraire, privé de son cervelet, perd toute régularité dans ses mouvemens ; et conserve toutes ses sensations, etc. » (p. IX-X).

Il indique un peu plus loin que les animaux privés de leurs lobes cérébraux perdent toutes leurs sensations, leurs instincts et leurs facultés intellectuelles. Il distingue Trois ordres de mouvements au sein de la mécanique animale Le cervelet est le siège des mouvements ; Flourens emploie le terme dérivé : « du cervelet dérivent » les mouvements coordonnés de locomotion, saut course, marche, station, etc., de la moelle allongée dérivent les mouvements coordonnés de conservation, respiration, cri, babillage etc. Il écrit alors : « Les mouvemens du cœur et des intestins ne dérivent du système nerveux que d'une manière médiate et consécutive : en dehors de tous ces mouvemens sont les facultés intellectuelles et sensibles » (p.XIX).

Flourens insiste sur l'expérimentation de chaque partie et il tient compte de la pathologie.

Mais il se heurte à des difficultés majeures quand il tente d'aborder la notion d'intelligence. Il ne peut guère qu'indiquer que « *La faculté de percevoir les impressions de vouloir les mouvemens réside dans les cérébraux* » (p.47). Voici un exemple de sa technique ici appliquée aux grenouilles : « *J'ai enlevé, sur une grenouille, le lobe cérébral droit : la grenouille a sauté et marché d'elle-même, comme auparavant ; elle avait perdu la vue de l'œil gauche... J'ai enlevé les deux lobes sur une autre grenouille : perte absolue et soudaine de toute sensation, de toute volition, de tout mouvement spontané ; mais, sous l'effet des irritations, saut et marche parfaitement réguliers et coordonnés* », (p. 50).

Dans son ouvrage « *De la vie et de l'intelligence* », il aborde des questions très difficiles encore fort débattues et notamment celle de l'intelligence. Il se fonde sur ses expériences sur les os et le système nerveux. Il prévient d'emblée : « *Depuis un siècle, toutes nos physiologies ne sont que des répétitions de celle d'Haller.*

Il est temps de se faire de la vie des idées nouvelles, et de l'INTELLIGENCE, ou du moins des limites qui séparent l'intelligence de la vie, des idées plus nettes » (p. 7).

Il indique séparer les propriétés par les organes ; « *Je sépare les propriétés par les organes.*

J'appelle propriété distincte toute propriété qui réside dans un organe distinct.

Je dis l'INTELLIGENCE distincte de la vie, parce que l'intelligence réside dans un organe où ne réside pas la vie (j'entends le principe de la vie), et réciproquement la vie dans un organe où ne réside pas l'intelligence, parce que je puis ôter l'organe de l'intelligence, et l'intelligence par conséquent, sans toucher à la vie, sans ôter la vie, en laissant la vie tout entière » (p. 8). Et plus loin : « *Dans mes expériences sur la formation des os, je me suis donné ce grand problème, pour la première fois posé en physiologie : le rapport des forces et de la matière dans les corps vivants.*

Ce n'est pas la matière qui vit : une force vit dans la matière, et la meut et l'agite et la renouvelle sans cesse...

Le grand secret de la vie est la permanence des forces et la mutation continuelle de la matière » (p. 9).

Il développe alors sa pensée : « *Il y a, dans la vie, des forces qui en gouvernent la matière, des forces qui en maintiennent la forme, et des forces qui mettent l'être vivant en rapport avec le monde extérieur, et l'homme avec DIEU.*

J'appelle proprement vie les deux premières ordres de ces forces, et j'appelle le troisième ordre : INTELLIGENCE ». (p. 15). Il n'est pas loin dans la suite de l'ouvrage, à propos du développement des os, d'assimiler ces forces avec la mutation continuelle de leur matière.

QUERELLES

Flourens fut l'objet de nombreuses attaques intellectuelles, souvent feutrées mais bien réelles. Dans « *Fauteuils de l'Académie* » (2), ces reproches affleurent : « *M. Flourens n'a peut-être jamais dit à personne, ni encore moins déclaré au public qu'il fût matérialiste, et aucun de ses écrits ne prouve positivement qu'il le fut. Il examine, il est vrai, l'organisme comme le siège des sensations et même des pensées ; il montre le rapport intime et constant de l'état du cerveau avec nos facultés intellectuelles et morales, établissant que la moindre lésion de cet organe les altère sensiblement et toujours en proportion de sa gravité... Sans doute le cerveau est le siège et l'organe de nos conceptions ; mais en est-il pour cela le principe, ou plutôt est-il pour cela la pensée elle-même ? Tous les philosophes religieux ont reconnu en principe ce que Flourens a établi et mis dans un nouveau jour par ses savantes expériences, sans cesser pour cela de croire à l'existence, à la spiritualité de l'âme, dont le cerveau est l'instrument... Par malheur, les patrons qu'il se donnait et le ton général de ses discours ne laissaient guère douter qu'il ne fût partisan du matérialisme* ». ■

BIBLIOGRAPHIE SE RAPPORTANT À FLOURENS (MARIE-JEAN-PIERRE)

LÉGÉE (Georgette), « *Pierre Flourens, physiologiste et historien des sciences* », Abbeville : F. Paillard, 1992, 2vol.

VEDRENNE (Prosper), « *Fauteuils de l'Académie française : études biographiques et littéraires* », Paris : Bloud et Barral, 1887-1888, 4 vol. (Pour notre propos le tome 3, p.390 et seq.).

(2) Vedrenne (Prosper), « *Fauteuils de l'Académie française : études biographiques et littéraires* », Paris : Bloud et Barral, 1887-1888, 4 vol. (Pour notre propos le tome 3, p.390 et seq.).

ŒUVRES DE FLOURENS (MARIE-JEAN-PIERRE)

Parmi toutes les œuvres de Flourens, il m'a semblé intéressant de mentionner les publications suivantes :

1824 : « *Recherches expérimentales sur les propriétés et les fonctions du système nerveux dans les animaux vertébrés* », Paris : Crevot, 1824, 333 p.

1825 : « *Expériences sur le système nerveux* », Paris : Crevot, 1825, IV-53 p.

1844 : « *Buffon, histoire de ses idées et de ses travaux* », Paris : impr. De Cosson, 1844, 8 p.

1856-1862 : « *Recueil des éloges historiques lus dans les séances publiques de l'Académie des sciences* », Paris : Garnier frères, 1856-1862, 3 vol.

1858 : « *Histoire des travaux de G. Cuvier* », 3^e éd., Paris : Garnier frères, 1858, 295 p.

1858 : « *De la vie et de l'intelligence* », Paris : Garnier frères, 1858, 2^e éd., 1858, 285 p.

1864 : « *Examen du livre de M. Darwin sur l'origine des espèces* », Paris : Garnier frères, 1864, VII-171 p.

Notons qu'un grand nombre d'ouvrages de Flourens sont accessibles sur gallica.bnf.fr (site de la Bibliothèque nationale de France : www.bnf.fr)

LES ÉTUDIANTS EN MÉDECINE DE L'UNIVERSITÉ DE PANAMA ET LA BIOÉTHIQUE

MEDICINE STUDENTS OF THE UNIVERSITY OF PANAMÁ AND BIOETHICS

Par **Claude VERGÈS***

RÉSUMÉ

L'enseignement de la déontologie et de la bioéthique en médecine reflète la nécessité pour les médecins de répondre au développement technologique et aux défis de la vie moderne dans un monde global et inégalitaire. Il est nécessaire de réviser constamment les thèmes et la méthodologie de cet enseignement et d'évaluer son impact sur les étudiants. Dans ce sens, l'analyse des sujets choisis librement par les étudiants de médecine de l'université de Panama pour leur devoir final, et de leur raisonnement éthique sur ces thèmes montre qu'ils ont développés un niveau très acceptable de capacité de discussion éthique et de recherche de consensus.

MOTS-CLÉS

Bioéthique, enseignement universitaire, médecine.

SUMMARY

The teaching of ethics and bioethics in medicine responds to the need for doctors to answer to technological development and the challenges of modern life in a global and unequal world. It is necessary to constantly review the themes and teaching methodology and to assess its impact on students. The analysis of the topics freely chosen by the

students of Medicine of the University of Panama at the end of the course, and their ethical reasoning on these topics shows that they have developed a very acceptable level of ethical discussion and consensus-building capacity.

KEYWORDS

Bioethics, teaching in university, medicine.

INTRODUCTION

Le serment d'Hippocrate juré par tous les étudiants de médecine en Amérique Latine est sensé refléter l'éthique médicale et faire partie de l'exercice de la médecine. Une facette de l'éthique médicale est représentée par la déontologie qui définit les codes de conduite des médecins et qui a un aspect quasi-juridique, dès lors que ce sont des entités définies par les associations médicales qui les utilisent pour juger la conduite des médecins. Le code de déontologie de l'Association Médicale Mondiale (AMM)[1] repris par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) [2] a pris en compte la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (ONU, 1948) [3], particulièrement pour la vigilance des recherches cliniques. L'autre facette est celle de la bioéthique qui est née dans les années soixante pour répondre au développement des nouvelles technologies qui s'inséraient entre les médecins et les malades interrompant la relation clinique directe qui avait cours jusqu'à ce moment. Venue des sciences sociales elle se veut une éthique appliquée aux problèmes des sciences de la vie :

* Professeure de déontologie et bioéthique, faculté de médecine, Université de Panama, cverges2004@yahoo.es

– bioéthique médicale, – bioéthique environnementale et – bioéthique globale. Les académies nord-américaines et européennes ont largement dominé la réflexion théorique jusqu'au Congrès de l'Association Internationale de Bioéthique à Brasilia en 2000, qui a consacré l'arrivée des bioéthiciens latino-américains et l'approfondissement de la réflexion sur la bioéthique sociale (Garrafa, Kottow et Saada, 2005) [4]. La bioéthique n'est pas exclusivement médicale et elle fait intervenir d'autres acteurs qui participent aux soins de santé ou qui étudient les relations sociales et juridiques ainsi que les philosophes et les théologiens.

Au Panama la bioéthique a commencé à se développer en 2000 avec la création de comités pour la révision de l'éthique pour les recherches cliniques et pour prendre en compte les droits des malades dans les services de santé publics et privés. Plusieurs lois ont vu le jour entre 2003 et 2013 : loi d'éthique pour la recherche clinique (2003), loi sur le droit des malades à l'information (2003), loi pour les soins palliatifs dans les hôpitaux (2011), loi créant le comité national d'éthique de la recherche (2013). En 2006, suivant les recommandations des universités nord-américaines, les universités panaméennes ont introduit la bioéthique dans le curriculum de médecine. Ce curriculum inclut un cours de déontologie et un cours de bioéthique, ainsi que l'introduction des valeurs éthiques comme axe transversal dans les différentes cours spécifiques à la médecine (Vergès, 2000) [5].

Malgré ces avancées, il est difficile d'enseigner face à la pression constante de la publicité pour les nouvelles techniques et les nouveaux médicaments et l'absence d'une réflexion critique sur leur utilité et leur coût dans un contexte de grandes inégalités. Il est donc important pour les professeurs de déontologie et de bioéthique, d'évaluer l'impact de ces enseignements sur les futurs médecins.

MÉTHODE

Le cours de bioéthique se prolonge sur vingt heures (deux heures par semaine) durant l'avant-dernier semestre de la carrière. Le programme est distribué au cours de la première classe et les modalités de travail et d'évaluation sont expliquées aux étudiants. Le modèle de discussion de problèmes éthiques développé dans les guides de cas de l'UNESCO [6,7] a servi pour mettre en place les études de cas au cours du programme. L'un des moments les plus importants se traduit par un devoir individuel « libre » qui représente 20% de la note finale. Les étudiants peuvent choisir un thème en relation avec le programme et doivent l'analyser selon un guide très simple adapté du cours de bioéthique clinique et sociale en ligne de l'UNESCO-Amérique Latine (Redbioetica, 2012)

[8]. Ce guide est distribué et travaillé en classe durant les discussions ; il est composé de :

– Introduction : pourquoi avoir choisi ce thème et pourquoi l'étudiant considère que c'est un problème d'éthique médicale ou de bioéthique.

– Développement :

• Acteurs : qui participent à ce problème ? comment ? quels sont leurs intérêts ?

• Valeurs et conflits d'intérêts : quelles sont les valeurs éthiques mises en avant par les acteurs ou au contraire violées par leur action ? ces valeurs concordent ou sont en contradiction avec leurs intérêts particuliers ?

• Droits humains : quelle est la relation entre les valeurs éthiques et les droits humains dans le cas présenté ?

– Conclusion : alternatives de solutions et opinion personnelle sur le cas analysé ou son développement.

– Bibliographie : selon les critères des revues médicales indexées.

Le devoir doit être présenté en lettres 12 et s'étendre sur cinq à huit pages et une date est fixée d'avance comme dernier délai de remise du devoir.

La correction prend en compte :

– La réponse aux questions posées dans le guide.

– La logique du raisonnement et la capacité de synthèse des étudiants.

– La qualité de l'argumentation éthique.

– Le vocabulaire sans discriminations ni préjugés de quelque sorte qu'ils soient. Les opinions personnelles religieuses sont respectées si elles ne violent pas la Déclaration Universelle sur les Droits Humains.

Le Règlement des Comités de Bioéthique pour les Recherches (CBI Hôpital de l'Enfant, 2005) [9], suivant les recommandations de l'Institut National de la Santé des États-Unis (NIH, 2005) [10], ne considèrent pas les recherches portant sur des documents comme des recherches cliniques sur des personnes et ne méritent donc pas d'être approuvées par un comité. Malgré tout l'auteur considère que les étudiants doivent être informés et donner leur accord de principe. Au début de chaque semestre, les étudiants sont avertis que tant le développement du cours comme les résultats de leurs devoirs feront l'objet d'analyse et de publication sur l'éducation en éthique médicale afin d'améliorer les méthodes, les contenus et les évaluations, ainsi que d'échanger les expériences avec d'autres professeurs. Ils sont informés que rien ne pourra les identifier, sauf eux-mêmes, car les devoirs sont rendus personnellement à chacun et la publication ne montrera que des tableaux généraux sans mentionner le semestre ou l'année prise en compte. Si au moins 10% des étudiants refusent de participer, toute l'étude est annulée pour ce semestre ; si moins de 10% refuse, les résultats des étudiants qui refusent sont exclus de l'étude.

RÉSULTATS

L'année choisie pour cette étude, tous les étudiants acceptèrent de participer (soixante-dix étudiants). Probablement parce que la première partie du cours s'est déroulée de manière harmonieuse et avec une grande participation aux discussions et que le devoir devait être remis pratiquement à la fin du cours.

Les thèmes choisis par les étudiants ont été regroupés selon l'argumentation principale, même s'ils recoupaient deux axes de réflexion, par exemple les mauvaises pratiques médicales et l'enfance ou la mort et la grossesse. Sur ce tableau on peut observer que les thèmes les plus fréquents sont dans l'ordre :

- Les mauvaises pratiques médicales qui ont été sélectionnées par près d'un tiers des étudiants.
- La dignité devant la mort et l'euthanasie 14%.
- Les problèmes de l'enfance 11%.
- Les violences contre les femmes 9% devançant les droits des homosexuels 7%.

– Les droits de santé sexuelle en général à égalité avec les problèmes de santé publique et de services de santé, 6% chacun.

– Les autres thèmes sont très divers et ont été regroupés par fréquence :

- Les sujets de violence sociale, violence sexuelle, recherche clinique et traitement des drogués ont été choisis par deux étudiants chacun, représentant en tout 11% des étudiants.
- Les impacts des réseaux sociaux sur internet, la responsabilité de l'église catholique dans la pédophilie, le don d'organes et la mort cérébrale ont été analysés par un étudiant pour chaque sujet, une étudiante a présenté un article sur l'avortement et une sur un problème écologique, soit en tout 7% du total.

Le tableau 2 regroupe les notes moyennes obtenues par les étudiants et les étudiantes selon les thèmes développés. Elles suivent les items mentionnés dans la méthode et correspondent au règlement de l'université : B égal à 81-90 ou A égal à 91-100. Toutes les notes sauf pour les sujets sur les violences contre les femmes et les pro-

Thèmes	Hommes	Femmes	TOTAL	%
Web	1		1	7%
Eglise (pédophilie)	1		1	
Don d'organes et mort cérébrale	1		1	
Avortement		1	1	
Ecologie		1	1	
Violence sociale	1	1	2	11%
Violence sexuelle		2	2	
Recherche clinique		2	2	
Traitement des drogués		2	2	
Santé publique et services de santé	2	2	4	6%
Droits de santé sexuelle	2	2	4	6%
Droits des homosexuels	4	1	5	7%
Violences contre les femmes	4	2	6	9%
Enfance	5	3	8	11%
Dignité devant la mort et euthanasie	6	4	10	14%
Déontologie et mauvaises pratiques	7	13	20	29%
TOTAL			70	100%

Tableau 1 : Distribution des thèmes selon le genre* des étudiants

*Le genre qui reflète la structure sociale et la culture est ici préféré à la division par sexe.

Source : devoirs des étudiants, cours de déontologie et de bioéthique, faculté de médecine, Université de Panama

blèmes de l'enfance ont des notes supérieures à 81. Il n'y a pas de différences majeures entre les garçons et les filles mais si entre les thèmes traités sauf dans le cas des violences contre les femmes, pour lequel les garçons ont des notes inférieures à celles des filles, et sur l'enfance où c'est le contraire. Les thèmes choisis par une ou un étudiant, ont des évaluations relativement inférieures à ceux élus par plusieurs étudiants.

DISCUSSION

Pour que la bioéthique ait un intérêt pour les étudiants de médecine, formés au raisonnement logique fondé sur des faits concrets ou tenus pour tels : examen physique, résultats de laboratoire ou d'images, il faut constamment relier les valeurs aux cas cliniques. L'usage d'exemples durant les cours et les exercices qui reprennent les méthodes d'analyse sont importantes pour assimiler les exigences de l'analyse des problèmes de bioéthique. Selon Callaghan [11], les médecins doivent donner autant d'importance aux décisions

morales qu'aux décisions médicales. Bien qu'il existe différentes méthodes d'analyse des problèmes (bio)éthiques, celle que nous avons retenue suit le raisonnement clinique, s'appuyant sur l'approche « holistique » de ces problèmes. Durant les discussions, l'analyse de cas éthiques particuliers selon le sujet théorique présenté au début de la classe par le professeur prend en compte des points importants développés par Garrafa et collaborateurs [12] :

- La *complexité des interactions* entre les parties et leurs relations avec le tout dans laquelle l'imprévisibilité de certaines actions et les erreurs sont aussi importantes que les données objectives dans les relations humaines. Cela est particulièrement important dans le contexte social et géographique du pays avec de grandes inégalités économiques, un réseau de transport déficient et des relations sociales de domination patriarcale ou de familles monoparentales. Un accent particulier est mis sur les possibles conflits d'intérêt des différents acteurs. Les conflits d'intérêt sont entendus comme des contradictions entre le jugement professionnel ou institutionnel sur une recherche ou des soins médicaux quand il est indû-

Thèmes	Hommes	Femmes
Web	84	
Eglise (pédophilie)	95	
Don d'organes et mort cérébrale	85	
Avortement		88
Écologie		89
Violence sociale	98	98
Violence sexuelle		93
Recherche clinique		90
Traitement des drogués		92
Santé publique et services de santé	97	83-92
Droits de santé sexuelle	88-96	95
Droits des homosexuels	98	100
Violences contre les femmes	85 (71-100)	93
Enfance	91 (84-95)	92 (78-100)
Dignité devant la mort et euthanasie	94 (92-100)	91 (91-100)
Déontologie et mauvaises pratiques	93 (94-100)	91 (88-98)

Tableau 2 : Notes moyennes selon les thèmes et le genre des étudiants (sur 100)

Source : devoirs des étudiants, cours de déontologie et de bioéthique, faculté de médecine, Université de Panama

- ment influencé par des intérêts secondaires comme le prestige personnel, le pouvoir médical, les intérêts financiers ou religieux personnels, ou institutionnels. Les stratégies éthiques pour faire face à ces situations incluent la divulgation du conflit (registre de l'objection de conscience pour des actes médicaux particuliers ou registre du conflit d'intérêt pour la publication d'une recherche), la révision des protocoles de recherche par un comité de bioéthique, et l'interdiction des activités qui conduisent au conflit.
- La *totalité concrète* comme un tout structuré qui évolue et se transforme ou peut être transformé. Les années soixante-quatre-vingt ont vu un grand développement de l'éducation et de la promotion de la santé qui tenait en compte les limites et les opportunités des différents groupes. Cela a été abandonné ensuite et un nouvel effort se développe pour améliorer la situation.
 - Le *langage* comme vocabulaire spécifique de la médecine et de la bioéthique pour exprimer les données médicales et les valeurs, idées, sentiments et comportements des acteurs impliqués dans le cas en discussion et des étudiants eux-mêmes dans leur argumentation. Les professeurs ont la perception d'un appauvrissement du langage qui se traduit dans l'absence de discussions argumentées durant les classes. Mais cette perception est souvent contredite dans les devoirs écrits.
 - L'*argumentation* propre à chacun pour prouver ou réfuter une thèse et persuader ou convaincre les autres de la justesse de ces arguments. L'argumentation reflète le raisonnement nécessaire à l'élaboration d'un consensus pour la mise en œuvre de propositions éthiques. Cela est particulièrement important pour les futurs médecins qui doivent apprendre à dominer leur pensée.
 - La *cohérence* qui signifie la connexion logique et ordonnée des arguments choisis.
 - La recherche d'un *consensus* sur les priorités et la facilité des solutions proposées pour le cas soumis. Ici la méthode choisie a autant d'importance que les arguments avancés, car elle doit prendre en compte toutes les parties. La recherche de ce consensus doit se refléter dans toute l'argumentation et aboutir aux propositions dans la conclusion.
 - Le *rationalisme* qui admet l'intuition individuelle mais qui priorise l'autorité de la raison pour éviter l'empirisme et balancer les positions sentimentales des étudiants.

Les sentiments jouent un grand rôle dans la perception individuelle des situations injustes, c'est pourquoi il est important que les étudiants sachent reconnaître ce qui a attiré leur attention dans les cas qu'ils présentent. C'est ce qui leur est demandé dans l'introduction qu'ils doivent faire. Mais ce n'est pas suffisant : il faut qu'ils relient ces sentiments de révolte ou de compassion à la théorie : éthique médicale ou bioéthique. C'est le deuxième volet de cette introduction.

Après avoir développé leur argumentation pour répondre aux questions posées dans le guide, la conclusion personnelle fait de nouveau appel à la relation entre sentiments personnels et raisonnement théorique. Mais, tenant compte de la recherche de consensus, les étudiants doivent présenter toutes les solutions possibles même s'ils ne sont pas d'accord et qu'ils argumentent contre ces autres solutions. Ce qui est pris en compte est leur capacité à envisager plusieurs solutions, à défendre leurs valeurs, à s'opposer à d'autres valeurs et à chercher des compromis éthiques. Bien que le principisme de Beauchamp et Childress [13] domine le raisonnement médical à Panama, par la facilité qu'il offre de répondre aux problèmes cliniques, il est demandé aux étudiants d'aller plus loin dans leur réflexion et de prendre en compte les théories éthiques qui sont le plus à même d'éclairer les différentes facettes du problème analysé.

La fréquence des thèmes choisis peut avoir différentes causes :

- La facilité d'accès à certaines nouvelles, par exemple le jugement des médecins qui ont participé aux tortures des prisonniers de Guantanamo a été commenté par plusieurs étudiants avec différents arguments. Les autres sujets de déontologie reflétaient l'inquiétude des étudiants face à des procès locaux contre des médecins très médiatisés car les fautes professionnelles étaient évidentes, même si, dans certains cas l'organisation des services et le manque de supervision de la part des autorités sanitaires avaient aussi leur part de responsabilité. Le fait important à souligner est que les étudiants ont su faire la part des responsabilités et proposer des solutions qui tenaient en compte les intérêts des malades, de leur famille, de la qualité professionnelle des médecins en général et de la bonne marche des institutions.
- L'actualité de certains thèmes, par exemple la dignité devant la mort, la violence sociale, la priorité des politiques de santé publique et la qualité des services de santé, la pédophilie dans l'église, ou le droit des homosexuels. Le développement de la réanimation et des soins intensifs et l'expérience des rotations cliniques dans les différents services hospitaliers font que les étudiants se posent des questions sur l'acharnement thérapeutique et les décisions d'arrêter un traitement devenu futile ou de décider du devenir des malades grabataires dans un contexte d'insuffisance de lits. Le danger du raisonnement utilitariste est balancé par les convictions religieuses des étudiants sur la vie et la mort et par la notion de dignité intrinsèque des êtres humains développée par Kant. Le professeur ne doit pas prendre parti, mais considérer la rationalité des arguments (ne pas admettre d'arguments d'imposition ou non-justifiés), leur logique, le langage employé (éviter les disqualifications), la recherche de consensus.

– Des préoccupations personnelles, par exemple l'avortement ou la contamination de l'air, le don d'organes et la détermination de la mort cérébrale, la recherche clinique. Comme pour les sujets antérieurs, le professeur doit veiller aux positions qui font de l'être humain un instrument de la science ou de positions religieuses absolues et qui ne tiennent pas en compte les droits humains et les données épidémiologiques ou scientifiques. La déclaration universelle sur la bioéthique et les droits humains (UNESCO, 2005) [14] est une référence importante pour l'argumentation.

D'autres sujets sont plus inattendus comme l'éthique des réseaux sociaux, encore qu'un cas de « bullying » par internet fut examiné par le comité d'éthique de la faculté au cours d'un semestre. Les réflexions éthiques sur le traitement des personnes dépendantes de drogue peuvent avoir deux sources : la nouveauté des médicaments et interventions et l'augmentation de ce problème chez les étudiants. Les réflexions sur l'enfance relèvent aussi de problèmes locaux spécifiques même si les exemples choisis sont de différentes sources : le travail et la prostitution des mineurs, le trafic d'enfants et les maladies chroniques.

L'assurance du respect de la confidentialité des auteurs et de l'absence d'imposition d'une conviction religieuse ou politique, tout en exigeant un niveau d'argumentation et un langage éthique, a permis aux étudiants d'exprimer leurs idées librement, parfois à contrecourant des images projetées par eux-mêmes dans les cours. La qualité du raisonnement et la compréhension des méthodes d'argumentation en bioéthique, tout comme la capacité à intégrer les valeurs éthiques et les droits humains justifient la méthode employée dans le processus académique et invalident les préjugés face à une nouvelle génération qui vit à sa manière.

CONCLUSION

La formation en déontologie et en bioéthique doit être continue et prendre en compte les méthodes d'enseignement pour adultes. La discussion de cas éthiques pris dans la réalité clinique du pays ou dans l'actualité mondiale permet de toucher la sensibilité des étudiants et de les préparer à une analyse théorique de ces cas. Il ne faut pas se limiter à la bioéthique médicale, il faut aussi préparer les étudiants à faire partie du monde global dans lequel ils vivent et pour lequel ils doivent faire des propositions éthiques pour le développement humain, l'abolition des inégalités et les droits humains. ■

BIBLIOGRAPHIE

- [1] Association Médicale Mondiale Code International d'Éthique Médicale 35^e Assemblée Médicale Mondiale, un seul type de lettres, Venise, Italie, Octobre 1983 et 57^e Assemblée Générale de l'AMM, Pilanesberg, Afrique du Sud, Octobre 2006 www.wma.net/fr/30publications/10policies/c8/
- [2] Organisation Mondiale de la Santé Lignes directrices internationales d'éthique pour la recherche biomédicale impliquant des sujets humains – CIOMS. Genève 2003 www.cioms.ch/publications/.../french_text.htm
- [3] Organisation des Nations Unies Déclaration Universelle des Droits Humains. 183^e Assemblée générale, 10 décembre 1948 www.un.org
- [4] GARRAFA, V.; KOTTOW, M. & SAADA, A. (Coordinadores). Estatuto epistemológico de la bioética Primera edición: 2005 Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de investigaciones jurídicas, México, D. F. ISBN 970-32-2840-2 (espagnol).
- [5] VERGÈS C. *History of Bioethics in Panama* en *Ibero-American Bioethics*, Leo Pessini, Christian de Paul de Barchifontaine, Fernando Lolas Stepke, Ed. Springer, 2009 e-ISBN 978-1-4020-9350-0 (anglais).
- [6] UNESCO, 2011. *Casebook on Human Dignity and Human Rights*, Bioethics Core Curriculum Casebook Series, No. 1, UNESCO: Paris, 144 pp.
- [7] ... *Casebook on Benefit and Harm*, Bioethics Core Curriculum Casebook Series, No. 2, UNESCO: Paris, 140 pp.
- [8] Redbioética-Unesco Programa de Educación Permanente en Bioética <http://campus.redbioetica-edu.com.ar/>
- [9] Comité de Bioética de Investigación del Hospital del Niño Reglamento Interno Resolución 467 del 28 diciembre 2005, Gaceta Oficial 25791 del 15 de mayo 2007 (espagnol) www.hn.sld.pa
- [10] National Institute of Health (2011) Revisión de la investigación por los IRB (45 CFR 46.109 y 45 CFR 46.110) dans *Protección de los participantes humanos de la investigación* <https://hhs.gov/ohrp/archive/espanol/45cfr46.html>
- [11] Callahan Daniel Bioethics dans Warren T. Reich (Editeur). *Encyclopedia of Bioethics*, Revised Edition. The Free Press, Simon & Schuster MacMillan, New York, 1995.
- [12] Garrafa, V.; Kottow, M. & Saada, A. op.cit.
- [13] Beauchamps TL, Childress JF Principes d'éthique biomédicale 4^e édition Masson, Paris 1994.
- [14] UNESCO Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, UNESCO, 2005. www.unesco.org/bioethique.

DÉCLARATION DE LA SESSION CONJOINTE DU COMITÉ INTERNATIONAL DE BIOÉTHIQUE (CIB) ET DU COMITÉ INTERGOUVERNEMENTAL DE BIOÉTHIQUE (CIGB) RELATIVE À L'ÉPIDÉMIE DU VIRUS EBOLA (10 SEPTEMBRE 2014)*

*STATEMENT OF THE JOINT SESSION OF THE INTERNATIONAL
BIOETHICS COMMITTEE OF UNESCO (IBC) AND
THE INTERGOVERNMENTAL BIOETHICS COMMITTEE (IGBC)
ON THE EBOLA VIRUS EPIDEMIC (10 SEPTEMBER 2014)*

UNESCO

1. Appuyant pleinement les actions menées par les Nations Unies et, en particulier, le rôle de chef de file de l'OMS,
2. Réaffirmant le rôle qui est celui de l'UNESCO dans le domaine de la bioéthique et la mobilisation contre certains fléaux et les maladies négligées,
3. Soulignant les principes de responsabilité sociale, de solidarité, de dignité de la personne, d'égalité, de justice, de non-discrimination, et les autres principes pertinents proclamés par la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme,
4. Le Comité international de bioéthique (CIB) et le Comité intergouvernemental de bioéthique (CIGB), réunis les 9 et 10 septembre 2014 en session conjointe, appellent solennellement la communauté internationale et les États à :
 - i. définir et mettre en œuvre des stratégies de lutte contre l'épidémie impliquant les populations locales et tenant compte du contexte particulier aux pays concernés, dans sa dimension éthique, sociale et culturelle,
 - ii. renforcer les capacités des systèmes de santé des États touchés par cette épidémie afin que financièrement, matériellement et d'un point de vue organisationnel et humain, ils puissent y faire face, en prévenir l'extension et la maîtriser dans la durée,
 - iii. Encourager à hauteur de la gravité de cette crise sanitaire, les efforts menés dans le domaine de la recherche scientifique,
 - iv. Encourager les efforts de la communauté scientifique en vue de l'élaboration de traitements adaptés et les travaux sur l'évaluation de leur efficacité dans le cadre d'une gouvernance éthique des épidémies,
 - v. Renforcer à cette fin les mécanismes de coordination entre chercheurs.

* Ce texte a été adopté à la suite d'une initiative de la délégation française au Comité intergouvernemental de bioéthique.

- *
**
1. Fully endorsing the actions carried out by the United Nations, and particularly, the leading role of the WHO,

2. Reaffirming the role of UNESCO in the field of bioethics and the mobilization against some scourges and neglected diseases,
3. Emphasizing the principles of social responsibility and solidarity; personal dignity, equality, justice, non-discrimination, and the other relevant principles included in the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights,
4. The International Bioethics Committee (IBC) and the Intergovernmental Bioethics Committee (IGBC), gathered on the 9th and 10th of September 2014 in joint session, solemnly call upon the international community and States to:
 - i. Define and implement strategies to fight the epidemic that involve local populations and which take into account the particular context within the affected countries, including their ethical, social and cultural dimensions,
 - ii. Reinforce the capacities of the health systems of the States affected by this epidemic so that they may face the epidemic financially, materially and from an organizational and human point of view, as well as to prevent its spread and to control it now and in the future,
 - iii. Encourage, in accordance with the level of the seriousness of this public health crisis, the efforts carried out in the field of scientific research,
 - iv. Encourage the efforts of the scientific community, with a view to the development of adequate treatments and efforts for assessing the effectiveness of treatments in the framework of ethical management of epidemics,
 - v. Reinforce, to this end, the mechanisms of coordination among researchers. ■

ERRATUM

Nous signalons à nos lecteurs l'erratum suivant, qui a malencontreusement affecté le JML Droit, santé, société 2014/1-2 et dont nous les prions, avec les auteurs concernés, de bien vouloir nous excuser :

Panorama droit des produits de santé 2013

M. Tristan Berger est co-auteur de cette note d'actualité.

Tous droits de traduction, d'adaptation et de reproduction par tous procédés réservés pour tous pays.

La loi du 11 mars 1957, n'autorisant aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que des copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective et, d'autre part, que les analyses et courtes citations dans un but d'exemple et d'illustrations, « toute représentation ou reproduction intégrale, ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (alinéa 1^{er} de l'art. 40). Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal. Il est interdit de reproduire intégralement ou partiellement le présent ouvrage sans autorisation de l'éditeur ou du Centre Français de Copyright, 6 bis, rue Gabriel Laumain, 75010 PARIS.

© 2014 / ÉDITIONS ESKA – DIRECTEUR DE LA PUBLICATION : SERGE KEBABTCHIEFF

CPPAP n° 0417 T 81816 — ISSN 0999-9809 — ISBN 978-2-7472-2427-7 — eISBN 978-2-7472-2448-2

Recommandations aux auteurs / Instructions to Authors

Le *Journal Droit, Santé et Société* est une série du *Journal de Médecine Légale* destinée à l'ensemble des personnes intéressées par les rapports entre sciences et société. Elle a une approche pluridisciplinaire et une vocation internationale. Les articles soumis sont proposés éventuellement dans le cadre d'un dossier thématique propre à chaque numéro. Mais, la rédaction peut également créer des rubriques comme indiquées ci-après.

LES DIFFÉRENTES RUBRIQUES SONT LES SUIVANTES :

Rubriques-thématiques transversales :

- a) Editorial
- b) Rubriques spécialisées

Dossiers thématiques :

- Pôle 1 : 1° Droit de la santé et de la bioéthique
2° Droit de la famille et des personnes
3° Prisons et soins psychiatriques,
4° Droit, données de santé, télémédecine et imagerie médicale, gérontechnologie
5° Droit de la recherche
6° Droit pharmaceutique et du médicament (y inclus les produits de santé et les alicaments)
- Pôle 2 : 1° Droit des assurances
2° Atteintes corporelles (aléa médical, responsabilité médicale et du fait des produits, indemnisation)
3° Droit, santé et environnement
4° Pratiques judiciaires, droit pénal de la santé et de l'environnement
- Pôle 3 : 1° Droit de l'expertise, déontologie, conflits d'intérêts et bonnes pratiques
2° Droit européen et international de la santé
3° Histoire de la médecine légale et du droit de la santé
4° Anthropologie, médecine et droit
5° Sociologie de la santé
- Pôle 4 : Correspondants régionaux et nationaux

Les langues admises sont l'Anglais et le Français.

LES TEXTES SOUMIS TIENDRONT COMPTE DES RÈGLES ÉDITORIALES SUIVANTES

Titre : le titre est bref et informatif, il est d'environ 10 mots. Il doit être complété d'un titre court (de 5 mots environ) utilisé par l'entête de l'article publié.

Auteurs : la liste des auteurs (initiales des prénoms, noms) est suivie des références de l'institution (nom, ville, pays) ainsi que du nom et de l'adresse complète de l'auteur auquel le bon à tirer sera adressé.

Résumé : il ne dépasse pas 10 lignes dactylographiées (usuellement 250 mots). Il ne comporte que des phrases ayant un contenu informatif précis. Il est rédigé en français et en anglais. Il est suivi de mots-clés (keywords).

Tableaux : ils sont appelés dans le texte et numérotés dans l'ordre appel (chiffres romains). Leur nombre est réduit (pas plus de 4 à 5 tableaux), de même que leur dimension. La légende figurera en haut des tableaux.

Figures : elles sont appelées dans le texte et numérotées dans l'ordre d'appel (chiffres arabes). La légende figurera en dessous des figures. Les auteurs doivent fournir une épreuve originale de bonne qualité. Le texte, les tableaux et les figures doivent être complémentaires.

Bibliographie : seules figurent les références citées dans le texte. Inversement, tout auteur cité figure dans la bibliographie. **L'ordre retenu pour les références bibliographiques est alphabétique selon les noms des premiers auteurs.** Chaque référence est appelée dans le texte par le numéro d'ordre (chiffre arabe entre crochets) qui lui est affecté dans la bibliographie. Les références sont classées en fin d'article dans l'ordre alphabétique des premiers auteurs.

La rédaction et la ponctuation des références bibliographiques suivent les normes de Vancouver :

- Les auteurs : leur nom figure en minuscules suivi des initiales du prénom. Lorsque leur nombre excède 6, on ne mentionne que les 3 premiers suivis de « et al. ».
- Le titre complet du document dans sa langue d'origine est porté en italique.

QUELQUES EXEMPLES

Pour un périodique, le titre abrégé selon l'index Medicus (sans accent et sans point), l'année de parution, le tome ou le volume, la pagination (première et dernière pages).

Ex. : Béraud C. Le doute scientifique et la décision : critique de la décision en santé publique. *Sante pub.*, 1993 ; 6 : 73-80

Pour un livre : la ville d'édition, la maison d'édition ou d'impression, l'année de parution, le nombre total de pages.

(les chapitres et les communications sont précédés et suivis de guillemets).

Pour un mémoire ou une thèse : le titre de thèse doit apparaître entre guillemets, et le type de thèse et sa spécialité seront portés entre crochets suivis de la ville, l'université, l'année et le nombre total de pages.

ENVOI AU SECRÉTARIAT DE RÉDACTION

La proposition d'article doit être dactylographiée en double interligne (en Times new roman 12). Pour un article thématique, le nombre de mots doit être compris (figures, tableaux et bibliographie inclus) entre un minimum de 5000 (8-9 pages) et un maximum de 7000. Les pages sont numérotées consécutivement sur l'ensemble du texte.

Pour soumettre votre proposition d'article par email : christian.byk@gmail.com

PROCÉDURE DE LECTURE

Après une 1^{re} lecture, le secrétariat de rédaction adresse la proposition d'article anonymisée pour un examen critique à deux lecteurs référents anonymes.

Les avis des lecteurs et la décision de la rédaction (acceptation, refus, proposition de modifications) sont transmis ensuite à l'auteur dans un délai 2 mois après la réception.

La version définitive, acceptée par le comité de rédaction, est adressée sur support email (document word).

Les articles soumis au *Journal Droit, Santé et Société* ne doivent avoir été ni publiés, ni simultanément soumis ou déjà acceptés pour publication ailleurs. Le fait de soumettre un article à la rédaction vaut à la fois pour la publication papier et électronique de la revue, notamment via le portail www.cairn.info.

A cette fin, les auteurs doivent certifier, par courrier, que leur texte n'a jamais été publié ou soumis à publication.

Law, Health and Society Journal is a series of the *Journal of Forensic Medicine*. This series is devoted to all those interested in the relationship between Law, Medicine and society. It has a multidisciplinary approach and an international vocation. Submitted articles could be included in a thematic issue or inserted into a specific section.

The editorial committee can also create specific sections as shown below.

The different sections available are listed below:

Cross-thematic sections:

- a) Editorial
- b) Specialized Topics

Special Sections:

- Pole 1 : 1° Health Law and Bioethics
2° Law of families and individuals
3° Prisons and psychiatric care
4° Law, health data, telemedicine and medical imaging, geriatric technology
5° Law of research
6° Pharmaceutical law and medicine (including health products and nutraceuticals and medical devices)
- Pole 2 : 1° Insurance Law
2° Body damages and injury (medical hazard, medical liability and responsibility of bad products and practices, compensation and indemnification)
3° Law, Health and Environment
4° Judicial Practice, Criminal Law of Health and Environment
- Pole 3 : 1° Law of expertise, ethics, conflicts of interest and good practice
2° European and International Health Law
3° History of Forensic Medicine and Health Law
4° Anthropology, medicine and law
5° Sociology of Health
- Pole 4 : Regional and national correspondents

Articles are accepted in English and French.

SUBMITTED TEXTS WILL TAKE INTO ACCOUNT THE FOLLOWING EDITORIAL RULES

Title: The title must be short and informative (approximately 10 words). It must also include an abbreviated version (about 5 words) which will be used as the header of the article.

Authors: List of authors (first name initials, surnames) must be followed by the institution details (name, city, country) as well as the name and full address of the author to which the final version will be sent.

Abstract: The abstract should not exceed 10 typed lines (generally 250 words). It should only include sentences with specific informative content and should be provided in French and in English. The abstract must followed by key words.

Tables: Tables must be named in the text and numbered in order using Roman numerals. The size of the tables is limited as is the number of tables that can be included (no more than 4 or 5). The caption must figure at the top of the tables.

Figures: The figures must be named in the text and numbered in order (Arab numerals). The caption should appear below the figures. Applicants must provide an original copy of good quality. The text, tables and figures must complement each other.

Bibliography: Only include references cited in the text. Conversely, any author cited must be listed in the bibliography. The order chosen for bibliographic references is alphabetical according to the authors' surnames. Each reference is labelled in the text by the number (Arab numerals in square brackets) it is assigned in the bibliography. The references are classified at the end of the article in alphabetical order.

Writing and punctuation for the references must follow the Vancouver standards:

- Authors: the surname must figure in small letters followed by first name initials. When the number of names exceeds 6, only the first 3 are mentioned followed by "et al."
- The full title of the document in its original language should be in italics.

SOME EXAMPLES

For a periodical, referencing is as follows: short title according to the Medicus index (without the accent and the full stop), year of publication, volume or the part, page numbers (first and last pages).

E.g.: Béraud C. Scientific doubt and decision: criticism of decision in public health. *Health Pub.*, 1993; 6: 73-80

For a book: the city in which it was printed, publishing or printing house, the year of publication, the total number of pages.

(Chapters and articles are preceded and followed by quotation marks).

For a memoir or a thesis: the thesis title must appear between quotation marks, and the type of thesis and its area of expertise should figure between square brackets followed by the city, the university, the year and the total number of pages.

SENDING THE ARTICLE TO THE EDITORIAL SECRETARY

The article must be typed using double spacing (in Times new roman 12). For a thematic feature, the number of words must be specified (figures, tables and bibliography included): between 5,000 (8-9 pages) and 7,000 pages. The pages are numbered consecutively throughout the text.

To submit your article by email, please send it to the following address: christian.byk@gmail.com

PROOF-READING

After the first reading, the editorial secretary will send the article (anonymously) for critical review to two anonymous readers.

The readers' opinion and the editor's decision (acceptance, refusal, proposed changes) are subsequently sent to the author within 2 months of receipt.

The final version accepted by the editorial committee, is sent by email (Word format).

Articles submitted to the *Law, Health and Society Journal* should not have been published, submitted or accepted for publication elsewhere. Articles submitted are for both the paper and electronic versions, especially the www.cairn.info website.

Authors must therefore certify by post that their text has not been published or submitted for publication elsewhere.