

LE PROGRÈS ET LE DROIT

Actes du colloque du 12 février 2014,

Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales à Tours

Colloque organisé par *Hémisphère Droit*,

Association des doctorants et des jeunes docteurs en Droit de l'Université de Tours

Sommaire

Propos introductifs <i>par Jean-Pierre Marguénaud</i>	3
Première Partie : Le Droit du progrès	10
Quand le droit des brevets ralentit le progrès 11 dans la recherche sur le vivant <i>par Iony Randrianirina</i>	11
La dignité humaine : un fondement encore préservé 19 dans le champ de la recherche embryonnaire <i>par Marion Travers</i>	20
L'expérimentation animale, entre Progrès et Droit <i>par Marion Bourguine-Renson</i>	26
Deuxième Partie : Le progrès des droits	32
Les progrès des droits de la défense devant l'autorité des marchés financiers <i>par Audrey Bourgoïn</i>	33
Le droit à l'égal accès aux soins en France : Réalité ou mirage ? <i>par Benjamin Jeudi</i>	41
Le progrès de la parlementarisation au Maroc. Une réaction au(x) Printemps Arabe(s) <i>par Joachim Lebied</i>	48
Rapport de synthèse <i>par Pierre Mouzet</i>	55

Propos introductifs

Jean-Pierre MARGUÉNAUD

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Limoges
Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme (IDEDH EA 3976) Université Montpellier I

Quand on est un vieux routier des colloques en tous genres, c'est une grande joie d'être invité à participer à un colloque organisé par des doctorants dynamiques et passionnés qui représentent l'avenir du Droit. Pour rien au monde, une si belle occasion de se ressourcer n'aurait pu être manquée.

Le plaisir de venir à Tours pour intervenir dans un colloque intitulé « Le Progrès et le Droit » est encore redoublé pour quelqu'un qui, depuis pratiquement un quart de siècle, défriche inlassablement le droit européen des droits de l'Homme, « le droit venu d'ailleurs », en s'exposant constamment aux lazzis, aux quolibets, aux sarcasmes, aux invectives, aux apostrophes, aux moqueries de la vieille garde et des jeunes loups de la défense intransigeante et républicaine de la tradition souverainiste et civiliste française. Le progrès est, en effet, inscrit dans le droit européen des droits de l'Homme depuis que la Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé, à partir des arrêts *Tyrer c / Royaume-Uni* du 25 avril 1978 relatif aux châtiments corporels et *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979 célèbre pour s'être intéressé aux droits des enfants naturels, que la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (ci-après CEDH) « doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui ». En France, ce mariage européen du Progrès et du Droit laissait à peu près indifférent puisque la plupart des universitaires vivaient dans le mépris hautain ou l'ignorance crasse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Il va pourtant leur falloir sauter à pieds joints dans le Progrès, parce que, sauf à flirter dangereusement avec la faute professionnelle, ils ne vont plus pouvoir ignorer longtemps la révolution, sans équivalent pour les sources du droit privé depuis l'arrêt Jacques Vabre du 24 mai 1975, amorcée par les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011 (Cf. *RTDCiv.* 2011.725) suivant lesquels « *Les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sans attendre d'avoir été attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* ». Depuis plus de 3 ans, c'est avec une certaine jubilation sûrement un peu déplacée que l'on peut dire et répéter cette formule devant des collègues privatistes sidérés, éberlués, dévastés.... A la longue, pourtant, leur étonnement devient inquiétant car on ne voit poindre aucun signe de restauration depuis la « révolution du 15 avril »... Une petite cure de Progrès, à l'occasion du Colloque de Tours, peut donc être utile à beaucoup et plus particulièrement à ceux qui n'ont jamais pris le temps de réfléchir deux secondes à cette constatation d'évidence qui, en Droit, et plus particulièrement en Droit civil, change presque tout : Portalis n'a jamais pris l'avion !

L'avion peut être pris pour emblème des progrès techniques et scientifiques dont on aperçoit mieux les dérives maléfiques grâce aux droits de l'Homme. Il existe cependant des progrès d'un autre ordre, plus ou moins dépendants des conquêtes de la Science, dont les droits de l'Homme ont plus particulièrement vocation à révéler et à consolider les effets bénéfiques : ce sont les progrès de la civilisation. A cet égard, la mise au rancart de la guillotine peut, au moins d'un point de vue droit de l'homme, passer pour l'expression la plus concrète d'un progrès de la civilisation. Entre l'avion symbole, en plein, des progrès de la Science (I) et la guillotine, symbole, en creux, des progrès de la civilisation (II), c'est donc à une réflexion toujours périlleuse qu'il va falloir se livrer.

I. Les progrès de la Science

L'idéologie du Progrès, fondement même de la Modernité, croit au triomphe de la Raison et de la Science qui, en approfondissant les connaissances, offrent à l'Humanité des possibilités nouvelles qui finissent par assurer son bonheur par la croissance économique et le progrès social. Jamais sans doute cette religion du progrès scientifique n'a été mieux décrite que par Stefan Zweig dont un hasard providentiel, favorisé par la périlleuse habitude de ne préparer les communications que dans le train menant sur les lieux du colloque, a placé sous mes yeux un passage de son *Monde d'hier*. A la fin du XIX^{ème} siècle et en Autriche en tout cas, assure-t-il : « *On croyait à ce 'progrès' déjà plus qu'à la Bible et son évangile semblait irréfutablement démontré par les nouveaux miracles de la science et de la technique. Et de fait, une ascension générale devenait de plus en plus visible à la fin de ce siècle de paix, de plus en plus rapide de plus en plus varié... On progressait aussi dans le domaine social, d'année en année de nouveaux droits étaient accordés à l'individu, la justice procédait avec plus de douceur et d'humanité, et même le problème des problèmes, la pauvreté des masses ne paraissait plus insurmontable... On voyait de moins en moins d'estropiés de goitreux, de mutilés dans les rues et tous ces miracles étaient l'œuvre de la science, cet archange du progrès.* » (S. Zweig, *Le Monde d'hier* in *Romans, nouvelles et récits*, Tome II Bibliothèque de la Pléiade Gallimard, 2013, p. 863). A le suivre, on peut à peu près distinguer les progrès techniques (A) et les progrès de la médecine (B).

A. Les progrès techniques

Ils contribuent à l'amélioration continue des performances. Le droit les y encourage, à peine est-il besoin de le préciser, en protégeant les brevets d'invention. Il y contribue également en reconnaissant la liberté de la recherche scientifique. L'importance de l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doit être, à cet égard, soulignée. Sans aller jusqu'à proclamer un véritable droit à la liberté de la recherche scientifique comparable au droit à la liberté d'expression ou au droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, il affirme, en effet, que, comme les arts, la recherche scientifique est libre et que la liberté académique est respectée. Le principe de précaution, consacré par l'article 5 la Charte constitutionnelle de l'environnement du 1er mars 2005 permet cependant de freiner la science productiviste et performative afin de parer à la réalisation, pourtant incertaine dans

l'état de ses connaissances, de dommages graves et irréversibles à l'environnement que ses progrès pourraient provoquer. Ainsi, dans les rapports parfois un peu tendus entre la Science, le Droit et le Progrès, le principe de précaution permet à certains scientifiques, souvent tentés de poser avec arrogance et condescendance la sempiternelle question : « quelqu'un pourrait-il enfin m'expliquer à quoi peut bien servir la recherche en Droit ? », d'entrevoir le début de la réponse que les juristes pourraient leur faire : « à rien, sauf peut-être à prévenir les dommages que les découvertes des autres sont susceptibles d'entraîner irrémédiablement ». Le droit de l'environnement, galvanisé par les droits fondamentaux et le principe de précaution, apparaît d'ailleurs comme un instrument privilégié de dénonciation des aspects maléfiques du progrès scientifique. Il aide aussi à comprendre que les progrès scientifiques débouchent parfois sur des contre-performances.

Les contre-performances du progrès scientifiques peuvent se traduire par la barbarie dont Stefan Zweig, finalement, devait être victime, comme tant d'autres, au cours de la première partie du XXème siècle. Sans en revenir à de pareilles atrocités, les contre-performances du progrès scientifique se mesurent en termes de désagrégation de la planète et d'exclusion sociale. Face à de telles faillites du progrès, le droit de l'environnement et le droit social accordent aux citoyens et aux travailleurs des protections minimales. Or, la crise économique expose, comme on le sait, à la tentation de rogner ces protections minimales : l'antonyme du progrès, la régression, est embusquée derrière la porte de chaque ministère. Aussi, dans un Colloque intitulé « Le Progrès et le Droit » organisé en 2014, faut-il insister sur l'importance de l'émergence du principe de non-régression par lequel le Droit s'efforce tant bien que mal de prendre acte de l'impuissance de la science et de la technique à poursuivre l'ascension générale génératrice de progrès social à laquelle on croyait encore à la fin du XIXème siècle. En droit de l'environnement cette émergence est attestée par l'important ouvrage dirigé par Michel Prieur et Gonzalo Sozzo intitulé *La non régression en droit de l'environnement*, publié en 2012 aux éditions Bruylant. En droit social, elle se réalise dans les conditions que viennent de préciser deux décisions sur le bien-fondé du 23 mai 2012 (Cf. *Droit social*, 2013.339) rendues par le Comité européen des droits sociaux auquel la tourangelle Diane Roman est une des rares à accorder l'importance qu'il mérite.

Parmi les raisons de croire, à la fin du XIXème siècle, au progrès ininterrompu, Stefan Zweig notait encore : « *Les hommes devenaient plus beaux, plus sains, plus robustes depuis que le sport endurcissait leurs corps* » (*op. cit.*, p.863). Or, en cette année olympique, il est difficile, quand on parle de performances et de contre-performances de ne pas évoquer celles qui sont de l'essence même du sport. Il faudrait alors s'interroger sur le dopage ; ce qui nous rapprocherait de la médecine...

B. Les progrès de la médecine

Les progrès de la médecine se sont, plus longtemps que les autres progrès scientifiques, maintenus dans une phase d'ascension générale génératrice de bienfaits toujours plus miraculeux pour l'humanité. Le droit sanitaire et le droit social, qui disposent, en France, d'une très belle revue dirigée par le Professeur Michel Borgetto, travaillent à permettre au plus grand nombre de bénéficier des progrès de la médecine. Les droits de l'Homme concourent aussi à cette fin, notamment par le relais de la Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997, entrée progressivement en vigueur à l'égard de

29 États membres du Conseil de l'Europe à partir du 1er décembre 1999 (1er avril 2012 pour la France) dont l'article 15 précise expressément que, en règle générale, la recherche scientifique s'exerce librement dans le domaine de la biologie et de la médecine et dont l'article 3 prévoit que les États Parties « prennent les mesures appropriées en vue d'assurer, dans leur sphère de juridiction, un accès équitable à des soins de santé appropriée » mais seulement, « compte tenu des besoins de santé et des ressources disponibles ». Comme on le voit, on est très loin de la proclamation d'un droit d'accès équitable aux soins de santé ayant vocation à devenir concret et effectif. Les sombres réalités budgétaires constituent donc, même pour le droit européen des droits de l'Homme, un obstacle légitime à la diffusion des bienfaits des progrès de la médecine. Il faut d'ailleurs saisir l'occasion de dire à nouveau que la jurisprudence la plus scandaleuse jamais mise en place par la Cour européenne des droits de l'Homme est celle qui consiste à se retrancher derrière les considérations budgétaires pour refuser de qualifier de traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 3 de la CEDH, l'expulsion d'étrangers malades du sida vers leur pays d'origine où ils n'auront plus accès aux traitements qui leur avaient rendu une espérance de vie à peu près normale (Cf. l'arrêt de Grande chambre *N. c/ Royaume-Uni* du 27 mai 2008 *RTD Civ.* 2008. 643 et, plus récemment, *Josef c/ Belgique* du 27 février 2014). Le bénéfice des progrès de la médecine est cependant suffisamment généralisé pour se traduire, concrètement, par un allongement de la durée moyenne de la vie humaine dont le Code civil, à l'occasion de la réforme du droit des libéralités par la loi du 23 juin 2006, a dû tenir compte, par exemple en autorisant la renonciation anticipée à l'action en réduction (articles 929 à 930-5 du Code civil) et en organisant les libéralités-partages faites à descendants de degrés différents (articles 1078-4 à 1078-10 du Code civil).

Le Droit, cependant, ne s'intéresse pas seulement aux progrès de la médecine sous leur volet positif et rassurant : il se préoccupe de plus en plus leur aspect maléfique et inquiétant. En effet, les révélations de l'ADN lui font peur, les PMA l'inquiètent, le clonage le terrorise. Il se rassure comme il peut en édictant les interdictions les plus terribles à l'exemple de celles fulminées par les articles 254-1 et 254-2 du Code pénal qui punissent les crimes d'eugénisme et de clonage reproductif de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende ; en multipliant, comme l'a fait le très grand arrêt de Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme *S. et Marper c/ Royaume-Uni* du 4 décembre 2008 (RSC 2009.182), les garanties contre les dangers de collusion entre la médecine et la police scientifique ou en faisant entrer, par la Convention de Varsovie du 16 mai 2005, le prélèvement d'organes aux côtés de l'esclavage, de la servitude, du travail forcé et de la prostitution d'autrui parmi les cas d'exploitation relevant de la traite des êtres humains. Il ne s'agit là, bien entendu, que de quelques exemples marquant la défiance du droit envers les progrès de la médecine qui devraient être mis de plus en plus souvent entre guillemets. Il serait, à l'évidence, fastidieux d'en égrener d'autres. Un autre à la fois moins connu et plus significatif, sera cependant proposé. Il s'agit de ce que l'on pourrait dénommer « le consensus européen vintage » par lequel la Cour européenne des droits de l'Homme a entendu marquer avec éclat sa circonspection envers les progrès de la médecine. L'idée, sinon la notion, apparaît dans l'arrêt de Grande chambre *S.H. c/ Autriche* du 3 novembre 2011 (*RTD Civ.* 2012.283) relatif à l'interdiction, dans certains États membres du Conseil de l'Europe, de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur. Contrairement à une chambre qui s'était prononcée dans cette affaire par un arrêt du 1er mars 2010, la Grande chambre a refusé de constater que cette interdiction, très minoritaire parmi les États européens, constituait une

violation de l'article 14 de la CEDH (qui consacre le principe de non-discrimination) avec l'article 8 garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale. Elle a justifié cette solution au nom d'une ample marge d'appréciation qu'il y avait lieu de reconnaître à l'État en la matière. La solution est atypique, car face à un consensus européen établi dans un sens opposé à celui qu'il retient sur une question donnée, l'État se heurte, d'ordinaire, à une marge d'appréciation restreinte. Or, les raisons de s'écarter de ce schéma général se nourrissent d'une suspicion assumée envers les progrès de la médecine. En effet, si, en l'espèce, le consensus européen qui semble se dessiner pour admettre l'insémination artificielle avec tiers donneur ne doit pas conduire à restreindre la marge d'appréciation de l'État, c'est parce que ce consensus tient davantage à un stade d'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes juridiques établis de longue date dans les ordres juridiques des États membres. Autrement dit, l'empressement du droit de la médecine et de la santé à enregistrer les progrès de la médecine ne peut constituer qu'un consensus superficiel, insuffisamment buriné par le travail du temps, qui ne saurait suffire à faire entrer dans le rang les États réfractaires qui ne sont pas prêts à admettre que tout ce que permet la médecine soit un progrès.

Il y aurait aussi à s'interroger sur les moyens que la recherche médicale met en œuvre pour réaliser ses « progrès ». C'est ici qu'il faudrait aborder la question de l'expérimentation animale et des méthodes alternatives qui ne leur sont pas substituées avec beaucoup d'empressement. Il y aurait à se demander, avec un certain nombre de scientifiques, souvent regroupés au sein d'un « Comité scientifique pour une science responsable (Antidote Europe) s'il ne serait pas dangereusement erroné de croire que l'animal est le modèle biologique de l'homme. Il y aurait aussi à se demander si, en toute hypothèse, l'Humanité ne devrait pas renoncer à essayer de se sauver en infligeant des souffrances indicibles à des millions d'êtres sensibles. C'est déjà aborder une autre sorte de progrès.

II. Les progrès de la civilisation

Lorsque, en 1941, quelques mois avant de se suicider, Stefan Zweig écrivait « *Le Monde d'hier* », une catastrophe avait d'un seul coup, rejeté mille ans en arrière, une explosion de bestialité collective avait cruellement déchiré l'illusion optimiste de la génération précédente, aveuglée par un idéalisme lui faisant croire que le progrès technique de l'humanité devait fatalement entraîner une ascension morale aussi rapide » (*op. cit.*, p. 864). A l'évidence, les progrès de la Science ne sont donc pas une garantie de progrès de la Civilisation. C'est pour tenter d'invalider, pour l'avenir et pour toujours, ce terrible constat que les survivants de la Seconde guerre mondiale ont essayé de promouvoir une protection internationale et surtout européenne des droits de l'Homme qui empêcherait la bête immonde de sortir du ventre encore fécond d'États qui, de la plus démocratiques des manières, ont pu voter les pleins pouvoirs à un Chancelier Hitler ou à un Maréchal Pétain. C'est à éviter pareil effondrement de la civilisation que travaillent, notamment, la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et la Cour européenne des droits de l'Homme. C'est ce qu'oublie, peut-être même ce que ne savent pas, un certain nombre de petits vieillards agrégés depuis deux ou trois concours qui tirent à boulets rouges sur la jurisprudence de la Cour européenne sans connaître l'importance et peut être même l'existence du Discours de Zurich prononcé par Winston Churchill le 19 septembre 1946 et sans savoir que René Cassin,

le père de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, était au commencement, Professeur agrégé de droit privé et sans soupçonner que le Portalis de la CEDH est un français, agrégé de droit public: Pierre-Henri Teitgen.

Or, le Préambule de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui vise tout à la fois la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales, montre que le système de protection instauré par le Conseil de l'Europe ne se limite pas à tenter d'empêcher de nouveaux reculs de la civilisation : il cherche aussi à en promouvoir les progrès. Il se trouve que la contribution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme aux progrès de la civilisation, dont chacun peut se faire une idée générale en fonction de ses convictions politiques et philosophiques, n'est pas très bien connue dans ses aspects techniques. Le Colloque de Tours est une occasion d'apporter quelques brèves précisions de cet ordre. Elles tendront à mettre en lumière le principe à partir duquel la Cour de Strasbourg entend aider aux progrès de la civilisation (A) et à donner quelques exemples de sa contribution à leur consolidation (B).

A. Identification du principe permettant à la Cour EDH de participer aux progrès de la civilisation

Le 28 juillet 1999 une Grande chambre de la Cour européenne des droits a rendu un arrêt *Selmouni* qui a marqué les esprits pour avoir constaté, à l'unanimité, que, dans une affaire de brutalités policières, la France avait violé l'article 3 en raison d'actes de torture qui correspondent à une infamie spéciale par rapport aux traitements inhumains ou dégradants qui relèvent aussi de cet article consacrant des droits intangibles. Or, pour pouvoir retenir cette qualification plus infamante, qui à l'époque n'avait encore frappé que la Turquie, la Cour de Strasbourg, au § 101 de son arrêt, affirme que « compte tenu de ce que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, certains actes autrefois qualifiés de traitements inhumains ou dégradants et non de torture pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir ». Surtout, pour pouvoir justifier cette nouvelle application audacieuse du principe d'interprétation progressiste déjà mis en place à partir de l'arrêt *Tyrer* de 1978 (Cf. *supra*), la Cour affirme, de manière inédite, que, selon elle « *un niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement une plus grande fermeté dans l'appréciation des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques* ». Les valeurs fondamentales des sociétés démocratiques, ne sont peut-être pas loin d'être les valeurs qui identifient une civilisation. Dès lors, la plus grande fermeté de leur appréciation, parallèle à un niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et inéluctable, a vocation à contribuer à des progrès de la civilisation. En tout cas, il semble bien que qualifier « tortures » des actes qui naguère n'étaient encore que des traitements inhumains ou dégradants en soit un. Si cette formule contient l'affirmation d'un principe permettant à la Cour de Strasbourg de participer aux progrès de la civilisation, il suffit de repérer dans lesquelles elle l'a utilisée au soutien d'un constat de violation pour avoir la liste de ceux qu'elle a aidé à réaliser.

B. Exemples de progrès de la civilisation consolidés par la Cour EDH

Le test de la référence à la formule de l'arrêt *Selmouni* permet d'affirmer que les principaux progrès de la civilisation accompagnés par la Cour européenne des droits de l'Homme sont : la qualification de la peine de mort comme traitement inhumain ou dégradant en tant que telle malgré le maintien de la seconde phrase de l'article 2 de la CEDH par l'arrêt de Grande chambre *Öcalan c/ Turquie* du 12 mai 2005 puis par l'arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi c/ Royaume-Uni* du 2 mars 2010 ; les premiers constats de violation de l'article 4 §1 pour servitude par les arrêts *Siliadin c/ France* du 26 juillet 2005 et *C.N. et V. c/ France* du 11 octobre 2002 ; l'introduction dans le champ d'application de l'article 4 § 2 de la traite des êtres humains aux côtés de l'esclavage et de la servitude par l'arrêt *Rantsev c/Chypre et Russie* du 7 janvier 2010 ; l'intégration du droit à négociation collective dans le domaine de l'article 11 par l'arrêt de Grande chambre *Demir et Baykara c/ Turquie* du 12 novembre 2008; la justification du recours au droit pénal comme moyen de mise en œuvre des obligations environnementales par l'arrêt de Grande chambre *Mangouras c/ Espagne* du 28 septembre 2010. ...

De telles avancées suffiraient-elles à justifier *la confiance héréditaire* de Stefan Zweig en le Progrès lui faisait penser que la rechute qui devait l'emporter « *n'apparaîtra plus un jour que comme une pause dans le rythme éternel de la marche en avant* » (*op. cit.*, p.865) ? Il faut en tout cas féliciter les jeunes et brillants organisateurs du Colloque de Tours de participer courageusement à cette marche en avant.

Première Partie

Le Droit du progrès

Quand le droit des brevets ralentit le progrès dans la recherche sur le vivant ¹

Iony Randrianirina

Docteur en droit de l'Université de Poitiers

Centre d'Études sur la Coopération Juridique Internationale (FRE 3500)

Attachée Temporaire d'Enseignement et de Recherche à l'Université de Saint-Étienne

Le mot progrès est emprunté au latin *progressus* — marche en avant, développement des choses, accroissement — et *progredior* — aller en avant. Mais l'apparition de la notion de progrès est relativement tardive — à la Renaissance —, car il aura fallu pour cela attendre le développement d'un nouveau programme scientifique autour de l'héliocentrisme copernicien ² puis galiléen ³, se détachant ainsi de la représentation cyclique du monde selon les philosophes grecs. Du XVI^e au XVIII^e siècle, les auteurs ont stabilisé la définition du progrès comme une « transformation graduelle vers le mieux » ⁴, « un mouvement en avant de la civilisation vers un état de plus en plus florissant » ⁵.

Ainsi, si le progrès peut s'entendre généralement comme une amélioration, le droit des brevets s'avère sans doute être, par excellence, la discipline juridique qui encourage le progrès. En effet, le brevet d'invention, titre de propriété industrielle conférant à son titulaire un droit exclusif d'exploitation d'une invention pendant une durée qui peut aller jusqu'à vingt ans, est considéré comme un mécanisme d'incitation à la recherche et au développement — donc au progrès — par le monopole d'exploitation qu'il confère ⁶. L'idée sous-jacente est de récompenser un effort inventif.

Or, curieusement, le droit des brevets, censé encourager et accompagner l'innovation, est actuellement le grand absent de la recherche sur les cellules souches embryonnaires. Cette dernière consiste à réparer ou reconstruire des organes ou des tissus à partir de cellules souches qui ont la particularité de pouvoir se différencier et se multiplier en n'importe quel tissu de l'organisme. Ces cellules souches sont dites pluripotentes, à la différence des cellules

¹ La présente contribution est la version écrite de la communication orale donnée à l'occasion du colloque sur le progrès et le droit qui s'est tenu le 12 février 2014 à l'Université François-Rabelais de Tours.

² N. COPERNIC, *De revolutionibus*, 1543.

³ G. GALILEI, *Dialogue sur les deux grands systèmes du monde*, 1632.

⁴ MONTAIGNE, *Essais*, 1588, II, 12, éd. P. Villey et V.-L. Saulnier, p. 497.

⁵ MIRABEAU, *Popul.*, 1757, p. 240.

⁶ J. CALAIS et J.-M. MOUSSERON, *Les biens de l'entreprise*, 1972, n° 98.— J. SCHMIDT, *L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968*, coll. CEIPI, 1972, n° 12.— Y. PLASSERAUD et F. SAVIGNON, *L'État et l'invention. Histoire des brevets*, INPI – La Documentation française, 1986.— ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, n° 1 et 6.— La Cour de Justice de l'Union Européenne reconnaît également au brevet cette fonction : voir notamment CJCE, 31 octobre 1974, Centrafarm c/ Sterling-Drug, aff. 15/74, Rec. p. 1147, attendu n° 9 : « en matière de brevets, l'objet spécifique de la propriété industrielle est notamment d'assurer au titulaire, afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur, le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon ».

souches totipotentes qui sont capables d'engendrer un organisme entier, c'est-à-dire un être humain.

Pour rappel, un brevet est délivré à l'observation de quatre conditions de fond. Le requérant doit avoir réalisé une invention¹, laquelle s'entend d'une solution technique apportée à un problème technique². L'invention doit par ailleurs être nouvelle, donc non contenue dans l'état de la technique, ce dernier comprenant tout ce qui a été rendu accessible au public³. Elle doit également résulter d'une activité inventive, à ce titre, elle ne doit pas être une évidence pour l'homme du métier⁴. Elle doit ensuite être susceptible d'application industrielle, c'est-à-dire que l'objet de l'invention doit pouvoir « être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie »⁵. C'est ainsi que des procédés ou produits issus de l'expérimentation sur des cellules souches embryonnaires peuvent recevoir la qualification d'inventions. Il s'agit notamment de procédés d'isolement de cellules souches, de procédés de modification génétique de cellules souches, de procédés de création d'embryons par transfert d'un noyau de cellule somatique dans un ovocyte énucléé, de procédés d'enrichissement en cellules souches de mélanges de cellules, de procédés de culture de cellules souches, de procédés d'induction de la différenciation de cellules souches, de procédés de création d'embryons non viables par parthénogénèse, ou encore de cellules souches génétiquement modifiées. Enfin, le Code de la propriété intellectuelle exige que l'invention soit licite, entendons ici non exclue de la brevetabilité par le législateur. C'est ce dernier critère de brevetabilité — la licéité de l'invention — qui est au cœur du débat.

Les exceptions à la brevetabilité sont justifiées par des valeurs fondées sur une certaine éthique. Parmi ces exceptions légales — au nombre de cinq —, les deux premières concernent d'une part, les inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁶, qui permettent par exemple d'exclure de la brevetabilité une mine anti-personnel, et d'autre part, le corps humain⁷, exception pouvant être perçue comme une simple déclinaison de la première. L'interdiction de breveter le corps humain a été posée par la directive n° 98/44/CE du 6 juillet 1998⁸, transposée en France par une loi du 6 août 2004⁹. Elle permet au législateur d'interdire de breveter les procédés de clonage des êtres humains, les procédés de modification de l'identité génétique de l'être humain, les séquences totales ou partielles d'un gène prises en tant que telles, et enfin les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales. C'est précisément dans ce dernier cas que le bât blesse. En effet, la non-brevetabilité de ces inventions est justifiée par le seul respect de la dignité humaine qui protège l'embryon comme étant un être humain. L'Office Européen des Brevets, obéissant au législateur, considère comme non brevetables des inventions qui consistent à

¹ CPI, art. L. 611-1, al. 1^{er} : « Toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle qui confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation ».

² Définition unanimement admise par la doctrine majoritaire comme étant d'origine jurisprudentielle.

³ CPI, art. L. 611-11, al. 1^{er} : « Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique ». — CPI, art. L. 611-11, al. 2 : L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen ».

⁴ CPI, art. L. 611-14 : « Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique ».

⁵ CPI, art. L. 611-15.

⁶ CPI, art. L. 611-17.

⁷ CPI, art. L. 611-18.

⁸ Directive n° 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, JO L 213 du 30 juillet 1998, pp. 13 et s.

⁹ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JORF n° 182, 7 août 2004, pp. 14040 et s.

utiliser puis à détruire des embryons humains pour les besoins de la recherche¹. Dans le même sens, la Cour de justice de l'Union européenne, par son arrêt *Brüstle* rendu célèbre, refuse de breveter des procédés qui impliquent la destruction d'embryons humains².

Paradoxalement, une loi du 6 août 2013³ est venue donner le feu vert à la recherche sur les embryons et sur les cellules souches embryonnaires sur le territoire français, recherche jusque-là interdite. Si cette autorisation arrive tardivement compte tenu des avancées de la même recherche dans les autres pays industrialisés⁴, elle constitue néanmoins, en droit français, une véritable avancée qui favorise le progrès scientifique. C'est ainsi qu'il peut être déploré que le droit des brevets ne se soit pas mis au diapason. Le législateur du 6 août 2013 aurait pu saisir l'occasion pour autoriser la brevetabilité des inventions portant sur les embryons humains, ou au moins sur les cellules souches embryonnaires, ces deux supports pouvant être traités différemment par le droit⁵.

L'objet du présent propos est donc de démontrer que la brevetabilité des inventions portant sur des cellules souches embryonnaires est utile pour accompagner la recherche médicale (I) et que cette brevetabilité ne se heurte à aucun obstacle juridique (II).

I. La nécessité scientifique de breveter les inventions portant sur des cellules souches embryonnaires

La nécessité scientifique de breveter les inventions portant sur des cellules souches embryonnaires est fondée sur deux justifications principales. La première tient à des impératifs thérapeutiques (A) et la seconde à des impératifs économiques (B).

A. La justification thérapeutique de la brevetabilité

La première raison de plaider pour la brevetabilité est que les cellules souches humaines, d'origine adulte, fœtale ou embryonnaire, sont à l'heure actuelle les enjeux d'une future médecine régénérative. Les recherches menées sur les cellules souches embryonnaires sont en effet les plus prometteuses dans la découverte de médicaments contre les maladies neurodégénératives comme la maladie de Parkinson⁶. Ce progrès doit son succès aux propriétés précédemment évoquées des cellules embryonnaires pluripotentes leur permettant

¹ Décision G 2/06 du 25 novembre 2008, *D.* 2008, p. 1435, obs. J.-C. GALLOUX.— J.-C. GALLOUX, « Non à l'embryon industriel : le droit européen des brevets au secours de la bioéthique ? » : *D.* 2009, p. 578.

² CJUE, 18 oct. 2011, aff. C-34/10, *Brüstle c/ Greenpeace*, Rec. p. 9821 ; *JCP G* 2011, note 146, N. MARTIAL-BRAZ et J.-R. BINET ; *JDI* 2013, n° 1, 5, comm. Ch. BYK ; *Propr. ind.* 2012, n° 1, comm. 2, M.-C. CHEMTOB CONCE ; *Propr. ind.* 2012, n° 9, étude 15, B. DE MALHERBE et J.-Ch. GALLOUX.

³ Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, *JORF* n° 182, 7 août 2013, pp. 13449 et s.

⁴ Avis du 7 mai 2002 du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne (GEE) sur « Les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches humaines » : http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/docs/avis16_complet_fr.pdf.

⁵ Voir *infra*, II, 1.

⁶ D. ORLIAC, *Rapport n° 825* tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 20 mars 2013.

de se multiplier plus ou moins indéfiniment. Ces cellules peuvent ainsi donner naissance à un très grand nombre de types cellulaires très caractérisés tels que les cellules neuronales, les cellules cardiaques ou les cellules musculaires. Les recherches sur ce type de cellules souches permettent donc d'envisager le traitement des infarctus, des maladies neurodégénératives ou de certains cancers¹. À ce titre, les cellules souches font l'objet de nombreux projets de recherche, développés depuis plus de dix ans, dans le monde.

La seconde raison du plaidoyer tient à la faiblesse des coûts économiques engendrés par cette recherche par rapport à ceux produits par d'autres types de recherche.

B. La justification économique de la brevetabilité

Il a été démontré que l'utilisation des cellules souches comme supports d'analyses toxicologiques des médicaments permettrait, à terme, de diminuer le coût de développement des médicaments et de limiter les essais sur les hommes et sur les animaux. Tel est en tout cas le constat avancé dans un rapport parlementaire sur l'évaluation des choix scientifiques et technologiques remis en 2008².

Par ailleurs, l'avis du Groupe européen d'éthique rendu le 7 mai 2002 expose qu'une interdiction de la brevetabilité dans le domaine de la recherche sur les cellules souches embryonnaires serait contraire à l'intérêt général et à celui des patients en particulier³. De nombreux rapports parlementaires ont été déposés sur ce sujet, du fait du potentiel thérapeutique majeur de ces recherches⁴.

Il importe désormais d'expliquer qu'au regard des développements précédents, la brevetabilité des inventions relatives à l'utilisation des cellules souches, que les scientifiques appellent de leurs vœux, est loin d'être impossible à consacrer en droit français.

II. La possibilité juridique de breveter les inventions portant sur des cellules souches embryonnaires

Cette possibilité juridique ne peut que résulter de la conciliation de deux intérêts en présence. D'une part, l'interdiction de breveter ces inventions est mue par le principe de dignité humaine. D'autre part, le brevet d'invention est une incitation à la recherche et au développement. Pour autant, il sera démontré que la satisfaction de ces deux intérêts est

¹ L. COULOMBEL, *Cellules souches embryonnaires et clonage thérapeutique, les perspectives* : AN 29 nov. 2007 : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-off/i1325-tII.pdf>.

² *Rapp. AN n° 1325*, et *Rapp. Sénat n° 107*, 17 déc. et 20 nov. 2008, t. 1, p. 193, rédigé par l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.

³ Avis n° 16 en date du 7 mai 2002 du Groupe européen d'éthique, des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne (GEE).

⁴ P.-L. FAGNIEZ, *Cellules souches et choix éthiques*, La Documentation Française, 2006.— A. CLAEYS, *Les recherches sur le fonctionnement des cellules humaines* : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-off/i3498.asp>.— A. CLAEYS et S. VIALATTE, *L'évaluation de l'application de la loi 2004-800 du 6 août 2004* : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-off/i1325-tI.asp> ; *La recherche sur les cellules souches* : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-off/i2718.asp>.

envisageable. Il est en effet possible de sauver le respect de la dignité humaine (A) tout en permettant au brevet d'invention de remplir sa fonction d'incitation à la recherche (B).

A. La sauvegarde du respect de la dignité humaine

L'interdiction de breveter une invention issue de la manipulation de cellules souches embryonnaires est fondée sur le principe du respect du corps humain et de la dignité humaine, affirmé notamment par le Code civil¹. C'est ainsi que le 16^e considérant de la directive n° 98/44/CE du 6 juillet 1998 affirme que « le droit des brevets doit s'exercer dans le respect des principes fondamentaux garantissant la dignité et l'intégrité de l'Homme ». Or, dans son Avis n° 8, le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé considère que « l'embryon humain dès la fécondation appartient à l'ordre de l'être et non de l'avoir, de la personne et non de la chose ou de l'animal »². La CJUE ne le contredit pas lorsqu'elle donne sa définition de l'embryon humain dans l'arrêt *Brüstle* : « constituent un "embryon humain" au sens de l'article 6, paragraphe 2, sous c), de la directive tout ovule humain dès le stade de la fécondation, tout ovule humain non fécondé dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté et tout ovule humain non fécondé qui, par voie de parthénogenèse, a été induit à se diviser et à se développer »³.

Pour répondre à la première inquiétude motivant l'interdiction de la brevetabilité, celle concernant le respect de la dignité humaine, il faut tenir compte d'une décision du Conseil constitutionnel admettant la constitutionnalité de la loi du 6 août 2013 autorisant la recherche sur les cellules souches⁴. Une telle indulgence résulte des garanties effectives prévues par la loi, à savoir que la recherche doit impérativement viser une « finalité médicale », qu'elle ne doit être menée « qu'à partir d'embryons conçus *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental », qu'elle est subordonnée « à un consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus ou du membre survivant de ce couple, par ailleurs dûment informés des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation », qu'en cas de doute sur le respect des principes éthiques ou sur la pertinence scientifique d'un protocole autorisé, l'Agence de la biomédecine procède à un nouvel examen dans un délai de trente jours, et enfin qu'en cas de violation des prescriptions législatives et réglementaires ou de celles fixées par l'autorisation, l'agence suspend l'autorisation de la recherche ou la retire.

Au demeurant, les réformes nécessitées par le progrès scientifique doivent être menées à la lumière de l'évolution de nos modes de vie. Portalis lui-même nous enseignait que « les diverses espèces de biens, les divers genres d'industrie, les diverses situations de la vie humaine, demandent des règles différentes. La sollicitude du législateur est obligée de se proportionner à la multiplicité et à l'importance des objets sur lesquels il faut statuer. ». Il nous enseignait encore qu' « il faut changer, quand la plus funeste de toutes les innovations

¹ C. civ., art. 16 : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».— C. civ., art. 16-1 : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

² CCNE, Avis n° 8 relatif aux recherches et utilisation des embryons humains *in vitro* des fins médicales et scientifiques, 15 déc. 1986, <http://www.ccne-ethique.fr>.

³ CJUE, 18 oct. 2011, aff. C-34/10, *Brüstle c/ Greenpeace*, *op. cit.*, considérant n° 38.

⁴ Cons. const., décision n° 2013-674 DC du 1^{er} août 2013, JORF du 7 août 2013 pp. 13450 et s.

serait, pour ainsi dire, de ne pas innover », et qu' « on ne doit pas céder à des préventions aveugles »¹. Quelque réminiscence de cet héritage peut être observée dans un rapport du Conseil d'État rendu en 1999 sur les lois de bioéthique, dans lequel il écrit que « pour appréhender dans sa globalité le débat éthique posé par le statut de l'embryon, il faut aussi prendre en compte son autre dimension qui consiste à savoir jusqu'à quel point la sauvegarde du principe du respect de l'embryon et son assimilation à une personne peuvent faire obstacle à la lutte contre la stérilité ou contre des maladies graves qui n'ont aujourd'hui pas de traitement. Car pour l'essentiel, les techniques d'assistance médicale à la procréation et les recherches entreprises sur l'embryon à l'étranger ont pour objectif de faire reculer la souffrance humaine résultant de la stérilité, du handicap ou de certaines maladies dégénératives »². Le Conseil d'État conclut ces réflexions en préconisant de rechercher un « juste équilibre entre deux principes éthiques essentiels : le respect de la vie dès son commencement et le droit de ceux qui souffrent à voir la collectivité entreprendre les recherches les plus efficaces possibles, pour lutter contre leurs maux »³.

Les recommandations de Portalis se retrouvent également dans les interrogations posées l'année suivante par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques en ces termes : « comment trouver un point d'équilibre entre le respect de la vie dès son origine, qui condamne l'instrumentalisation de l'embryon pour quelque motif que ce soit, et le droit des malades à bénéficier des résultats d'une recherche dont le développement permettrait de traiter efficacement des maladies aujourd'hui incurables »⁴.

Au-delà de ces considérations éthiques, il peut encore être démontré que les cellules souches embryonnaires ne sont pas des embryons, et donc encore moins des êtres humains. En effet, deux interprétations différentes de ce qu'on entend par cellules souches embryonnaires peuvent être retenues, qui pourraient les exclure du champ de l'embryon protégé en tant qu'être humain ou en tant qu'élément du corps humain.

D'abord, il importe de noter la position de la Cour administrative d'appel de Paris sur sa définition de l'embryon. Elle admet en effet que les cellules souches pluripotentes prélevées sur des embryons humains au stade du blastocyste⁵ ne sont pas des embryons car elles ne peuvent pas permettre le développement d'un être humain⁶, contrairement aux cellules souches totipotentes. Dès lors, si ce type de cellule n'est pas considéré comme un embryon, il peut aisément être appréhendé sous l'angle d'un matériau d'expérimentation, et la question de la brevetabilité ne se pose plus, du moins pas sur le terrain de sa licéité. Tel est d'ailleurs l'engagement pris par l'office de la propriété intellectuelle du Royaume-Uni, lequel opère une distinction entre cellules pluripotentes et cellules totipotentes, seules ces dernières étant exclues de toute brevetabilité.

Ensuite, indépendamment de cette distinction, il est également possible d'exclure du champ de la protection de la dignité humaine toutes les cellules souches embryonnaires, qu'elles soient pluripotentes ou totipotentes, dès lors qu'elles font l'objet d'une expérience scientifique. Après tout, ne sont-elles pas considérées comme non destinées au développement

¹ PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, 21 janv. 1801.

² Conseil d'État, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, La documentation française, 1999, pp. 10 et 11.

³ *Ibidem*, p. 11.

⁴ OPECST, *Doc AN n° 2198, Doc Sénat n° 238*, 24 févr. 2000, p. 79.

⁵ Stade de l'embryon situé entre le 5^e jour et le 7^e jour après la fécondation.

⁶ CAA Paris, 3^e ch. B, 9 mai 2005, n° 03PA00950.

de l'être humain, étant entendu que, d'après le Code de la santé publique, seuls les embryons surnuméraires¹ peuvent faire l'objet de recherches ?

Voilà donc deux arguments pouvant être opposés au raisonnement qui consiste à dire que les inventions portant sur les cellules souches embryonnaires ne peuvent pas être brevetées parce que l'embryon est un être humain dont la dignité doit être protégée. Quant à la solution proposée pour satisfaire à la seconde préoccupation, celle de respecter la fonction du brevet qui est d'encourager le progrès, en réservant un monopole d'exploitation à celui qui crée une invention, l'on peut prendre acte des solutions admises dans les droits étrangers.

B. La sauvegarde de la fonction d'incitation à la recherche exercée par le brevet

C'est grâce à la fonction d'encouragement du progrès exercée par le brevet d'invention que plus de 2 000 demandes de brevets ont été déposées dans le monde, pour des produits ou procédés issus de la recherche sur les cellules souches. Un quart de ces demandes portent sur des cellules souches embryonnaires². Des laboratoires pharmaceutiques et des centres de recherche ont déjà investi des sommes importantes dans ces recherches biotechnologiques. Il apparaît ainsi logique que pour rentabiliser leurs placements, les investisseurs misent sur la certitude d'une exploitation exclusive. Or, on voit mal comment, à l'heure actuelle, mener à bien des recherches appliquées sans financement. Il apparaît dès lors nécessaire de protéger les inventions biotechnologiques par le brevet, comme cela a été le cas pour la recherche sur les séquences génétiques³. Il découle à l'évidence de ces considérations que l'actuelle non-brevetabilité de certaines inventions biotechnologiques constitue un obstacle au progrès scientifique dans la mesure où les autres pays industrialisés comme les Etats-Unis, le Japon, le Brésil, délivrent des brevets sur ces inventions. Il faut se rappeler que la première lignée de cellules souches d'embryons humains fut développée en 1998 à l'Université du Wisconsin. Le professeur James Thomson à l'origine de l'invention déposa trois demandes principales de brevets au Bureau américain des brevets et des marques de commerce⁴ par l'intermédiaire de son association à but non lucratif, WARF⁵. Ainsi, les enjeux éthiques liés à la manipulation des cellules souches embryonnaires sont traités hors du droit des brevets⁶.

Une partie de la doctrine juridique et médicale craint dès lors — à raison — ce qu'elle appelle une fuite des cerveaux, un retard de la recherche française et européenne, et une perte de compétitivité économique⁷.

¹ Définis par la loi comme étant des embryons qui ne font plus l'objet d'un projet parental.

² Avis du 7 mai 2002 du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne (GEE) sur « Les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches humaines » : http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/docs/avis16_complet_fr.pdf.

³ H. GAUMONT-PRAT, « La brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches », *D.* 2005, p. 3087.

⁴ United States Patent and Trademark Office (USPTO).

⁵ Wisconsin Alumni Research Foundation.

⁶ G. BAHADUR & M. MORRISON, *Patenting human pluripotent cells : balancing commercial, academic and ethical interests*, Human Reproduction vol. 25, 2009.

⁷ Voir la déclaration du professeur MENASCHE cité par H. MARITON, Assemblée nationale, 10 févr. 2011, 3^e séance, JOAN CR, 11 février 2011, p. 1059 : « Si cela pouvait se justifier en 2004, ce n'est plus possible aujourd'hui. Non que cela entrave nos recherches : nous les avons conduites sous ce régime et pourrions donc continuer de le faire. En revanche, ce dispositif, que nul ne comprend hors de l'Hexagone, nuit gravement à l'image de notre pays et le rend moins attractif auprès des industriels, qui commencent maintenant à réfléchir en termes d'indications élargies ».

La dignité humaine : un fondement encore préservé dans le champ de la recherche embryonnaire

Marion Travers,
ATER en Droit public à l'Université François-Rabelais de Tours

Désignant avant tout l'amélioration, le progrès concerne, dans le domaine médical et de la recherche, toute idée d'avancées scientifiques et technologiques rendue possible, telles les greffes d'organes, de tissus ou de cellules, les procréations médicalement assistées... Bioéthique et progrès allant de pair, le droit positif est régulièrement conduit à s'interroger sur cette dualité. Faut-il dès lors encourager le progrès, envers et contre tout ?

Considérer que l'éthique encadre et limite parfois le progrès est rassurant. En matière de recherche sur l'embryon, le progrès semble en effet devoir s'accommoder de certains principes juridiques. En ce qu'elle porte sur une personne humaine potentielle, la recherche du progrès via l'embryon doit respecter ce principe particulier qu'est la dignité de la personne humaine. Mais pour indispensable qu'elle soit, l'adaptation du progrès à la dignité humaine n'est pas des plus évidentes. Il suffit juste, pour s'en convaincre, d'évoquer la diversité des finalités assignées à la recherche scientifique (économique, commerciale, thérapeutique...). Celles-ci nécessitent, pour se développer et s'enrichir, d'un constant assouplissement de la législation sur cet « objet » particulier qu'est l'embryon.

La dignité humaine était présente dans l'esprit de la directive européenne du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques¹. A cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne relève « *qu'il ressort de l'exposé des motifs de la directive que si celle-ci vise à encourager les investissements dans le domaine de la biotechnologie, l'exploitation de la matière biologique d'origine humaine doit s'inscrire dans le respect des droits fondamentaux et, en particulier, de la dignité humaine. Le seizième considérant de la directive, en particulier, souligne que 'le droit des brevets doit s'exercer dans le respect des principes fondamentaux garantissant la dignité et l'intégrité de l'Homme'* »².

En 2011, cette protection sera également reconnue par un arrêt de la Cour du Luxembourg, lequel définira l'embryon humain, au sens de la directive, par trois processus pouvant conduire au développement d'un être humain. Il s'agit de « *tout ovule humain dès le stade de la fécondation, tout ovule non fécondé dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté et tout ovule humain non fécondé qui, par voie de parthénogenèse, a été induit à se diviser et à se développer* »³. L'ambition d'une telle conception, large, de la notion d'embryon humain permet de poser les bases solides d'un premier encadrement du progrès. Une vie humaine même potentielle ne peut, de par sa dignité, être l'objet de recherches à des fins industrielles ou commerciales. Il a donc été tout naturel pour les

¹ Directive n°98/44 du Parlement européen et du Conseil de l'Union Européenne, JO n° L. 213 du 30/07/1998 pp. 0013 – 0021.

² Voir § 32 de la décision CJUE, 18 octobre 2011, *Oliver Brüstle c/ Greenpeace eV*, C-34/10, D. 2012. 410, obs. J. Daleau, *RTD eur.* 2012. 355, note S. Hennette-Vauchez.

³ Voir § 35 et 36 de la décision CJUE, 18 octobre 2011, *Oliver Brüstle c/ Greenpeace V*, préc.

institutions de l'Union européenne d'exclure l'embryon humain du champ de la brevetabilité¹. L'article 5, paragraphe 1 de la directive prévoit ainsi que « *Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement [...] ne peuvent constituer des inventions brevetables* ».

Si ce dernier point a pu faire l'objet d'un consensus éthique, il n'en a pas été de même concernant l'utilisation de l'embryon à des fins de recherche thérapeutiques². À ce sujet, la France vient de modifier sa législation, revenant sur l'interdiction qui avait été faite de procéder à de telles recherches sur l'embryon, sur les cellules souches embryonnaires et sur les lignées de cellules souches.

Nous pouvons donc, à juste titre, nous demander si l'évolution du droit en faveur des activités de recherche thérapeutique n'est pas à même de venir ébranler la protection, au nom du principe de dignité, de l'embryon qui prévaut actuellement.

Indépendamment de la difficulté de concilier progrès, droits individuels et libertés fondamentales, l'évolution récente de la législation en matière de recherche thérapeutique ne remet pas en cause le principe du respect de la dignité de la personne humaine (I). Cette valeur éthique résiste à la pression des intérêts économiques, politiques et thérapeutiques du progrès scientifique (II).

I. L'assurance du respect de la dignité humaine dans le cadre de la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires

La mise en cohérence du système français avec le système européen a été jugée nécessaire par le législateur qui a de fait procédé à un changement de la législation (A). La question de l'éthique est subséquemment posée, le passage du principe de l'interdiction à l'autorisation posant nécessairement la question de la destruction systématique et inéluctable de l'embryon impliqué par la recherche (B).

A. Une appréhension légitime au regard du passage à un régime d'autorisation

Sous l'égide des lois du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, puis du 6 août 2004 relative à la bioéthique, et enfin du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, on a pu considérer que tant que prévalait l'interdiction – quasi-impérative puis assouplie par voie dérogatoire - de toute recherche sur l'embryon, la dignité de la personne humaine semblait préservée.

¹ Aux termes de l'article 53, sous a) de la Convention sur le brevet européen (CBE), les brevets européens ne peuvent être délivrés pour : « *les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». Cette disposition a été reprise par la directive du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques qui en déduit à l'article 6, paragraphe 2, sous c), qu'à ce titre, ne sont notamment pas brevetables, « *les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales* ».

² Il s'agit d'une recherche qui a une finalité (bienfaits et inconvénients) pour le sujet d'expérimentation.

Désormais, en modifiant les dispositions de l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique, la loi du 6 août 2013¹ soumet à autorisation, sous strictes conditions, les recherches sur l'embryon. Nous passons d'une interdiction de principe à un encadrement² de la recherche thérapeutique sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

En application de cet article « *Aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation* »³. Quatre conditions cumulatives sont requises pour pouvoir être autorisées par l'agence de la biomédecine à procéder à ce type de recherche. Il est tout d'abord nécessaire que soient établies la pertinence scientifique et la finalité médicale du projet de recherche. Cette recherche ne sera ensuite autorisée que lorsqu'il n'existe pas d'autre solution (principe de subsidiarité) en l'état des connaissances scientifiques. Enfin, le projet et les conditions de mise en œuvre du protocole doivent respecter les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

Le parti pris est bien, en l'état de la science, de considérer que la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires est indispensable et nécessaire au progrès. L'autorisation encadrée de ces recherches était devenue impérieuse depuis la fin des années 1990, comme l'explique Valérie Depadt-Sebag. C'est à cette époque que les travaux des chercheurs américains ont démontré l'attrait des recherches sur les embryons et les cellules souches embryonnaires prélevées sur ces derniers⁴.

L'essor de cette recherche est naturellement lié aux progrès relatifs à la maîtrise de la procréation. Le développement des techniques d'assistance médicale à la procréation a avivé le regard porté sur l'embryon. La vision des premiers intéressés, les géniteurs de l'embryon, est tout de même préservée. Le choix a été donné aux parents ou aux membres du couple survivant, dès lors que tout projet parental a disparu⁵, de donner⁶ ou de voir détruits sous un délai de cinq ans les embryons conçus dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation.

B. Une appréhension écartée au regard du respect des principes éthiques

Ainsi, malgré l'intérêt visible et parfois déshumanisé du sort de ces embryons pour la communauté scientifique, la dignité humaine est restée présente à l'esprit du législateur. En cas de don à la science, sont exclusivement visés les embryons surnuméraires, c'est à dire ceux pour qui tout projet parental a disparu, mais également ceux qui ne peuvent plus être implantés en raison d'un problème affectant leur qualité⁷ ou qui ne seront pas implantés en raison d'une anomalie détectée à la suite d'un diagnostic préimplantatoire⁸. Quoi qu'il en soit,

¹ LOI n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, JO n° 238 du 12 octobre 2013.

² Voir article L. 2151-5 I et II du Code de la santé publique.

³ Voir article L. 2151-5 I du Code de la santé publique.

⁴ DEPADT-SEBAG (V.), « La recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires : de l'exception au principe », *RJPF* 2013, p. 4.

⁵ Voir article L. 2151-5 II du Code de la santé publique.

⁶ A la science ou à un autre couple infertile.

⁷ Voir article L. 2141-3 du Code de la santé publique.

⁸ Voir article L. 2131-4 du Code de la santé publique.

ce n'est que lorsque l'embryon humain ne constitue plus une source potentielle de vie, qu'il peut - sous certaines conditions¹ - devenir objet de recherches thérapeutiques. Notons que le consentement du couple ou du membre survivant est révocable à tout moment, dès lors que les recherches n'ont pas débuté. La notion de dignité est donc préservée en présence d'un potentiel de vie humaine. Le nouvel article L. 2151-5 du Code de la santé publique assure bien le respect de la dignité des embryons non surnuméraires.

Comme pour en attester, cette loi du 6 août 2013, soumise au contrôle du Conseil constitutionnel, a été jugée conforme au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine². L'autorisation de telles recherches sur l'embryon, sous certaines conditions et uniquement à des fins médicales, (garanties effectives et nécessaires), permet d'encadrer et favoriser le progrès en France.

Il est tout de même nécessaire de se demander si le respect dû à la dignité humaine de l'embryon sera préservé, face aux impératifs scientifiques et politiques à venir.

II. Le respect de la dignité humaine de l'embryon face aux enjeux scientifiques et politiques des décennies à venir

Le régime d'interdiction qui prévalait a été balayé au vu du frein qu'il semblait constituer pour le développement et la compétitivité des chercheurs français (A). Gageons que les obstacles éthiques sauront être préservés face à la liberté de la recherche (B).

A. Une législation soumise aux enjeux de la libéralisation

Comme le relève très justement le rapporteur de la commission des affaires sociales du Sénat, « *c'est dans un contexte de concurrence scientifique intense avec les autres pays occidentaux, mais aussi avec les pays asiatiques comme la Corée du Sud et le Japon* » que la France a été obligée de modifier la loi bioéthique de 2004³, pour finalement venir autoriser la recherche sur l'embryon.

Aucune nation ne saurait négliger l'avancée du progrès. Les enjeux en termes d'attractivité, de renommée et de retombées politiques et économiques sont trop importants. C'est pour cette raison que la ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, Geneviève Fioraso, avait soutenu et défendu le passage de cette loi en rappelant qu'en dix ans,

¹ Voir note de bas de page 8.

² CC, 1^{er} août 2013, Loi tendant à modifier la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, n°2013-674 DC, chron. X. Bioy, « À la recherche de l'embryon... », *Constitutions* 2013, p. 443.

³ BARBIER (G.), Rapport n°10 du Sénat sur la proposition de loi tendant à modifier la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, le 3 octobre 2012, p. 7.

la France était passée de la « 5^{ème} à la 17^{ème} place mondiale dans une recherche pourtant si prometteuse pour de nombreuses applications thérapeutiques »¹.

Le respect du principe de la dignité de la personne humaine semble pour l'instant préservé. Pour autant, on ne peut que constater la très forte influence qu'exercent les avancées scientifiques, et leurs diverses applications, sur le législateur. Aujourd'hui, de nombreux scientifiques se plaignent d'être confrontés à des législations qui ne leur permettent pas de mener à bien leurs recherches. L'interdiction de la « création » d'embryons humains est parfois clairement visée. Que ce soit pour les besoins de la recherche², de l'industrie ou du commerce³, ou à des fins thérapeutiques⁴, il est en effet toujours interdit, en France, de procéder à la création d'embryons humains⁵ par la méthode du clonage⁶. Le principe d'intégrité de l'espèce humaine est préservé.

Le clonage d'embryons humains pour fins de reproduction ne pose pas de problème en soi puisqu'il est unanimement interdit, en ce qu'il « vise à la production asexuée, à partir d'une cellule ou d'un organisme, d'entités biologiques génétiquement identiques à cette cellule ou à cet organisme »⁷. Au niveau international, l'article 11 de la Déclaration de l'Unesco sur le génome humain et les droits de l'homme proclame justement que « les 'pratiques' de clonage à des fins de reproduction d'êtres humains, ne doivent pas être permises » car de telles pratiques « sont contraires à la dignité humaine »⁸. Cela atteste, comme le signale le Professeur Mireille Delmas-Marty, d'une « réprobation à l'échelle mondiale »⁹, et ce au nom de la notion de la dignité de la personne humaine proclamée pour la première fois dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948.

Quant au clonage d'embryons humains à visée thérapeutique, son interdiction est moins unanime, en ce qu'il consiste « à utiliser un transfert de noyau de cellule adulte dans un ovule énucléé dans le but de cultiver in vitro (au laboratoire) des cellules souches embryonnaires, puis des lignées de cellules ou de tissus susceptibles d'être utilisées, notamment par greffes, dans un but thérapeutique »¹⁰. Cette méthode est en effet légalisée dans certains États européens, tels que le Royaume-Uni¹¹ et la Belgique¹ qui ont mis en place un régime « permissif ».

¹Voir communiqué du Ministère de l'Enseignement supérieur et de la recherche : « <http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/cid73287/decision-du-conseil-constitutionnel-sur-la-loi-autorisant-la-recherche-sur-l-embryon-et-les-cellules-souches.html> ».

² Article L. 2151-2 CSP.

³ Article L. 2151-3 CSP.

⁴ Article L. 2151-4 CSP.

⁵ Voir les articles L. 2151-2, L. 2151-3 et L. 2151-4 du Code de la santé publique.

⁶ Article L. 2151-2 alinéa 1^{er} CSP.

⁷ CLAYES (A.) & LEONETTI (J.), Rapport n°2235 de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur le clonage, la thérapie cellulaire et l'utilisation thérapeutique des cellules embryonnaires, 2000, p. 13.

⁸ Voir article 11 Déclaration de l'Unesco sur le génome humain et les droits de l'homme.

⁹ DELMAS-MARTY (M.), Interdire et punir : le clonage reproductif humain, *Revue trim. Droits de l'Homme* 54/2003, p. 429.

¹⁰ Atlan (H.), « Clonage thérapeutique : gardons-nous des fantasmes », « <http://ghansel.free.fr/clonage.html#tthFtNtAAB> ».

¹¹ Dès 1990, le *Human Fertilization and embryology Act* est venu réglementer et autoriser la recherche sur les embryons surnuméraires. Et c'est en 2001 que la création d'embryon pour la recherche est autorisée, dès lors

Les chercheurs fondent de grands espoirs sur les progrès que pourraient apporter une telle méthode, eu égard au caractère pluripotent des cellules souches issues d'embryons humains. Ainsi, selon le Groupe Européen d'Éthique des Sciences et des Nouvelles Technologies auprès de la Commission européenne, « *L'intérêt de cette technique consiste dans la possibilité de pouvoir recréer des organes ou des tissus à partir de cellules, qu'on qualifie de souches, ayant pu être isolées notamment au cours des premiers stades de la vie de l'embryon. En effet, les cellules souches humaines apparaissent à l'orée du troisième millénaire comme particulièrement porteuses d'espoir dans le traitement de maladies qui, jusqu'à présent semblaient devoir rester à tout jamais incurables* »².

On peut néanmoins se demander si les avancées de la recherche scientifique n'auront pas tendance à marginaliser, voire éluder, le débat éthique.

B. Un avenir éthique en suspens

En 2008, à partir de cellules de la peau adulte, des chercheurs ont en effet créé des cellules souches similaires à celles que l'on trouve au stade embryonnaire. Leur particularité est donc de pouvoir se dériver en lignées cellulaires de n'importe quel tissu du corps humain. C'est donc sans recourir à la technique du clonage thérapeutique à partir d'ovule, que pourraient désormais être prélevées des cellules souches embryonnaires. Cette découverte, connue sous le nom de cellule iPS (*induced pluripotent stem cells*) a d'ailleurs permis au Professeur Shinya Yamanaka d'obtenir le prix Nobel 2012 de physiologie et de médecine³. Comme le font remarquer le Professeur Xavier Bioy et Emmanuelle Rial-Sebbag⁴, les américains ont également déclaré, à travers la revue *Cell* du 15 mai 2013, qu'ils avaient procédé à la fabrication de cellules souches humaines selon un procédé de clonage par transfert nucléaire⁵.

Mais il ne s'agit là que de clore un débat...pour mieux ouvrir le suivant. De nouvelles questions éthiques se posent dont celle de savoir si la création de cellules IPS permet la production de gamètes à partir d'un même individu. L'exploit a déjà été réalisé sur des cellules iPS de souris transformées en ovocyte⁶. Des spermatozoïdes ont été conçus de la même manière. Le progrès, à travers l'ouverture de nouvelles pistes au traitement de certaines formes d'infertilité est bien présent... mais *quid* de l'éthique, de la dignité de la personne humaine voire même de l'intégrité de l'espèce humaine ?

qu'elle ne peut être réalisée avec des embryons surnuméraires, voir Agence de la biomédecine, Encadrement international de la bioéthique, p. 45.

¹ Depuis 2007, sous les mêmes conditions, si et seulement si la recherche ne peut être effectuée sur des embryons surnuméraires, voir Agence de la biomédecine, Encadrement international de la bioéthique, p. 45.

² NIELSEN (L.) & WHITTAKER (P.), Avis n°16 sur les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches humaines, 2002, p. 40.

³ BINET (J.-R.), « Recherche sur l'embryon : fin d'un symbole éthique et abandon d'une illusion thérapeutique », *JCP* n°36, 2 septembre 2013, p. 1564.

⁴ BIOY (X.) & RIAL-SEBBAG (E.), « L'évolution de la recherche sur l'embryon, une question de principe ? », *LPA* n°251, 17 décembre 2013, p. 4.

⁵ Tachibana (M.), Amato (P.), Sparman (M.), Marti Gutierrez (N.), Tippner-Hedges (R.), Ma (H.), Kang (E.), Fulati (A.), Lee (H.-S.), Sritanandomchai (H.) et al. « Human Embryonic Stem Cells Derived by Somatic Cell Nuclear Transfer », *Cell* 153 (6) 2013, pp. 1228-1238.

⁶ DONNARS (O.), « Des ovocytes créés à partir de cellules souches », *La Recherche – L'actualité des sciences* n°470, 1^{er} décembre 2012, p. 20.

Il est bien normal de se poser la question de savoir quel futur nous réserve le progrès scientifique. Nos sociétés sauront-elles résister à la tentation du clonage humain ou de la reproduction asexuée ? Formons le vœu qu'en démultipliant les problèmes éthiques et juridiques, ces nouvelles perspectives et techniques alternatives feront en sorte que l'on continue à se poser la question centrale de l'instrumentalisation de la vie humaine.

L'expérimentation animale, entre Progrès et Droit¹

Marion Bourguine-Renson

Doctorante en Droit privé à l'Université de Limoges, ATER à l'Université de Tours

L'expérimentation animale, le progrès et le droit sont trois notions à interactions multiples. Il sera mis ici en lumière toute la dichotomie du Progrès et du Droit face à l'expérimentation animale.

Le Droit entendu sera celui du Droit objectif avec sa finalité d'assurer la cohésion sociale. Le progrès se conçoit comme une accession à une étape supérieure dans le sens de l'amélioration. L'expérimentation animale est définie très largement au sein du Code rural et de la pêche maritime². En effet, il s'agit de « toute utilisation, invasive ou non, d'un animal à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques ou à des fins éducatives » et de « toute intervention destinée ou de nature à aboutir à la naissance ou à l'éclosion d'un animal ou à la création et à la conservation d'une lignée d'animaux génétiquement modifiés ». Les termes utilisés au sein de ces deux alinéas attestent du large champ d'application. D'ailleurs, le titre de la directive de 2010³ exploite plutôt le terme d'« utilisation ». Elle reflèterait donc simplement l'emploi d'un animal dans un processus quelconque. En d'autres termes, l'expérimentation animale s'entendra ici comme toute utilisation à des fins scientifiques des animaux. Un critère doit cependant être souligné : celui de douleur animale. Seuls les animaux sensibles, c'est-à-dire capables de ressentir la douleur sont concernés par la législation en vigueur et ainsi protégés par celle-ci. La douleur animale doit présenter un certain degré de gravité pour parler juridiquement d'expérimentation animale et ainsi soumettre l'animal « modèle » aux réglementations protectrices spéciales. Le Droit s'est saisi de l'expérimentation animale en vue de protéger l'animal. Une remarque doit être faite : c'est la Science qui est à l'origine de cette protection car c'est grâce à la recherche scientifique que l'animal a été reconnu comme un être capable de souffrir. Ainsi, il conviendra d'envisager le progrès scientifique à l'origine d'un progrès juridique. Le progrès scientifique, dans son sens précis, signifie l'apport de nouvelles connaissances (« la science est connaissance, la technique est action »)⁴ et renvoie donc au progrès de la science fondamentale. Il se distingue du progrès technique, ce dernier présentant l'application concrète de la découverte, généralement issue de la recherche fondamentale. Pour revenir à l'expérimentation animale, le progrès scientifique est le premier à caractériser la sensibilité de l'Animal lui offrant l'accession à la protection juridique. Or, le progrès technique ne peut être écarté si facilement car l'Animal constitue son modèle d'expérimentation. Par conséquent, les deux formes de progrès peuvent être envisagées.

La sensibilité est le terme clé de la protection juridique des animaux. Quel est son sens ? Seuls les vertébrés et certains invertébrés comme les céphalopodes sont considérés comme des êtres sensibles par le Droit. Il convient de définir plusieurs notions qui correspondent à trois degrés de sensibilité : la nociception, la douleur et la souffrance. La nociception existe chez la plupart des animaux. Elle permet d'éviter, de façon réflexe, les stimulations portant atteinte à l'intégrité de l'organisme et se traduit par des réponses de fuite

¹ La présente contribution est la version écrite de la communication orale.

² R.214-89

³ Directive 2010/63/UE

⁴ BINET J-R., *Droit et progrès scientifique : science du droit, valeurs et biomédecine*, 1. Ed., Paris, Presses universitaires de France, coll. « Partage du savoir », 2002, p. 2.

ou de retrait d'une partie du corps. La douleur apparaît chez tous les animaux qui possèdent des réactions émotionnelles associées à la nociception. La souffrance apparaît chez les animaux qui possèdent des fonctions cognitives associées à la douleur, donc une certaine conscience de leur environnement avec sans doute un développement particulier pour les mammifères et les oiseaux. Les scientifiques ont donc procédé à des recherches permettant d'évaluer la douleur chez les animaux et de la distinguer de simples processus nociceptifs. En d'autres termes, il s'agit d'identifier une douleur.

Ces trois notions définies et associées amènent, ensuite, à s'interroger sur la conciliation d'intérêts distincts. Le progrès pris dans le sens d'une amélioration se doit d'être protégé. On a énoncé la prise en compte par le Droit de la protection de l'animal en tant qu'être sensible. Or, de prime abord, l'expérimentation animale se lie au progrès mais suggère inévitablement de la souffrance animale. Un pas vers la protection du progrès scientifique est obligatoire mais peut passer par le sacrifice d'êtres sensibles. La protection du progrès scientifique n'a d'intérêt que lorsque celui-ci vient renforcer la protection de la santé ou de l'environnement. Il faut donc exclure les finalités scientifiques inutiles (à des fins esthétiques ou reproductive...) car dans ce cas, la dichotomie du progrès et de l'expérimentation animale s'en trouve amoindrie voire absente. C'est au nom de la santé humaine et de l'environnement qu'elle prend toute son importance. Le progrès scientifique s'entendra ici en faveur de la protection de la santé et de l'environnement, en d'autres termes au service et au bien-être de la société.

Le problème qui se pose est de déterminer la place de l'expérimentation animale dans le progrès scientifique en vue de protéger la santé humaine et de quelle manière la saisine par le Droit doit se faire ?

Le Progrès et le Droit peuvent se réunir de deux façons : le droit au progrès et le progrès du droit. Ainsi, sera envisagé dans une première partie l'apport de l'expérimentation animale dans le droit au progrès scientifique, un apport nuancé (I) ; ce qui amènera à définir le progrès nécessaire du droit dans le domaine de l'expérimentation animale (II).

I. L'apport nuancé de l'expérimentation animale dans le droit au progrès scientifique

Il est de prime abord évident que l'expérimentation animale participe au progrès scientifique, une évidence voulue par la société (A). Toutefois, elle sait être contreproductive au progrès même si ce n'est pas le discours aujourd'hui entendu mais plutôt caché, soulignant ainsi un apport incertain (B).

A. L'apport voulu certain de l'expérimentation animale

Les nombreux progrès scientifiques au XXe siècle ont été une source de liberté et de progrès en terme de santé publique (ex : la pénicilline), de progrès social (démocratisation de la santé) et moral (sauver des vies auparavant sacrifiées). Des découvertes ont vu le jour telles que le vaccin contre la rage avec Pasteur (préalablement testé sur un chien), le développement des techniques de transplantation (prix Nobel de 1990, chiens)... C'est au nom de ces découvertes que de nombreux scientifiques prônent l'expérimentation animale.

Il existe aussi des justifications juridiques du recours à l'expérimentation animale qui se basent sur les droits fondamentaux de l'homme et notamment le droit à la vie¹ ou encore le droit à la protection de la santé². L'animal peut ainsi être sacrifié légitimement au nom de la santé humaine. D'ailleurs, l'expérimentation animale est licite si son objet correspond à la protection de la santé ou de l'environnement³.

Le modèle animal a contribué aux progrès biotechnologiques. Il a permis de développer la connaissance des mécanismes génétiques du vivant permettant d'agir directement sur l'espèce humaine. Les manipulations génétiques ne sont pas des mutations naturelles. C'est pourquoi il faut aussi savoir nuancer le droit au progrès scientifique qui peut être porteur de risques tels qu'une nouvelle forme d'eugénisme.

Le droit au progrès scientifique prend aussi toute son ampleur avec la liberté de recherche scientifique qui se tient au rang des libertés fondamentales par son rattachement, par exemple à la liberté d'expression⁴. C'est au nom de cette liberté que les chercheurs affirment leur droit de recourir à l'expérimentation animale.

Il est intéressant d'avancer une illustration à l'effigie du progrès scientifique à savoir les xénogreffes. L'hypothèse de transplanter un cœur de porc dans le corps humain⁵ est promue notamment en vue de pallier les manques de donneurs d'organes. Cependant, la maîtrise des risques n'est pas à la hauteur pour permettre la xénotransplantation (par exemple un rejet, mais aussi la possible transmission d'agent infectieux...). C'est pourquoi, il faut aussi souligner l'apport incertain de l'expérimentation animale dans le droit au progrès scientifique.

B. L'apport caché incertain de l'expérimentation animale

« Le seul moyen fiable de vérifier l'exactitude d'une hypothèse médicale générée par un modèle est de la vérifier chez l'homme, comme dans les cas d'études cliniques, d'études de volontaires ou de populations »⁶.

Pourquoi le manque de donneurs par le recours aux donneurs d'organe d'origine animale n'est-il pas pallié ? Est en jeu la complexité biologique que recèle le monde du vivant. Il est impossible de transposer les résultats biologiques obtenus sur l'animal à l'être humain. La communauté scientifique est elle-même partagée sur la question de l'utilité de l'expérimentation animale. Or, aujourd'hui, il est imposé de recourir à l'expérimentation animale avant d'engager des essais sur l'homme ou de mettre un nouveau produit sur le marché.

Ce recours obligatoire préalable à l'expérimentation animale est une conséquence historique. Durant la Seconde Guerre mondiale, parmi ces innombrables atrocités, se

¹ Article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

² Le droit à la protection de la santé puise ses racines dans le fondement des droits créance et plus particulièrement par l'article 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

³ Art. R214-105 C. rur.

⁴ *Revue trimestrielle des droits de l'homme* n° 13, janv 1993, entièrement consacré à la liberté d'expression.

⁵ La firme britannique PPL Therapeutics réussit en mars 2000 le clonage de cochonnets en vue de mettre fin à la pénurie d'organes en matière de greffe ; étant donné que le cœur de porc serait parfait pour les greffes chez l'homme.

⁶ LANGLEY G., *Validité de l'expérimentation animale en recherche médicale*, *Revue semestrielle de droit animalier (RSDA)*, n°1/2009, pp. 161-168

comptent les expérimentations humaines. Le Code Nuremberg puis la convention STE 123 ont donc émis des recommandations affirmant la légalité de l'expérimentation animale et aussi son obligation morale et réglementaire. Ce recours obligatoire se retrouve dans les règles relatives aux autorisations de mise sur le marché ou encore dans la réglementation relative aux essais cliniques. L'expérimentation animale est obligatoire dans l'évaluation de la sécurité d'emploi de toute une série de produits qui vont du médicament au produit de nettoyage, en passant par l'additif alimentaire. Dans ce domaine de la sécurité, les pouvoirs publics considèrent l'expérimentation animale comme une étape incontournable.

Or, cette exigence est critiquable. Il serait particulièrement impérieux de faire ici un état des lieux. Toutefois, une illustration connue est celle de la thalidomide, un médicament utilisé durant les années 1950 et 1960 comme sédatif et anti-nauséux, notamment chez les femmes enceintes. Ce médicament a provoqué de graves malformations congénitales. La thalidomide avait été testée sur les animaux de manière extensive avant sa mise en marché qui n'avaient pourtant révélé aucune toxicité.

Les fervents défenseurs de l'expérimentation animale mettent en avant la nécessité de plus de tests. Or, cela ne permettrait pas pour autant de prédire la réponse d'un organisme humain. D'ailleurs, au sein d'une même espèce (animale ou humaine), il est fréquent que les réponses biologiques varient d'un être à l'autre. Cela ne peut que mettre un frein à l'innovation, au progrès puisque plus de tests suggèrent plus de coûts et plus de temps sans garantir avec certitude une meilleure sécurité.

Une double erreur s'exprime aussi dans le recours au modèle animal. Il faut tout d'abord soulever le risque de rejeter des médicaments utiles pour l'Homme. Des molécules sont bénéfiques chez des espèces animales sans l'être pour l'homme mais l'inverse fonctionne aussi. En forçant le recours à l'animal avant, il est possible d'écarter des substances bénéfiques pour l'Homme (ce qui aurait pu être le cas pour l'aspirine).

Double erreur ensuite par la fausseté des résultats dès le départ. En effet, l'anxiété de l'animal naissante à la vue de son utilisation par l'homme n'est pas sans effet sur l'organisme. De même, un cancer spontané est en relation étroite avec la physiologie de l'organisme où il s'est formé alors que les cellules cancéreuses implantées dans un organisme étranger n'ont aucun rapport avec celui-ci, qui ne représente qu'un milieu de culture.

En outre, les causes et la progression de la maladie chez l'Homme sont inconnues même si les symptômes sont connus. Le modèle animal va être développé à partir d'un éventail limité de symptômes observés chez l'Homme. Les symptômes sont sélectionnés alors que le chercheur ignore les caractéristiques les plus importantes qui définissent cette maladie ou même simplement les causes de cette maladie. Un exemple peut illustrer ces propos avec la maladie de Parkinson. Les signes classiques sont la lenteur des mouvements, la perturbation de l'équilibre, les tremblements et la rigidité des muscles. Le composé chimique identifié a été injecté dans les cerveaux de ouistitis. Ces ouistitis ont eu des tremblements similaires avec des difficultés de mouvement mais ont développé d'autres symptômes sans équivalence chez l'Homme, tels que les torsions du cou ou les rotations du corps¹.

L'expérimentation animale peut s'avérer contreproductive dans le progrès de la science médicale. Un encadrement juridique est indispensable et présent mais mérite de progresser.

¹ LANGLEY G., *op. cit.*

II. La nécessité d'un progrès du droit dans l'expérimentation animale

Le droit encadrant l'utilisation des animaux à des fins scientifiques a déjà beaucoup évolué. Or, il doit gagner encore en progression notamment concernant son effectivité (A). D'autant que cette avancée indispensable et logique ne peut être faite qu'en faveur du progrès scientifique (B).

A. Rendre l'effectivité au Droit

La place juridique de l'animal a beaucoup évolué malgré des reculs sur le plan politique qui se manifestent à chaque fois qu'il est question de modifier le statut de l'animal en Droit civil. Toutefois, à l'échelle européenne, le bien-être animal associé à sa sensibilité a été promu au sein du traité de Lisbonne¹.

Dans le domaine de l'expérimentation animale, de nombreuses réglementations européennes existent et font dans le sens d'une protection de l'animal conciliée à la protection supérieure de la santé et de l'environnement. Ainsi, la fin a été posée dans le domaine des cosmétiques depuis le règlement du 30 novembre 2009². Quant au domaine spécifique du secteur chimique, il est fait la promotion des méthodes alternatives à l'expérimentation animale dans le règlement européen nommé REACH³. Dès lors qu'il existe une autre méthode à fiabilité égale ou supérieure à l'expérimentation animale, il faut y recourir. Enfin, la réglementation de référence récente dans le domaine de l'expérimentation animale est issue de la directive du 22 septembre 2010 concernant les domaines de la santé humaine ou animale et de l'environnement. La règle des 3R est érigée au rang juridique la rendant ainsi plus contraignante pour les expérimentateurs. De plus, le remplacement total des procédures appliquées à des animaux vivants à des fins scientifiques et éducatives, dès que ce sera possible sur le plan scientifique, constitue l'objectif final de cette directive. A la lecture de cet ensemble de dispositions, le progrès du Droit paraît significatif. Or, l'incohérence et l'ineffectivité les caractérisent.

L'incohérence se conçoit par la diversité de ces réglementations qui n'est pas sans danger. Par exemple, l'interdiction de recourir aux modèles animaux dans le domaine des cosmétiques normalement effective depuis mars 2013. Or, il s'avère que plusieurs des produits et substances utilisés en cosmétiques peuvent relever aussi du règlement européen REACH, leur offrant ainsi le recours à l'animal.

L'incohérence se révèle aussi dans l'absence d'impartialité et d'indépendance. La directive de 2010 a requis la mise en place d'un organisme impartial et indépendant pour autoriser les projets de recherche incluant de l'expérimentation animale. En France, l'organe impartial et indépendant est le ministère de la Recherche ! Il en est de même au sein des comités d'éthique. La composition des comités d'éthique est essentiellement scientifique ou éventuellement éthique mais ne requiert aucune personnalité juridique⁴. Le juriste est donc

¹ MARGUENAUD J-P., *La promotion des animaux au rang d'êtres sensibles dans le Traité de Lisbonne*, RSDA, n°2/2009, 13-18.

² Règlement (CE) n° 1223/2009.

³ Règlement (CE) n° 1907/2006.

⁴ Art. R.214-118 C. rur.

écarté des procédures relatives à l'expérimentation animale marquant encore plus le fossé entre les mondes scientifiques et juridiques.

L'expérimentation animale est aussi colorée de défaut d'effectivité. Il en va ainsi avec la quasi-absence de mécanisme de contrôle afin de vérifier que le travail de recherche scientifique se réalise concrètement dans le respect de la législation en vigueur. Le contrôle *a priori* se réalise au moment de la procédure d'autorisation évoquée comme non exempt de vices. En outre, des contrôles devraient se réaliser durant les procédures d'expérimentation animale, une fois lancées. Ils devraient aussi se faire à tout moment, sans prévenir, par une personne indépendante et impartiale. Or, ce type de contrôle n'est nullement prévu par les textes. Il serait pourtant favorable de mettre en place ce contrôle *a posteriori*, qu'il soit réalisé par des personnes compétentes et surtout de proposer l'entrée du juriste dans ces procédures. Le progrès du droit dans ce domaine paraît primordial pour assurer son rôle de bienveillance et de respect des règles ; des règles faites en vue de promouvoir le respect de l'animal et d'assurer la protection de la santé humaine.

La particularité du Droit est sa contrainte. Or, dans le domaine de l'expérimentation animale, les sanctions sont mal posées et incomplètes. Une liste précise est faite au sein du Code rural¹, elle se présente sous la forme d'une liste exhaustive avec des sanctions peu dissuasives. Toutefois, il manque certaines infractions comme le non recours aux méthodes alternatives à l'expérimentation animale. Faut-il se référer aux dispositions générales du Code pénal ? L'article 521-2 du Code pénal catégorise le non-respect aux dispositions relatives à l'utilisation des animaux à des fins scientifiques dans les délits avec des peines d'emprisonnement prévues. Alors que l'article du Code rural renvoie aux contraventions avec des amendes peu élevées donc peu dissuasives. Cela laisse entrevoir un manque de volonté législative de rendre effectif le droit relatif à l'expérimentation animale.

Cet ensemble de raisons suggère l'importance du progrès du Droit dans le domaine de l'expérimentation animale en lui rendant son effectivité. Ceci ne peut aller que dans le sens du progrès scientifique !

B. Au nom du Progrès

La vision traditionnelle d'un frein au progrès en cas de non recours au modèle animal est fautive. Il faut voir l'avenir autrement, c'est ce que prône l'idée de progrès. Le progrès s'entend ici dans le sens de progrès certes scientifique mais aussi économique et social. Par les arguments lobbyistes pour l'expérimentation animale, sont soulevées les idées de perte d'emploi, d'absence de sécurité sanitaire, de fuite de l'innovation vers l'étranger... Cependant, les réglementations sus-énoncées mettent en avant le recours aux méthodes alternatives, un recours en la forme inéluctable. Le progrès doit se faire dans le développement de ces méthodes. Cela ne peut qu'aller avec l'idée d'innovations, de création d'emploi... En ce qui concerne la protection primordiale de la santé humaine, il s'avère que ces méthodes peuvent se révéler plus sécuritaires en intégrant par exemple des cellules humaines.

Se tourner vers le développement de ces méthodes alternatives à l'expérimentation animale équivaut à se tourner vers le progrès scientifique, économique et social.

¹ Art. R.215-10 C. rur.

Deuxième Partie

Le progrès des droits

Les progrès des droits de la défense devant l'autorité des marchés financiers¹

Audrey BOURGOIN
ATER à l'Université François Rabelais de Tours

Définition des droits de la défense. Nonobstant son vieil âge², le vocable « *droits de la défense* » ne constitue qu'une nébuleuse. Dans le langage courant, le terme « *défense* » renvoie à « *l'action de défendre quelqu'un ou quelque chose ou de se défendre* »³. Il est associé à « *l'accusé et ses avocats* »⁴. La définition usuelle rejoint ici son acception juridique *stricto sensu*⁵, centrée sur le défendeur. Rapprochée de l'Autorité des marchés financiers (AMF), les droits de la défense s'entendent ainsi des droits de la personne mise en cause, c'est-à-dire l'opérateur économique.

Sa signification dépend très largement de sa substance. N'ayant été repris que dans quelques textes sans toutefois que leur lecture n'apporte véritablement d'éclairage sur son sens⁶, le vocable « *droits de la défense* » souffre désormais d'une réelle désaffection. Pour certains, il ne désignerait plus que quelques droits subjectifs processuels, tels ceux retenus par la Convention européenne des droits de l'Homme (Convention EDH) dans son article 6§3 alors que pour d'autres, il exprimerait « *l'essence même du procès* »⁷. Il irradierait ainsi « *toutes les procédures et toutes les phases du procès* »⁸.

Ses liens avec la notion perturbatrice de « *procès équitable* » vont permettre de mieux en cerner les contours. Trois propositions se dégagent. Première proposition : les expressions « *droits de la défense* » et « *procès équitable* » se caractériseraient par leur synonymie. Deuxième proposition : les droits de la défense constitueraient un des aspects d'une notion plus large, celle de « *procès équitable* »⁹. Troisième et dernière proposition : il est possible d'inverser la perspective et de considérer que c'est la notion de procès équitable qui participe au respect des droits de la défense comme semble d'ailleurs le penser le Conseil Constitutionnel¹⁰. C'est à cette dernière proposition qu'il sera fait référence dans la suite des développements.

1 La présente contribution est la version écrite de la communication orale.

2 L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 2013, n°171, p 632.

3 *Dictionnaire Littré*, V° Défense.

4 CNRTL, V° Défense.

5 Cette « *conception unilatérale des droits de la défense* » « *est fortement liée à la matière pénale* ». V. L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 2013, n°174, p 635 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, V° Droits de la défense.

La matière civile adopte une conception bilatérale. V. notamment, H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *Mélanges P. ROUBIER*, p 184 ; G. WIEDERKEHR, *Droits de la défense et procédure civile*, D 1978, p 36.

6 Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, dir. J.-C. SAINT-PAU, Nouvelle bibl. de thèse, 2013, p 2.

7 G. GUIDICELLI-DELAGE, *Dictionnaire de la justice*, ss. la dir. de L. CADIET, V° Droits de la défense.

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*

10 Décision n°95-360 DC du 2 février 1995 ; Y. CAPDEPON, « Essai d'une théorie générale des droits de la défense », dir. J.-C. SAINT-PAU, Nouvelle bibl. de thèse, 2013, p 7.

Soumission de l'autorité des marchés financiers aux droits de la défense. Née en 2003¹ du rapprochement de trois institutions, l'AMF est une autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale². Elle comprend notamment un Collège et une Commission des sanctions. Elle a pour mission de réguler les acteurs et produits de la place financière française. Pour y satisfaire, elle jouit entre autres d'un pouvoir de sanctions administratives³ qu'elle exerce à l'égard de toute personne qui s'est livrée à des manquements de nature à porter atteinte à la protection des investisseurs ou au bon fonctionnement du marché. Eu égard à la gravité des sanctions pécuniaires susceptibles d'être prononcées par la Commission des sanctions, la question de la soumission de l'AMF aux droits de la défense s'est rapidement posée. Il est désormais acquis que leur respect s'impose aussi bien en vertu des principes généraux du droit et des droits proclamés par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que de l'application des articles 6§1 et 6§3 de la Convention EDH⁴.

De la Commission des opérations boursières (COB) à l'AMF telle que nous la connaissons aujourd'hui, le parcours des droits de la défense fut ascensionnel, spécialement lors du jugement. Pour autant, les progrès juridiques sont loin de se cantonner à cette seule phase puisqu'ils s'étendent également à l'enquête et à l'instruction. Concernant l'enquête d'abord⁵, la charte de l'enquête adoptée le 13 décembre 2010⁶ et la lettre circonstanciée⁷ créée par la loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010⁸ de régulation bancaire et financière en constituent sans doute les manifestations les plus significatives. S'agissant de la phase d'instruction ensuite, elle est devenue le terrain propice aux progrès des droits de la défense tels qu'exprimés dans l'article 6§3 de la Convention EDH⁹.

Vers de nouveaux progrès ? Les droits de la défense constituent encore aujourd'hui « *un point de friction particulièrement aigu* »¹⁰. Leurs progrès ne sont-ils pas parvenus à leur paroxysme ? La question divise. D'un côté, certains martèlent la nécessité de parachever l'édifice. Aussi, si des progrès ont été accomplis, ils ne parviennent que difficilement à assurer tant la crédibilité de l'institution que la protection des personnes mises en cause. De l'autre

1 Loi n°2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière.

2 Article L621-1 du Code monétaire et financier (CMF).

3 Article L621-15 CMF.

4 L'applicabilité de cet article a pu susciter un abondant contentieux. V. notamment, *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, ss. la dir. de F. SUDRE et C. PICHERAL, La documentation française, 2003, pp. 15 et s.; J.-P. MARGUENAUD, « Le pouvoir de sanction des Autorités administratives indépendantes à l'épreuve de l'article 6 de la Convention EDH », *Mélanges STOUFFLET*, Presses Universitaires de la Faculté de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne, LGDJ 2001, pp. 213 et s.

5 N. RONTCHEVSKY, « L'application du principe des droits de la défense devant l'Autorité des marchés financiers », *Bull. Joly Bourse*, 2011, p. 582.

6 En exprimant les droits et devoirs de la personne concernée par l'enquête ainsi que ceux des enquêteurs, elle a assurément permis de faire progresser les droits de la défense par sa vertu pédagogique certaine. Un exemplaire est remis à toute personne concernée par une enquête de l'autorité. Il est à noter que parmi les devoirs des enquêteurs, l'obligation d'enquêter à charge et à décharge est particulièrement novatrice.

7 P. JAIS, « La lettre circonstanciée dans la procédure d'enquête, AMF : un premier pas vers le contradictoire ? », *JCP G*, 2013, p. 1140. Adressée à toute personne mise en cause, elle relate les éléments de fait et de droit recueillis par les enquêteurs. La défense dispose ensuite d'un droit de réponse encadré dans un délai relativement bref. Elle a ainsi permis une introduction parcimonieuse du principe du contradictoire dès l'enquête.

8 Nouvel article 144-2-1 du règlement général de l'AMF.

9 V. les avancées recensées par l'auteur : J.-M. SAUVE, « Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques », Colloque de la société de législation comparée du 12 octobre 2012, http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/autorites_administratives_droits_fondamentaux_et_operateurs_economiques.html.

10 F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, 113.

côté, d'autres se positionnent en défenseur de l'efficacité de la régulation économique ou plus généralement du système financier. Les droits de la défense nuisent au succès de certaines procédures et impliquent un ralentissement de celles-ci par l'introduction d'une dose de formalisme, s'inscrivant en contradiction avec l'objectif originel de l'AMF. Envisager de nouveaux progrès semble alors confiner au domaine de l'inanité (I). Pourtant, derrière cette apparente inopportunité se dissimule une nécessité certaine qu'il importe de concrétiser prestement (II).

I. UNE APPARENTE INOPPORTUNITE

Tant la rapidité de la régulation économique (A) que la spécificité des manquements sanctionnés par le régulateur (B) impose un constat, celui de l'inopportunité d'une évolution des droits de la défense devant l'AMF.

A. L'inopportunité des progrès justifiée par la rapidité de la régulation

La spécificité de l'institution et la particularité subséquente de la procédure. Lorsque la question des droits de la défense devant l'AMF fut soulevée, il fut immédiatement « *opposé efficacité et droits de la défense, en estimant que les AAI [Autorités administratives indépendantes] intervenaient justement au nom de l'efficacité et pour éviter les lenteurs de la justice* »¹. Le phénomène de juridictionnalisation qui s'en est suivi n'a pourtant pas entamé l'efficacité de la régulation. Ainsi, certains droits de la défense s'exercent dans un délai imparti relativement bref si bien que les procédures durent en moyenne une année. En comparaison des procédures menées en première instance devant les juridictions répressives et administratives, la procédure devant l'AMF reste relativement rapide. C'est dire que les progrès des droits de la défense ne sont pas synonymes de lenteur.

Pourtant, en envisageant de nouveaux progrès, on s'achemine progressivement vers un certain parallélisme entre la procédure diligentée devant l'AMF et celle devant les juridictions répressives. En témoigne d'ores et déjà l'application de nombreux principes gouvernant la procédure pénale² même s'il reste encore différents îlots de non-juridictionnalisation de la procédure administrative qui résultent de la modération judiciaire des droits de la défense³. Si le parallélisme est pour l'heure loin d'être parfait, l'on peut néanmoins se demander s'il n'est pas rendu nécessaire par le montant des sanctions pécuniaires susceptibles d'être prononcées par la Commission des sanctions. D'aucuns repousseront cette suggestion en arguant de la spécificité des peines privatives de libertés prononcées par les juridictions répressives pour justifier l'allègement de la procédure administrative, ce dont il faut en convenir. Pour autant, il

1 F. FAGES, « Les droits de la défense ne sont pas les ennemis de l'efficacité », Propos recueillis par O. DUFOUR, *LPA*, 2012, p 3. Sur les autres justifications ayant présidé la naissance des AAI, V. notamment, Conseil d'État, *Autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, p. 275 ; Y. PACLOT, « Remarques sur le pouvoir de sanction administrative de la future autorité des marchés financiers », *JCP E* 2003, Act. 174.

2 Pour un exemple, V. le principe de légalité des délits et des peines. Décision n°2009-580 DC du 10 juin 2009, cons. 14.

3 V. les arrêts cités par G. EVEILLARD, « L'application de l'article 6 de la Convention EDH à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA*, 2010, 531 ; J.-M. SAUVE, *op. cit.*

importe de garder à l'esprit que le montant des sanctions administratives peut être dix fois supérieur à celui des sanctions répressives¹. Dès lors, le renforcement des montants des sanctions aurait dû s'accompagner d'un accroissement des garanties procédurales de telle manière qu'elles soient sinon plus fortes au moins égales à celles devant les juridictions répressives². Cependant, une telle résistance du législateur mérite d'être saluée car si le parallélisme venait à être parfait, l'AMF risquerait de perdre en efficacité et donc de souffrir des mêmes maux que les juridictions. Contraire à son objectif originel, une évolution des droits de la défense en ce sens doit ainsi être rejetée.

Outre cet élément, une autre justification préside à l'inopportunité de réaliser de nouveaux progrès en la matière.

B. L'inopportunité des progrès expliquée par la spécificité des manquements

Des considérations probatoires et économiques plaident en défaveur d'un progrès des droits de la défense.

Considérations probatoires. Dans le domaine financier plus qu'ailleurs, les manquements en cause ne sont pas des plus aisés à prouver. Contraints de respecter le principe de loyauté de la preuve³, les enquêteurs sont souvent confrontés à des obstacles divers : accès à l'information, confidentialité de l'information, etc... Aussi, la spécificité des manquements, parce qu'elle entraîne des écueils probatoires, ne justifierait-elle pas un assouplissement des règles et spécialement des garanties octroyées aux personnes incriminées ? De prime abord, la réponse n'appelle pas de longs développements. Il faudrait éventuellement assouplir les éléments constitutifs des manquements plutôt que de s'attaquer aux droits de la défense. Pourtant, au regard d'une des innovations majeures apportées par la loi du 26 juillet 2013⁴, la réponse paraît plus complexe. En effet, elle permet aux enquêteurs et contrôleurs de faire usage d'une identité d'emprunt sans être pénalement responsable. Or, « *le recours à un tel stratagème, heurte le principe de loyauté* »⁵. Il semble donc que le législateur considère que la spécificité des manquements autorise une entorse aux droits de la défense. Poussant la logique, il n'est pas illégitime d'affirmer que les difficultés probatoires puissent justifier l'infléchissement des progrès, au moins de manière ponctuelle.

Considérations économiques. Les manquements, parce qu'ils portent atteinte à la transparence des marchés et à la protection des épargnants, sont susceptibles d'avoir un retentissement considérable. Retentissement psychologique d'abord, dans la mesure où les manquements « *sapent la confiance, élément déterminant de la liquidité et du développement des marchés financiers* »⁶. Retentissement financier ensuite, en ce sens qu'ils « *peuvent également affecter le cours des titres sur lesquels portent les opérations* »⁷. Il ne faut pas non

1 S. TANDEAU DE MARSAC, « Vers une évolution radicale des droits de la défense ? », *L'argus de l'assurance*, 2012, n°7278, p 43.

2 J.-P. FELDMAN, « L'AMF respecte-t-elle les droits de la défense ? », *D.*, 2009, p. 2756.

3 Cass., com., 24 mai 2011, n°10-18.267.

4 Loi n°2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

5 A. MILLERAND, « La vigilance s'impose face au nouveau renforcement des pouvoirs de l'Autorité des marchés financiers », *Droit des sociétés*, 2013, alerte 67.

6 Rapport n°309 (2004-2005), M. MARINI, fait au nom de la commission des finances, déposé le 27 avril 2005, Projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des marchés financiers.

7 *Ibid.*

plus oublier que parfois les auteurs de tels manquements provisionnent les sommes à l'avance en vue d'une éventuelle sanction. Or, dans le contexte économique actuel, est-il encore possible de laisser certaines personnes impunies au nom du respect des droits de la défense ? Rappelons-nous de cette décision dans laquelle le Président d'une société avait été jugé auteur d'un manquement d'initié par la Commission des sanctions, confirmée par la Cour d'appel de Paris. Il avait pu obtenir devant la Cour de cassation l'annulation de la procédure diligentée contre lui à raison du caractère irrégulier d'une seule audition¹. Certes, c'est sans doute la crédibilité de l'autorité qui en sort la plus ébranlée mais par ricochet, le système financier nécessairement s'en trouve également affecté. Cette considération est d'ailleurs loin d'être absente des préoccupations des magistrats, judiciaires ou administratifs. Cette dérogation aux droits fondamentaux pourrait se généraliser au nom d'un impératif de sécurité économique, caractérisé ici par la protection du libre jeu du marché. La spécificité des manquements en cause justifierait ainsi l'inopportunité des progrès de la défense.

A dire le vrai, l'inopportunité n'est ici que spé cieuse. Une conciliation peut être recherchée entre l'efficacité de la régulation et les progrès des droits de la défense, leur permettant de prospérer pleinement.

II. UNE NECESSITE CERTAINE

Le renforcement des droits de la défense devant l'AMF constitue une nécessité pour chacun des acteurs (A). *De lege ferenda*, ses manifestations pourraient être nombreuses (B).

A. Les causes de la nécessité

Pluralité de causes. A l'instar des autres AAI, l'AMF a très vite eu besoin de renforcer ses garanties procédurales. Toutefois, la pression exercée sur elle est incontestablement plus forte que pour les autres. Depuis la création de la COB, elle a été très régulièrement sous les feux de l'actualité, moins pour son irréprochabilité dans la conduite de l'enquête jusqu'au jugement que pour la violation récurrente des droits de la défense dont elle fut longtemps le théâtre. En quête de crédibilité, elle n'a cessé, sous le contrôle des juridictions, de parfaire son modèle de garanties procédurales qu'elle exhibe désormais fièrement². Bien que considérables, les efforts accomplis ne sont pourtant pas suffisants. Deux raisons justifient la nécessaire progression des droits de la défense.

La protection des personnes mises en cause. En premier lieu, il faut faire évoluer les droits de la défense afin de protéger les intérêts des personnes mises en cause. Non seulement le plafond des sanctions encourues n'a cessé d'être modifié dans le sens d'une plus grande sévérité – même si elle n'est que relative au regard de la capacité financière des intéressés –

¹ Arrêt *préc.*

² V. Le discours de C. NOCQUET, 6e colloque de la Commission des sanctions de l'AMF, Palais Brongniart, 3 octobre 2013 ; B. FRANCOIS, 5e colloque de la Commission des sanctions de l'AMF, *Revue des sociétés*, 2013, pp. 63-64. A cette fin, il a été publié un recueil des décisions de la Commission des sanctions de l'AMF et des juridictions de recours 2009 (La documentation française, 2010) qui est actualisé annuellement ainsi qu'un ouvrage intitulé *Marchés financiers : principes directeurs issus de la jurisprudence 2003-2011* (La documentation, 2012) qui fait également l'objet d'une réactualisation.

mais aussi les sanctions effectivement prononcées. Cette sévérité ne peut pas ne pas s'accompagner d'une progression corrélative des droits de la défense.

La crédibilité de l'autorité. En second lieu, il y a nécessité pour l'autorité. Elle doit remplir la mission de régulation économique dont elle a été investie. Or, la censure des juridictions aussi bien nationales qu'européennes menace encore les décisions de la Commission des sanctions sur de nombreux points de sorte que la sécurité juridique se trouve affaiblie et l'efficacité de la régulation économique menacée. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, l'efficacité de la régulation passe par le progrès des droits de la défense.

Voyons quels peuvent être ces progrès.

B. Les manifestations de la nécessité

Diversité des progrès. « *La procédure pénale est une référence, nécessairement, mais elle n'est pas un objectif à atteindre absolument* »¹. C'est la raison pour laquelle certains progrès sont impérieux et d'autres moins.

Les progrès impérieux. Il est possible de citer en premier lieu la séparation organique de l'autorité qu'il convient de parfaire. Tout un chacun se souvient sans doute de la plus grande affaire que le Gendarme Boursier n'ait eu à connaître, l'affaire EADS. Cette affaire, qui s'était soldée par une mise hors de cause générale des personnes concernées, avait révélé un déséquilibre significatif entre les pouvoirs d'enquête et de sanction de l'autorité. Le Président de l'AMF de l'époque avait alors déploré l'impossibilité de former un recours contre les décisions de la Commission des sanctions. Ce pouvoir du Président fut depuis consacré par la loi de 2010². Cependant, cette faculté, qui s'exerce après accord du collège, nuit à la séparation organique³ puisque même s'il est acquis que l'institution recouvre sous son intitulé deux organes bien distincts, il n'en demeure pas moins que le Président est censé représenter légalement la personne morale indépendamment de ses scissions internes. Aussi, admettre qu'il puisse représenter l'un en justice pour infirmer la décision de l'autre paraît témoigner d'un schéma schizophrénique⁴. Il serait donc souhaitable d'évoluer vers un tribunal des marchés financiers⁵. Il permettrait, outre de mettre fin à la règle du cumul des poursuites administratives et répressives⁶, de créer de véritables « *ministères publics économiques* »⁷ chargés notamment d'exercer un tel recours.

1 F. FAGES, *op. cit.*

2 Article L621-30 al. 2 CMF.

3 B. FRANCOIS, La déjudiciarisation en droit bancaire et financier, in *La déjudiciarisation*, ss. la dir. de O. BOSKOVIC, Mare & Martin, 2013.

4 V. LAMIGEON, « Affaire EADS : l'AMF est-elle schizophrène ? », *Challenges*, 17 décembre 2009.

5 A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT, « Il faut un tribunal des marchés financiers », *D.*, 2014, p. 551 ; A.-V. LE FUR, « Faut-il faire de la Commission des sanctions de l'AMF un tribunal des marchés financiers ? », *Mélanges AEDBF IV*, RB, Paris, 2013, pp. 335 et s. ; « Compétences club des juristes, Vers un tribunal des marchés financiers ? », *Les Echos*, 27 octobre 2011, p 12.

6 A l'heure où nous nous apprêtons à remettre ces lignes, nous apprenons que la Cour EDH vient de rendre un arrêt dans lequel elle condamne l'Italie à raison du cumul des poursuites et sanctions. V. N. MOLFESSIS, « Abus de marché : vers la fin du cumul des poursuites et sanctions », *Les échos business*, 17 mars 2014.

7 M.-A. FRISON-ROCHE, « Question prioritaire de constitutionnalité, autorité de concurrence et de régulation économique : implications institutionnelles », in *Question prioritaire de constitutionnalité et droit des affaires*, Université du Maine, Le Mans, 25 novembre 2010.

En deuxième lieu, l'enquête administrative appelle des progrès. Le premier d'entre eux concerne le droit d'information de la personne faisant l'objet d'une enquête. En effet, le principe du contradictoire qui se manifeste à travers la lettre circonstanciée n'offre pas l'accès aux pièces du dossier¹. Dès lors, le droit de réponse conféré à la personne concernée s'en trouve limité. Il serait donc nécessaire de faire progresser les droits de la défense en ce domaine. Le deuxième résulte de l'absence de consécration d'un droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination². Un tel droit, s'il existe dans le code de procédure pénale³, ne trouve pas d'équivalence en droit financier. Tout au contraire, la personne concernée ne peut garder le silence au risque de commettre un délit d'entrave⁴. Ne compromettant pas les chances de succès de l'enquête, ce progrès semble s'imposer de lui-même.

Quoique moins perceptible, le jugement nécessite en troisième lieu un progrès. La brièveté du délai dans lequel est enfermée la possibilité de récuser les membres de la Commission l'illustre parfaitement. En effet, le caractère confidentiel des affaires laisse parfois apparaître trop tardivement les conflits d'intérêts⁵. Aussi, afin de ne pas nuire à l'efficacité de la régulation, il serait nécessaire, à l'image de ce que certains proposent⁶, que les membres procèdent à une déclaration d'intérêts avant le jugement, ce qui permettrait d'éviter préventivement tout conflit d'intérêt.

Les progrès moins impérieux. Il en est ainsi de la question de la récusation des membres du Collège. Pareille faculté n'est offerte à la personne mise en cause⁷. Nombreux sont ceux qui appellent au progrès. Pourtant, rapprochée de la procédure pénale, cette impossibilité de récuser ne heurte pas dans la mesure où une telle faculté n'existe pas pour les magistrats du ministère public.

Il en va également ainsi de la règle selon laquelle la défense doit s'exprimer en dernier. Bien que contraire au principe du contradictoire, la lettre circonstanciée ne le permet pas. En effet, « *les moyens de défense présentés par l'intéressé dans sa réponse pourront être utilisés par les enquêteurs, et ce sans qu'un nouveau droit de réponse ne soit offert à son titulaire* »⁸. Un tel progrès, s'il venait à être réalisé, affaiblirait l'efficacité de la régulation économique en affectant la rapidité de la procédure, à moins qu'il ne soit encadré dans un bref délai.

C'est le cas enfin de la question du post-sentenciel. Le dernier Colloque de la Commission des sanctions portait notamment sur les questions de l'anonymisation des décisions ainsi que d'un droit à l'oubli⁹. A cette occasion, plusieurs progrès ont été proposés, lesquels prendraient effet immédiatement, en dehors d'une intervention législative. Toutefois,

1 P. JAIS, « La lettre circonstanciée dans la procédure d'enquête, AMF : un premier pas vers le contradictoire ? », *JCP G*, 2013, p 1140 ; J.-P. FELDMAN, « L'AMF respecte-t-elle les droits de la défense ? », *D.*, 2009, p. 2756.

2 S. TANDEAU DE MARSAC, « Vers une évolution radicale des droits de la défense ? », *L'argus de l'Assurance*, 31 août 2012.

3 Article 63-1 du Code de procédure pénale.

4 Article L642-2 CMF ; Article 143-3 al. 4 du Règlement général de l'AMF. Sur cette question, V. notamment, M. LOY, Les enquêtes de l'AMF : la Cour de cassation veille au principe de loyauté, Lettre Creda-sociétés, 5 avril 2013.

5 P. JAIS et S. LANFRANCHI, « Les règles de l'impartialité dans la procédure AMF », *Décideurs stratégie finance droit*, sept. 2013.

6 *Ibid.*

7 P. JAIS, Vers l'égalité des armes dans la procédure AMF ?, *Les Echos*, 26 juin 2013, p 37.

8 *Ibid.*

9 P.-H. CONAC, Rapport sur le prononcé, l'exécution de la sanction et le post-sentenciel, *Rev. Soc.*, 2014, p. 60.

il semble que ces propositions soient quelque peu illusoire eu égard à la fenêtre d'information laissée aux médias et à la diffusion de celle-ci *via* l'outil Internet. Les moteurs de recherche accepteront-ils d'appliquer un tel droit à l'oubli ? Rien n'en est moins sûr. De l'avenir, l'on peut au moins espérer une réponse à cette question.

Le droit à l'égal accès aux soins en France : Réalité ou mirage ?

*Benjamin Jeudi,
Doctorant en Droit privé à l'Université de Tours*

La santé est définie par l'Organisation Mondiale de la Santé, au sein de l'article 1^{er} de sa Constitution comme « un état de complet bien-être physique, mental et social... ».

Cet état de complet bien-être, est bien évidemment une situation désirée par chaque être humain. Désir certes, mais réalité, pas toujours. Pourquoi ? Parce que la santé ou plus précisément l'accès à cette dernière, nécessite la mise en œuvre d'une organisation et de moyens conséquents, qu'aucun individu ne pourrait réussir à se procurer lui-même. Si nous sommes effectivement, par nos comportements, notre hygiène de vie, les premiers débiteurs de notre état de santé, nous ne pouvons pas, du fait de la complexité de la « science médicale », mais aussi de son coût, être totalement maître de notre destinée corporelle. Une intervention étatique est donc nécessaire pour garantir dans la mesure du possible le droit à la protection de la santé. En effet, si ce dernier est comme nous l'avons illustré, un droit liberté, il est inévitablement aussi un droit créance. Le préambule de la constitution de l'OMS est encore une fois très clair à ce propos : « les gouvernements ont la responsabilité de la santé de leur peuple ».

Notre constitution a d'ailleurs intégré l'enjeu de cette mission étatique, puisque l'article 11 de son préambule garantit la « protection de la santé » à défaut de pouvoir consacrer un droit utopique à une santé parfaite. Pour reprendre la phrase de M. J-L Baudoin, « La santé en effet, est un don ou un prêt de Dieu ou de la nature, selon que l'on est croyant ou non. Aucun texte, aucun tribunal national ou international ne peut donner ce qui ne peut pas être donné et garantir l'ingrangentissable... »¹. L'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 vient quant à lui intégrer indirectement la notion de protection sociale, notion qui reste plutôt le fruit de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel.

Ces droits à la protection de la santé et à la protection sociale sont intimement complémentaires puisque bien évidemment, le droit à la protection de la santé ne peut être effectif que par le biais d'une sécurité sociale permettant de faire face aux coûts des soins. Le Conseil Constitutionnel confirme cette analyse, puisque dans plusieurs décisions, il fait référence à deux objectifs à valeur constitutionnelle : la protection de la santé publique et la maîtrise de l'évolution des dépenses de santé².

S'agissant du contenu pratique de ce droit, s'il a pour objectif comme son nom l'indique, de protéger la santé des individus, il se décline cependant sous deux dimensions. Il y a une dimension collective se manifestant par des politiques de sécurité sanitaire, et une dimension plus individuelle se caractérisant essentiellement par la volonté de renforcer l'égal accès des citoyens à la prévention et aux soins.

¹ J-L. BAUDOIN, « Quelques réflexions sur la reconnaissance du droit à la santé dans les systèmes internationaux et régionaux des droits de la personne », *JIB*, 1998, vol 9, n°3 p. 69.

² Cons const, 8 janvier 1991, 16 janvier 1991 et 13 août 1993.

C'est cette dernière dimension qui nous intéresse particulièrement, parce que l'effectivité du droit à la protection de la santé passe essentiellement par la possibilité de pouvoir accéder facilement à un système de soins efficace. Ce terme de soin, il est nécessaire de l'appréhender selon une acception bien précise, c'est à dire la possibilité pour une personne de bénéficier de prestations médicales lui permettant de remédier à un mauvais état de santé. En effet, si certains auteurs abordant la notion d'accès aux soins, incluent dans cette étude, celle de l'accès à la prévention médicale, il est pour notre part, important de bien distinguer ces deux notions. Si la prévention consiste à éviter un problème de santé hypothétique ou détecter un problème de santé existant, le soin quant à lui consiste à tenter d'y mettre fin. L'accès à la prévention et l'accès aux soins sont donc deux facettes complémentaires du fonctionnement optimal de notre système de santé, cependant, elles présentent chacune des particularités propres.

Ce droit à l'égal accès aux soins est souvent défini comme le fait que « tout un chacun, indépendamment de ses conditions de ressources financières, doit pouvoir bénéficier de l'accès aux soins »¹. Selon cette définition, l'entrave à ce droit serait majoritairement financière. Cependant, il est également important de ne pas en négliger une autre, celle de l'accessibilité géographique à l'offre de soins.

Il paraît donc opportun d'examiner quels sont aujourd'hui les innovations mises en place par le droit français de la santé pour assurer l'égalité d'accès aux soins entre les citoyens, malgré les entraves financières et géographiques existantes.

Nous constaterons ainsi que notre droit de la santé s'inscrit encore indéniablement dans une dynamique de progrès social en ce qu'il tend malgré les obstacles, à améliorer et préserver la vie des citoyens.

I. L'égal accès financier à l'offre de soins.

C'est sans conteste, vers le système de l'assurance maladie français qu'il faut se tourner quand on décide de s'intéresser à la question de l'égal accès financier aux soins. Cette assurance prenant véritablement sa forme contemporaine en 1945², marque une avancée considérable de notre système de santé puisqu'elle tend à garantir l'égalité d'accès aux soins, la qualité des soins et la solidarité entre les citoyens. Elle doit permettre à chaque personne de se faire soigner quelle que soit sa situation financière. Si cette assurance, et plus particulièrement son régime général était à la base réservée aux salariés et assimilés, en contrepartie du paiement de cotisations sociales, le droit a su l'adapter tant bien que mal à la croissance significative des situations d'exclusion sociale.

Notre système d'assurance maladie reste donc encore aujourd'hui une référence internationale, à travers notamment des innovations majeures comme la création de la couverture maladie universelle (A). Cependant, il est également nécessaire de faire œuvre de

¹ A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, 3^e éd ; Thémis droit PUF, p. 308 n° 296.

² Ordonnance n°45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale /Ordonnance n°45-2454 du 19 octobre 1945 fixant le régime des assurances sociales applicables aux assurés des professions non agricole.

modestie, et d'examiner quelles peuvent être ses carences persistantes, nécessitant une évolution du droit de la sécurité sociale (B).

A. L'incontestable performance du système d'assurance maladie français.

Cette performance s'est encore une fois illustrée ces quinze dernières années par la loi du 27 juillet 1999 relative à la couverture maladie universelle¹, qui est venue à l'aide des derniers laissés pour compte du régime général de l'assurance maladie. Sont normalement couverts par ce régime, les personnes justifiant de conditions d'activités, leur conjoint, le partenaire d'un PACS, les enfants et certains ascendants et descendants. Le bénéficiaire de cette couverture n'est pas des moindres, puisque l'assuré pourra bénéficier d'une part non négligeable de remboursement. A titre d'exemple, s'agissant des soins hospitaliers, le patient est bénéficiaire d'un tiers payant. Il ne restera à sa charge que le coût d'un ticket modérateur correspondant à 20% des frais des prestations hospitalières, ainsi qu'une participation de sa part aux frais d'hébergement².

Malgré des efforts d'extension du régime général de l'assurance maladie à des personnes normalement exclues de ce dernier, on pense notamment à ce titre aux personnes privées d'activité suite à un handicap physique ou social, il a fallu inévitablement se résoudre à accorder une assurance maladie à n'importe quel individu, y compris à ceux en situation de rupture familiale ou qui n'ont jamais eu l'opportunité d'exercer une fonction salariée. C'est chose faite avec la loi de 1999 portant création de la couverture maladie universelle qui se décline en deux catégories. On trouve d'une part, la couverture maladie universelle dite « de base », visant à attribuer aux personnes ne rentrant pas dans les critères usuels pour en bénéficier, une assurance maladie primaire, et d'autre part, la couverture maladie universelle complémentaire, pour les personnes en situation de précarité financière avancée, ne pouvant souscrire à une assurance maladie complémentaire.

L'objectif est donc à la fois simple et extrêmement louable, puisque ce mécanisme « garantit à tous une prise en charge des soins par un régime d'assurance maladie et aux personnes dont les revenus sont les plus faibles le droit à une protection complémentaire et à la dispense d'avance de frais »³.

S'agissant de la couverture maladie universelle de « base », elle entraîne deux modifications juridiques majeures du régime de l'assurance maladie. Il y a d'abord l'instauration d'un nouveau critère subsidiaire pour pouvoir bénéficier du régime général, le critère de résidence⁴. On peut noter également que ce bénéfice du régime général n'est pas

¹ JO du 28 juillet 1999 pp. 11229 et s. R. Marié, « La couverture maladie universelle », *Droit social*, 2000, p. 7

² Article L174-4 du CSS.

³ Article 1^{er} de la loi du 27 juillet 1999.

⁴ Civ 2^e 19 juin 2008 D. 2008. 1905 : « ...les personnes résidant en France de façon stable et régulière et n'ayant droit à aucun autre titre aux prestations en nature d'un régime d'assurance maladie et maternité sont affiliés, le cas échéant d'office, au régime général ».

soumis à la moindre contrepartie pour les bénéficiaires de la CMU¹, dans la limite cependant d'un certain plafond de dépenses de santé, fixé par décret².

B. Les carences subsistantes du système d'assurance maladie français.

Ces carences reposent incontestablement aujourd'hui sur le système des complémentaires-santé, leur rôle étant, la prise en charge des frais de santé qui ne sont pas couverts par l'un des régimes obligatoires de l'assurance maladie. Cette prise en charge du ticket modérateur a bien évidemment un coût, qui peut très vite s'avérer contraignant pour une partie de la population. Dans ce contexte, les conditions d'accès à une couverture maladie complémentaire sont-elles suffisamment facilitées par les pouvoirs publics pour préserver l'égal accès financier aux soins entre les assurés sociaux ? La réponse à cette question doit être nuancée. Si des efforts considérables ont été effectués pour tenter de procurer à chaque personne et notamment aux plus démunis, une couverture complémentaire santé, il n'en reste pas moins, qu'une certaine partie de la population française reste en marge de cette protection.

Afin de confirmer et surtout d'expliquer ce constat, il est nécessaire dans un premier temps, d'exposer les différents moyens d'acquérir en France en complémentaire santé. Pour, les personnes les plus pauvres, la loi de 1999 examinée précédemment a instauré une couverture maladie universelle complémentaire, prenant en charge les dépenses de santé non couvertes par le régime général ou l'un des régimes spéciaux de l'assurance maladie. D'autre part, certains salariés bénéficient également d'assurances dites de groupe, leur procurant une couverture complémentaire efficace et surtout à faible coût. Enfin, et c'est ici que l'inégalité prend sa source, une certaine tranche de la population ne peut ni bénéficier de la couverture maladie universelle complémentaire, ni des assurances de groupe. L'exclusion du bénéfice de la CMUC s'explique simplement parce que leur revenu dépasse le seuil nécessaire pour pouvoir y être éligible. S'agissant de l'exclusion des assurances de groupe, la justification se trouve dans le fait, que ces personnes, de par leur activité professionnelle, ne travaillent pas dans une branche d'activité ayant négocié un contrat collectif.

Dans ce contexte, il est nécessaire pour ces personnes, d'avoir recours à une couverture complémentaire individuelle, présentant un coût de plus en plus conséquent. Si ces dépenses d'assurances complémentaires ne désavantagent pas la tranche la plus aisée de la population ne bénéficiant ni de la CMUC ni d'une assurance de groupe, elle freine en revanche la plus modeste.

Cette partie de la population « en porte à faux entre la CMUC et les contrats collectifs »³, doit alors se résoudre à des complémentaires-santé d'entrée de gamme, ne couvrant que partiellement les frais de santé. On pense bien évidemment aux frais dentaires et d'optique qui deviennent dans ce contexte un facteur majeur d'inégalité en matière d'accès aux soins. Cette inégalité doit plus largement être généralisée à l'accès aux médecins conventionnés de secteur 2 puisque ces derniers peuvent fixer relativement librement leurs

¹ Article L161-2 du code de la sécurité sociale.

² Article L380-2 du code de la sécurité sociale

³ Marion DEL SOL, « De quelques faces cachées de l'accès à une assurance maladie complémentaire individuelle », *Droit social*, 2012, p. 732

honoraires pour les actes dispensés à des patients ne bénéficiant pas de la couverture maladie universelle complémentaire¹.

Face à ce constat, les institutions ont tenté de réagir en créant en 2004 un dispositif d'aide à la complémentaire santé (ACS)². L'objectif de ce dispositif est d'atténuer les effets de seuil de la CMUC, en permettant aux personnes qui n'en sont pas bénéficiaires, d'obtenir une aide financière afin de pouvoir souscrire un contrat de santé complémentaire. Ce dispositif aussi efficace soit-il, n'est cependant pas encore satisfaisant. D'une part, il n'est pas assez médiatisé ; d'autre part, cette aide financière n'est pas assez conséquente pour pallier l'évolution constante des primes d'assurances santé.

II. L'égal accès géographique à l'offre de soins

La France comme de nombreux pays, connaît au niveau de son territoire, de remarquables écarts de densité démographique. Cette diversité n'est pas sans impact sur notre système de santé qui doit tant bien que mal s'adapter pour offrir aux citoyens la possibilité d'avoir recours aux soins quel que soit l'endroit où ils se trouvent. Cet effort considérable et délicat des pouvoirs publics est bien évidemment d'une importance primordiale, puisque c'est sur celui-ci que reposera le respect d'un égal accès géographique à l'offre de soins.

Dans ce domaine, deux constats s'imposent. Les mécanismes mis en œuvre par nos pouvoirs publics pour garantir l'accessibilité géographique à la médecine hospitalière restent relativement efficaces (A). Le problème est en revanche nettement plus délicat lorsque l'on se tourne vers la médecine de ville, qui reste très difficilement garantie sur l'ensemble du territoire (B)

A. Une incontestable accessibilité à la médecine hospitalière.

Le souci d'offrir aux citoyens, quel que soit l'endroit où ils se trouvent un accès à la médecine hospitalière n'est pas nouveau, il est en revanche aujourd'hui de plus en plus délicat à gérer compte tenu de la désertification constante des campagnes au profit des villes. Faut-il pour autant sacrifier la faible densité de population restante, des territoires français les plus isolés ? Ce n'est pas en tout cas la direction prise par notre droit de la santé.

Une loi du 31 décembre 1970³ avait déjà marqué une étape importante en matière d'accès des populations aux structures hospitalières. Elle avait notamment créé la fameuse carte sanitaire permettant de constituer différents secteurs sanitaires et de définir un certain nombre d'indices de besoins. Ces derniers permettant notamment d'attribuer pour chaque secteur, des équipements médicaux spécifiques en fonction de l'importance de la population. Cette carte sanitaire n'est plus d'actualité en droit positif, notamment depuis une ordonnance du 4

¹ Article L.162-5-13 du CSS.

² Loi n°2004-810 du 13 août 2004 portant réforme de l'assurance maladie/Article L.863-1 à L.863.6 du CSS.

³ Loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière.

septembre 2003¹. En matière d'organisation des soins hospitaliers sur le territoire, c'est la loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires qui est venu prendre la relève².

Elle innove remarquablement, en constituant des schémas régionaux d'organisation de soins. Selon, les dispositions de l'article L.1434-7 al 1 du Code de la santé publique, « ces schémas régionaux d'organisation des soins ont pour objet de prévoir et de susciter les évolutions nécessaires de l'offre de soins afin de répondre aux besoins de santé de la population et aux exigences d'efficacité et d'accessibilité géographique ». Beaucoup plus adaptables aux évolutions de la demande de soins que la carte sanitaire, ces schémas établissent des objectifs d'augmentation ou de diminution des activités de soins, et de fourniture de matériel médical en fonction des besoins. Faisant des difficultés économiques actuelles une considération inévitable, ils tiennent compte aussi des établissements de santé limitrophes aux différentes régions, pour rationaliser aux mieux, l'offre de soins.

B. Une critiquable accessibilité à la médecine de ville.

La médecine de ville est constituée de l'ensemble des professionnels de santé libéraux qui exercent en dehors de l'hôpital. Contrairement à la médecine hospitalière, et notamment en vertu du principe de la libre installation des médecins, il est nettement plus complexe pour les pouvoirs publics de trouver des remèdes permettant de repeupler les déserts médicaux. Cette démarche sollicitée par les hautes instances médicales³, a cependant été envisagée. La loi HPST, incontestablement marquée par sa volonté de remédier aux carences médicales sur le territoire, en est l'instigatrice. A ce titre, elle instaure entre autre, deux mécanismes qu'il est intéressant d'examiner.

On trouve d'une part, le contrat santé solidarité, visé à l'article L. 1434-8 al 3 du code de la santé publique. Celui-ci permet au directeur de l'agence régionale de santé, de « proposer aux médecins exerçant dans les zones visées au premier alinéa du présent article (zones présentant un excédent de médecins), d'adhérer à un contrat de santé solidarité par lequel ils s'engagent à contribuer aux besoins de santé de la population des zones mentionnées à l'article L1434-7 (zones où les besoins en implantation de médecins ne sont pas satisfaits). Proposant un certain nombre d'avantages fiscaux pour les médecins signataires, ce contrat ayant initialement une vertu coercitive, a cependant largement perdu de sa substance. En effet, la loi dite Fourcade du 10 août 2011⁴ a supprimé l'alinéa 4 de l'article L1434-8 du code de la santé publique. Or, cet alinéa disposait que « ...les médecins qui refusent de signer un tel contrat ou qui ne respectent pas les obligations qu'il comporte pour eux, s'acquittent d'une contribution forfaitaire annuelle, au plus égale au plafond mensuel de la sécurité sociale ». On se retrouve donc aujourd'hui en présence d'un dispositif juridique

¹ Ordonnance n°2003-850 du 4 septembre 2003. E. COUTY, « De la planification hospitalière à l'organisation des soins », *Gaz. Pal.*, « Droit de la santé » n°2007 n°2, 6-7 juin 2007

² Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

³Entretien avec le Professeur PERROTIN, « Pour un service public des jeunes médecins de deux à trois ans », *Le quotidien du médecin*, 14 juin 2012.

⁴ Loi n°2011-940 du 10 août 2011 modifiant certaines dispositions de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009.

simplement incitatif, et qui n'emporte pas un succès transcendant. La suppression de cet alinéa 4 de l'article L1434-8 a été justifiée par la volonté de ne pas porter atteinte à la liberté d'installation des médecins et à la liberté contractuelle. Pourtant, ces deux libertés n'ont, contrairement au droit à l'égal accès aux soins, aucune valeur supra législative¹. Il aurait donc été juridiquement possible de conserver cet alinéa, puisque il est tout à fait envisageable de porter atteinte à une liberté quand cela est justifié par la préservation d'un intérêt supérieur².

A défaut de pouvoir inciter les médecins seniors à repeupler les territoires de santé oubliés, des dispositifs ont été mis en place par la loi HPST pour attirer les jeunes diplômés de médecine. Le contrat d'engagement de service public³ en est un. Il permet aux étudiants dès la deuxième année de médecine, de pouvoir bénéficier d'une allocation mensuelle de 1200 euros pendant toute la durée de leurs études. En contrepartie, ces derniers s'engagent, une fois diplômés, à exercer sur un territoire de santé déserté par la profession, pendant une durée ne pouvant être inférieure à deux ans.

Ce mécanisme incitatif et surtout très attractif financièrement n'a cependant pas pour l'instant fait l'objet de nombreuses demandes.

Malgré les efforts d'adaptation constants du droit de la santé pour garantir l'égal accès aux soins, certaines contraintes conjoncturelles et structurelles semblent inéluctablement freiner son effectivité. Soumis à ces aléas, notre système de santé illustre cependant sa superbe en perfectionnant dans cette optique ses mécanismes juridiques. Reste à savoir si ce droit réussira encore durablement à tenir sa promesse relative à la garantie de l'égal accès aux soins. Les perspectives d'avenir sont en tous cas plutôt encourageantes.

D'une part, le chef de l'Etat, présentait le mardi 4 février 2014, le troisième plan cancer portant sur la période 2014-2019. Centré en grande partie sur la lutte contre les inégalités, avec comme objectif, notamment de résorber les disparités sociales et territoriales, son esprit reflète parfaitement cette volonté toujours croissante des pouvoirs publics de garantir à tout citoyen un droit à l'égal accès financier et géographique aux soins. Ce plan prévoit notamment qu'une enveloppe de 15 millions d'euros sera attribuée aux régions sous-équipées afin qu'elles puissent acquérir des appareils d'imagerie médicale. D'autre part, le Pacte territoire santé, annoncé par la Ministre de la santé en 2012 et amorcé par la loi de finance de la sécurité sociale pour 2013, ayant pour objectif de lutter contre des déserts médicaux semble porter lentement mais sûrement ses fruits. Le bilan de cette mesure, effectuée en 2014 indique la création officielle de 180 contrats de « praticiens territoriaux de médecine générale » dans des territoires de santé isolés.

¹ Cons. Const, déc n° 94-348 du 3 août 1994.

² Cons. Const, déc n° 98-404 du 18 décembre 1998.

³ Article L.632-6 du code de l'éducation, J. MORE-BAILLY, « La loi HPST et l'accès aux soins », *RDSS*, 2009, p. 820.

Le progrès de la parlementarisation au Maroc Une réaction au(x) Printemps Arabe(s)¹

Joachim Lebied

ATER en Droit public à l'Université François-Rabelais de Tours

Le 20 février 2016 marquera en effet le cinquième anniversaire du « *Mouvement du 20 février* », collectif contestataire à l'origine du Printemps Arabe marocain.

A en croire les médias, il convient d'être étonné d'un tel qualificatif. Effectivement, ces derniers traitent indifféremment du Printemps Arabe, peu importe qu'ils s'agissent d'évènements ayant eu lieu en Tunisie, en Egypte, en Lybie, au Yémen, au Bahreïn ou au Maroc. Bien évidemment, les dépêches, les chroniques et les reportages précisent le lieu géographique des manifestations populaires, mais l'ensemble tombe sous la même appellation, le même label : *le Printemps Arabe*. Regrouper tous les mouvements contestataires du Maghreb, du Machrek et de la péninsule arabique sous la même appellation revient à créer un amalgame idéologique perdant en clarté et reniant tout particularisme. Les mouvements populaires ne se revendiquaient pas du panarabisme propre à Saddam Hussein. Les causes à l'origine des soulèvements, l'organisation de la fronde populaire, la place et le rôle occupé par l'armée, la violence des affrontements, et surtout les conséquences de ces mouvements diffèrent autant qu'il y a d'Etats touchés. Il convient donc, comme l'affirme le Professeur Stéphane Guidère², de parler des Printemps Arabes.

Affirmer l'existence de différences fondamentales entre tous ces mouvements ne revient pas pour autant à les exclure de l'analyse. Il est évident que Sa Majesté le Roi Mohammed VI a eu un œil attentif aux conséquences des soulèvements tunisiens et égyptiens par exemple. Il est également fort à parier que les membres du « *Mouvement du 20 février* » se sont inspirés des peuples contestataires voisins. Dès lors, lorsque le sociologue³, le politologue⁴ ou encore le juriste⁵ se penchent sur l'analyse du soulèvement d'un Etat, il ne peut le faire sans prendre en compte les heurts des pays voisins.

La conséquence la plus importante du soulèvement marocain, symbolisé par cette jeunesse désabusée par la pauvreté, la corruption, la perte de confiance, non pas envers le Roi, mais contre la représentation nationale, est l'adoption le 1^{er} juillet 2011 de la 6^{ème} Constitution marocaine, entrée en vigueur le 29 juillet 2011.

Le cas marocain diffère des autres Etats touchés par ces soulèvements populaires. Effectivement, la volonté du « *Mouvement du 20 février* » n'était pas de renverser le pouvoir royal, comme il a pu être le cas avec les différents présidents de la région, Hosni Moubarak et

¹ Par Joachim LEBIED, A.T.E.R. en droit public de l'Université François Rabelais de Tours

² GUIDERE Mathieu, *Le Printemps islamiste : entre démocratie et charia*, Eclipses, 2012.

³ Pour exemple : TODD Emmanuel, *Allah n'y est pour Rien ! Sur les révolutions arabes et quelques autres*, Arrêt sur images, 2011.

⁴ Pour exemple : GUIDERE Mathieu, *op. cit.*

⁵ Pour exemple : TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « *Un rendez-vous manqué ? Où fleuriront au Maroc le jasmin et la fleur d'oranger* », *RDP*, 2012, n°3, p.687 ; Antonin GELBLAT, « *De l'opposition constituante à l'opposition constitutionnelle : réflexion sur la constitutionnalisation de l'opposition parlementaire à partir des cas tunisien et marocain* », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 6 | 2014, URL : <http://revdh.revues.org/914>.

Zine el-Abidine Ben Ali pour ne citer qu'eux. Le très célèbre « *Nahda !* »¹ et le fameux « *Dégage !* » étaient davantage adressés aux élus qu'en la personne du Roi. Dès lors, tout en se remémorant les tentatives de déstabilisation du régime durant le règne d'Hassan II, et en étant le témoin du sort réservé aux chefs d'Etats voisins, Mohammed VI a entamé très rapidement un processus de révision de la Constitution de 1996, loi fondamentale prévalant jusqu'au 21 juillet 2011.

Dans l'article 1^{er} de la nouvelle Constitution marocaine, il est affirmé explicitement que le Maroc est une monarchie se fondant sur le régime parlementaire². Il convient d'entendre par *régime parlementaire*, un régime dans lequel le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif sont séparés organiquement et matériellement mais entretiennent entre eux une certaine proximité. Cette proximité leur assure tout à la fois une collaboration et une possibilité de nuisance réciproque, caractérisée par la dissolution de la chambre basse par le pouvoir exécutif et *a contrario*, par le renversement du gouvernement par la motion de censure.

Notre communication doit tenter d'analyser les progrès constitutionnels issus de la nouvelle Constitution marocaine du 29 juillet 2011. Plusieurs obstacles se dressent sur notre route. Comme le constate le Professeur Touzeil-Divina, notre regard est « *nécessairement déformé puisqu'extérieur et occidental* »³. Il faudrait donc entendre par *progrès* « *la transformation graduelle du moins bien au mieux, soit dans un domaine limité, soit dans l'ensemble des choses* »⁴. Il s'agira alors pour nous d'analyser le plus objectivement possible le progrès de la parlementarisation issu de la nouvelle Constitution marocaine. Il nous faudra vérifier si le texte constitutionnel et la pratique politique participent à l'effectivité du parlementarisme souhaité par le pouvoir constituant, ce qui est signe de progrès des droits constitutionnels.

Dès lors, vérifier l'effectivité du progrès de la parlementarisation au Maroc nous obligera à analyser si la Constitution du 29 juillet 2011 respecte bien les canons de la séparation des pouvoirs théorisant le régime parlementaire, à savoir une séparation souple des pouvoirs assurant une interpénétration de ces derniers par le biais de moyens de nuisances.

Aux termes de la Constitution du 29 juillet 2011, il apparaît très clairement que Sa Majesté Mohammed VI entend donner une véritable lecture parlementaire au régime marocain ce qui constitue un progrès manifeste (I). Cependant, sous le prisme de la tradition et de la pratique politique du royaume Chérifien il nous semble que cette évolution ne doit pas être entendue comme une révolution (II).

I. Une parlementarisation du régime proclamée

L'analyse d'une nouvelle constitution se fait en plusieurs temps. Ces différentes étapes sont indispensables pour cerner l'étendue du changement et la présence – ou non – d'un progrès manifeste. L'exemple marocain est frappant en la matière car c'est par un procédé très

¹ *Nahda* est un mot arabe signifiant la renaissance arabe. On comprend aisément le choix du nom pour le parti islamiste tunisien Ennahda (mouvement de la renaissance).

² Constitution du 29 juillet 2011 : Titre 1^{er}, Article 1^{er} : « *Le Maroc est une Monarchie constitutionnelle, démocratique, parlementaire et sociale* ».

³ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *op. cit.*, p. 687.

⁴ LALANDE André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010 : entrée Progrès.

rapide que la 6^{ème} Constitution a vu le jour. Il y a un temps – qui aurait dû d’être long – de préparation du projet constitutionnel (A) et ensuite vient l’analyse de la constitution (B).

A. Un phénomène annoncé

Le « *Mouvement du 20 février* », symbole du Printemps Arabe marocain, voulait remettre en cause le régime en place. Prenant exemple sur leurs voisins étrangers, le souhait des manifestants était de bénéficier de plus de liberté, d’égalité, de démocratie, d’accès à des services publics de qualité et surtout la fin de la corruption généralisée au sein de la société marocaine. Le particularisme de ce mouvement était de ne pas remettre en cause la forme monarchique de l’Etat et *de facto* d’épargner le corps mystique et le corps physique du Roi car ce dernier n’était pas visé dans la fronde anti-corruption.

Le crime de lèse-majesté évité, le mouvement s’est politisé lorsque les partis d’opposition ont soutenu publiquement les contestataires sans crainte de représailles graves du Palais Royal car est condamné en vertu de la Constitution de 1996 en vigueur à l’époque, toute « *atteinte au respect dû au Roi* »¹. Les revendications se sont faites plus précises, clamant haut et fort le désir d’avoir un régime parlementaire.

Cette volonté politico-constitutionnelle n’est pas récente bien au contraire². Si nous nous référons aux aspirations populaires entourant l’élaboration des dernières constitutions marocaines, qu’il s’agisse de celle de 1962, de 1992 et surtout du 13 septembre 1996 – toutes des constitutions « *hassaniennes* » - leur principale aspiration était de voir l’instauration d’un véritable régime parlementaire. Mohammed VI s’est montré rapidement enclin à un changement d’envergure. Pour preuve, son discours adressé à la nation le 9 mars 2011³.

A l’occasion de ce discours, le Roi fait mention d’un rapide changement constitutionnel à venir lorsqu’il explique que la pratique actuelle est en avance sur la loi fondamentale en vigueur et qu’il convient donc de la réformer en profondeur. En outre, le Roi donne en substance par le biais de sept points, les étapes fondamentales de la future 6^{ème} Constitution marocaine. Le point qui nous intéresse tout particulièrement est le quatrième⁴.

En effet, le Roi affirme sans équivoque sa volonté de voir consolider le principe de séparation et d’équilibre des pouvoirs. Il explique directement après que pour y parvenir, il convient de redonner ou plutôt donner au Parlement un statut digne de son rang, redéfinir le domaine de la loi, en l’élargissant, donnant encore plus de prérogatives au Parlement, notamment pour ce qui relève de ses missions de contrôle et de surveillance de l’action gouvernementale.

Le Roi s’est appuyé sur la Commission consultative de révisions de la Constitution (CCRC), présidée par le Professeur Menouni. C’est la première fois dans l’histoire

¹ Constitution 13 septembre 1996, Article 39 : « Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi ou recherché, arrêté, détenu ou jugé à l’occasion des opinions ou des votes émis par lui (...) hormis le cas où les opinions publiques exprimées, mettent en cause le régime monarchique, la religion musulmane ou constituent une atteinte au respect dû au Roi ».

² Pour exemple : BASRI Driss, ROUSSET Michel et VEDEL Georges, *Trente années de vie constitutionnelle au Maroc*, LGDJ, 1993.

³ Discours reproduit en intégralité dans, *La Constitution marocaine de 2011, Analyses et commentaires*, LGDJ, Annexe 2, p.377 à 381.

⁴ *La Constitution marocaine, op. cit.*, pp. 379 et 380.

constitutionnelle marocaine que le Roi confie le soin à une commission de la préparer le projet de constitution. Sa composition est connue mais ses travaux sont restés secrets. Ce qui a été constaté par les commentateurs politiques marocains est l'extrême rapidité du travail effectué par la CCRC. Si nous prenons le problème dans l'autre sens, nous pouvons dire que le monarque n'a pas laissé le temps à la commission de faire un véritable travail de réflexion, dans la sérénité. Ce qui devait primer était la célérité de la réforme.

B. Un phénomène amorcé

Aux termes des conclusions de la CCRC, le Roi du Maroc a présenté un projet de Constitution qu'il a *octroyé* au peuple via un référendum. Le choix du vocabulaire employé par le Roi est significatif de sa toute puissance, de son emprise sur le processus constitutionnel. Par l'*octroi* de la nouvelle Constitution, le monarque Chérifien prend acte du désir de changement du peuple marocain. Contrairement aux Etats voisins, par l'*octroi*, Sa Majesté Mohammed VI contrôle véritablement l'intégralité du processus constitutionnel, de l'idée de changement, au projet, allant même jusqu'à empêcher les défenseurs du *non* de bénéficier d'une tribune politique permettant de faire campagne.

A l'occasion du discours du 17 juin 2011, le Roi annonça au peuple la tenue d'un référendum portant sur l'adoption de la future 6^{ème} Constitution du Royaume. La date du référendum fut fixée 13 jours après. Aussi peu de temps pour préparer le suffrage en matière d'intendance et de logistique. Mais surtout aussi peu de temps pour permettre aux partis politiques d'engager la campagne. Il semble irréaliste d'imaginer qu'une campagne de cette envergure ait pu permettre aux différents acteurs de s'exprimer librement. Pour preuve, seule la campagne des imams marocains appelant à voter « *oui* », tout en faisant référence au statut d'*Amir al Mouminine* – le Commandeur des croyants – du Roi, qui a eu une portée suffisante. Dès lors, aller contre la volonté du Roi serait contre la volonté d'*Allah*.

Le 1^{er} juillet 2011, la 6^{ème} Constitution du Maroc fut adoptée avec 97,58% des votants – un taux de participation à hauteur de 75,50%. Elle entra en vigueur le 29 juillet 2011.

II. Une parlementarisation du régime contrôlée

Au terme de l'analyse de la 6^{ème} Constitution marocaine, il semble clair que le pouvoir constituant a tenu à marquer une rupture avec le passé, en répondant solennellement en partie aux attentes populaires. D'une part, il s'agit de la plus longue Constitution de l'histoire marocaine, celle de 1996 faisait 108 articles tandis que celle de 2011 en fait 180. D'autre part, elle accorde une place d'honneur en son article 1^{er}, de préciser que la monarchie doit désormais être qualifiée de constitutionnelle, démocratique, parlementaire et sociale. Enfin, la présente Constitution traite des « *Libertés et droits fondamentaux* » au Titre II avant même de consacrer le Titre III consacré à « *La royauté* ».

En outre, après lecture des Titres III, IV, V et VI, consacrés respectivement à la royauté, au pouvoir législatif, au pouvoir exécutif et à la relation entre pouvoir législatif et exécutif, il est clair que la Constitution du 29 juillet 2011 consacre réellement une séparation souple des

pouvoirs propre aux régimes parlementaires. Cependant, cette séparation s'opère en faveur du maintien de l'omnipotence royale (A) au détriment du Parlement (B).

A. Le maintien de l'omnipotence royale

Le peuple aspirait à une monarchie constitutionnelle. Il faut entendre par cela un régime politique dans lequel le Roi règne mais ne gouverne pas. Ce n'est pas le cas au Maroc où le roi règne et gouverne avec force. Ses actions ont un impact concernant la séparation des pouvoirs.

En effet, la 6^{ème} Constitution le pose en clé de voute des institutions tel le Président de la Ve République en France en période de concordance des majorités. Le Roi du Maroc influence, par ses prérogatives et sa personnalité le cœur du jeu spirituel, constitutionnel, institutionnel et politique du Royaume.

Le Roi, comme à l'accoutumé, est le protecteur du Royaume, Garant de la Constitution et des institutions en sa qualité de Chef de l'Etat¹. Il exerce par *dahir* (équivalent du décret présidentiel de la Ve République) le pouvoir spirituel. Nous rappelons ici que l'Islam modéré² est la religion officielle du Royaume Chérifien tout en accordant aux sujets la pratique libre d'autres cultes, pratique qui est protégée par le Roi³ et *de facto* par la Constitution⁴. Le Roi préside tous les Conseils liés à la pratique de l'Islam comme le Conseil des Oulémas, seul organisme habilité à édicter des *fatwas* (lois islamiques). Nous pouvons affirmer que le Roi, prenant acte des débordements orchestrés par les partis islamistes des Etats voisins, a décidé de garder entre ses mains toutes ses prérogatives spirituelles. Son statut de Commandeur des Croyants, protégé par la Constitution protège tout à la fois son corps mystique et son corps physique.

Le Roi dispose de nombreux pouvoirs en matière de nomination comme celle du Chef du Gouvernement. La grande nouveauté réside dans cet article 47 car avec la 6^{ème} Constitution, le Roi est dans l'obligation de nommer comme Chef du Gouvernement un membre du parti politique arrivé en tête aux élections législatives à la chambre basse⁵. Le Roi nomme également les ministres sur proposition du Chef du Gouvernement. Il nomme aux emplois civils et militaires. Il préside également le Conseil des ministres. Le Roi est également compétent pour promulguer la loi en vertu de l'article 50 de la Constitution. En somme, les prérogatives du Roi ressemblent à celles du Président de la V^{ème} République, sauf bien évidemment les pouvoirs spirituels.

¹ Article 42, al.1 : « Le Roi Chef de l'Etat, Son Représentant Suprême, Symbole de l'unité de la Nation, Garant de la pérennité et de la continuité de l'Etat et Arbitre Suprême entre ses institutions, veille au respect de la Constitution, au bon fonctionnement des institutions constitutionnelles, à la protection du choix démocratique et des droits et libertés (...) ».

² Article premier al.3 : « La Nation s'appuie dans sa vie collective sur des constantes fédératrices, en l'occurrence la religion musulmane modérée (...) ».

³ Article 41 al.1 : « Le Roi, Amir Al Mouminine, veille au respect de l'Islam. Il est le Garant du libre exercice des cultes ».

⁴ Article 3 : « L'Islam est la religion d'Etat, qui garantit à tous le libre exercice des cultes ».

⁵ Article 47 al.1 : « Le Roi nomme le Chef du Gouvernement au sein du parti politique arrivé en tête des élections des membres de la Chambre des Représentants (...) ».

Pour preuve d'un régime parlementaire, le Roi dispose de la possibilité de dissoudre par *dahir* les chambres du Parlement, non seulement la chambre basse mais également la chambre haute en vertu de l'article 51 de la Constitution.

Le Roi dispose également, en tant que Chef d'Etat, de la possibilité de bénéficier de l'équivalent marocain de l'article 16 de notre Constitution de la V^{ème} République. Il peut proclamer cet état d'exception par *dahir*.

Le Roi est bien évidemment irresponsable politiquement et pénalement de ses actes. Sur ce point le corps mystique du Roi comme son corps physique sont confondus.

B. Le maintien de l'immobilisme parlementaire et la montée en puissance du Chef du Gouvernement

Il s'agit très certainement d'un choix voulu par Sa Majesté le Roi Mohammed VI. Prenant en considération l'évolution dans les pays voisins de la montée en puissance des partis dits « islamistes » tels *Ennahda* en Tunisie ou anciennement les *Frères Musulmans* en Egypte, le Roi a décidé que les représentants nationaux seraient élus au suffrage proportionnel. Le parti unique étant interdit au Maroc, favorisant au contraire le multipartisme, le nouveau parti majoritaire aux termes des premières élections législatives du 25 novembre 2011, le PJD (Parti Justice et Développement, idéologiquement frère de celui d'Erdogan en Turquie) est majoritaire en terme de voix mais pas de manière absolue, ne disposant que de 27% des voix. Dès lors, il se doit de former une coalition extrêmement large pour gouverner et pour légiférer. Les grandes manœuvres législatives promises par son leader devenu Chef du Gouvernement, Benkiran n'ont pas eu lieu. La pratique de la nouvelle Constitution marocaine laisse entrevoir la stratégie royale. Le Roi ne pouvait, à moins d'interdire purement et simplement le PJD, empêcher la victoire aux urnes lors des élections à la chambre basse. Cependant, l'élection à la proportionnelle cumulée au multipartisme empêche en pratique le parti sorti vainqueur de gouverner seul, il est dans l'obligation de gouverner grâce à l'appui d'une coalition large. Mohammed VI, par le biais de la Constitution, neutralise par la pratique des institutions, l'ambition des partis extrémistes.

Le Parlement est quant à lui composé de la Chambre des Représentants (chambre basse) élue au suffrage universel direct pour un mandat de 5 ans, et de la Chambre des Conseillers (chambre haute) au suffrage universel indirect, pour un mandat de 6 ans. La modalité de suffrage des représentants est le scrutin proportionnel.

En vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 70, « *Le Parlement exerce le pouvoir législatif* ». Sa mission est extrêmement classique en la matière puisqu'il vote les lois, contrôle l'action du gouvernement et évalue les politiques publiques. Il ne bénéficie pas de l'initiative exclusive de la loi qui est partagée concurremment avec le Chef du Gouvernement en vertu de l'article 78 alinéa 1 de la Constitution.

Le pouvoir exécutif quant à lui, représenté par le Gouvernement, exerce eu égard à l'article 89 de la Constitution, le pouvoir exécutif. L'ensemble des compétences du Gouvernement se fait sous l'autorité du Chef du Gouvernement, grand gagnant de la 6^{ème} Constitution marocaine. Le peuple s'attendait à coup sûr à voir les pouvoirs des chambres parlementaires refondés, renforcés, dans l'optique d'une meilleure efficacité, d'une

démocratie plus moderne. C'est paradoxalement le nouveau Chef du Gouvernement qui a le quasi-monopole des nouveautés de la Constitution du 29 juillet 2011.

En effet, eu égard à l'article 90, le Chef du Gouvernement exerce le pouvoir réglementaire, qu'il doit faire contresigner par les ministres compétents. Il préside le Conseil du Gouvernement. Sa grande force réside dans le fait qu'il soit d'une part nommé parmi le parti politique arrivé en tête aux élections, mais surtout qu'il n'est pas politiquement responsable devant le Roi, contrairement aux ministres qui sont à la fois responsable devant le Roi et devant la chambre basse, consacrant un régime parlementaire dualiste.

Rapport de synthèse

Pierre MOUZET

Maître de conférences (HDR) en Droit public
à l'Université François-Rabelais de TOURS

Ce colloque est d'abord remarquable par la conception de son programme. Non que celui-ci soit original : il a dû s'imposer très vite à l'esprit de ses organisateurs. Non qu'il prétende à une quelconque exhaustivité, tout aussi évidemment inaccessible : il restait mille thèmes à aborder — suggérons leur une journée d'étude annuelle ! — en courant par exemple de l'informatique au fichage, du droit de vote des étrangers (cher au Président Dubois) aux progrès de l'intégration européenne, ou encore en couvrant des questions au demeurant opportunément abordées au sein du public lors des débats qui ont jalonné les échanges, comme le gaz de schiste ou les OGM, tandis que la QPC faisait une fugace apparition à la mi-journée...

Non, ce qui est remarquable — et cette élégance, déjà portée par d'autres, pourra resservir, on l'a dit — c'est le délicat balancement de ses intitulés : les étudiants présents, spécialement les plus jeunes, auront admiré la fausse symétrie qu'offre l'inversion des mots, « le droit du progrès » et « les progrès des droits », habilement jointe au jeu sur les pluriels. Car il y a là un voile (pudique) sur la troisième voie, que l'on ne souhaitait assurément pas emprunter : le singulier inversé, c'est-à-dire « le progrès *du* Droit ».

Nos doctorants ont bien fait, en ce jour et en ce lieu, de ne pas pousser les feux sous un tel thème, qu'il s'agisse du Droit en tant que *science* — encore qu'elle ait pointé son nez, on le verra, plusieurs intervenants soulignant notamment le « flou », la malléabilité de tel ou tel concept dans les mains des juristes, un Professeur dans l'assistance évoquant les « standards » et les méthodes des juristes — ou en tant qu'ensemble des *normes*.

Sans doute, donc, l'interrogation sur le progrès du Droit aura-t-elle émergé plus d'une fois : aurait-il pu en être autrement à l'Université ? Elle le fit d'ailleurs d'emblée quand, dès le début de ses propos introductifs, le Pr. Jean-Pierre Marguénaud se félicita avec raison de l'intégration à nos mœurs des apports du droit européen des droits de l'homme. Elle le fit à plusieurs reprises, et pas seulement au cours de la matinée, à l'endroit de la *dignité*.

La constitutionnalisation de la dignité n'est-elle pas un progrès du droit français ? La « dignité » de la personne humaine est une formidable invention du juge, une invention au sens du droit du trésor, lorsque le Conseil constitutionnel la découvrit là où elle se trouvait, dans la première phrase du Préambule de 1946, quelques mois après que le Comité Vedel eut proposé de l'écrire ailleurs, une invention dont il ne sait pas toujours que faire et dont l'utilisation (voyez « l'affaire Dieudonné ») n'est pas toujours applaudie... Il faut relire la décision 674 DC du 1^{er} août 2013, plusieurs orateurs ayant parlé de la loi bioéthique dont il confirma alors la constitutionnalité (car jamais encore la dignité n'a fondé une censure du législateur, fort heureusement pour lui) : si le Conseil s'y refuse d'user de sa technique du self-restraint du type « jurisprudence IVG », lorsqu'il renvoie à la seule délibération nationale

le règlement des « questions politiques » (pour parler comme la Cour suprême fédérale états-unienne), il n'y constitutionnalise aucunement les principes législatifs de concrétisation de la dignité, notamment le principe de non-patrimonialité du corps humain.

Mais voici bien tout notre problème : on peut affirmer sans crainte que la dignité est un progrès ; pourtant, si l'affirmation d'une « dignité » de l'enfant à naître devait conduire à faire disparaître le droit à l'avortement, comme l'Espagne semble s'y apprêter, alors ce serait une profonde régression.

C'est là le premier élément de définition du progrès : le progrès est un *credo*. Il en est deux autres. Le progrès est d'abord un *moment* : en parlant de l'avion de Portalis, en évoquant la guillotine, le Pr. Marguénaud l'a posé dès notre introduction, comme il se doit ; d'autres illustrations eussent abondé en ce sens : il suffit de songer à la loi du Talion, aujourd'hui tenue pour un symbole de la barbarie, originellement voulue pour poser un moderne principe de proportionnalité. Surtout, le progrès est un *sens*, un sens au double sens du mot « sens » : en le définissant, ce fut dit, comme un *principe de non-régression*, on le comprend mieux.

D'une part, le progrès est un « sens » en tant que *direction* (le mot a également été prononcé lors du colloque) et ce trait caractérisera l'idée selon laquelle le droit peut tantôt suivre le progrès — à défaut de le précéder : voici un autre débat que nous n'avons pas eu au cours de la journée, qui pourra intéresser notamment les spécialistes de droit civil — et tantôt s'opposer au progrès, en particulier au progrès des sciences comme la génétique ou la « biomédecine ». C'est toute la question, nécessairement première, de la portée de l'encadrement juridique (I). D'autre part, cependant, le progrès est un « sens » en tant que *signification* : ce sera alors la question de la nature du discours juridique (II), qui peut être un acte de connaissance, c'est-à-dire ici du savoir (par exemple sur les *conditions* de l'abrogation de la peine de mort, ou sur son assimilation progressive à un traitement inhumain ou dégradant comme l'a bien montré le Pr. Marguénaud), mais aussi un propos citoyen, ou engagé voire militant c'est selon (par exemple sur la *nécessité* de l'abrogation de la peine de mort), un discours à la fois scientifique et politique, donc : car, au fond, le progrès, en droit, c'est celui de la liberté, de l'égalité et de la fraternité, pour reprendre une trilogie fondatrice déjà évoquée par un intervenant.

I. La portée de l'encadrement juridique du progrès

C'est sans doute parce qu'elle est logiquement première que la question de la portée de l'encadrement juridique a semblé aux organisateurs du colloque comme devant l'être également chronologiquement. Si la Présidente Olivia Sabard a cité le Pr. François Terré, disant que « la science précède et le droit suit », il est clairement apparu au cours de la journée non seulement que le droit pouvait être un accompagnement plus complexe que ce que « suivre » semble induire, en cas de convergence avec le progrès (B), mais encore qu'il pouvait y avoir divergence entre eux : c'est l'idée plusieurs fois développée de « frein » au progrès (A).

A. Le droit comme frein au progrès

Au juste, la matinée commença par une controverse, feutrée et indirecte sans doute, mais assurément radicale : la sauvegarde de la dignité de la personne humaine a été présentée d'abord comme un frein inadéquat puis comme un frein bienvenu aux progrès, salvateurs ou inquiétants, de la recherche biomédicale.

Mme Iony Randrianirina, d'abord, a défendu une véritable thèse : le droit français des brevets « ralentit le progrès dans le droit du vivant ». Juridiquement, la démonstration est impeccable : si l'interdiction de breveter est fondée sur la dignité, les cellules souches humaines ne sont pas des « personnes » et ce principe constitutionnel ne saurait donc être opposée à la brevetabilité, qui est une incitation à la recherche, indispensable notamment dans une situation de concurrence économique internationale, si bien que la loi du 6 août 2013 apparaît comme une occasion manquée. Dans le public (le rapporteur final l'eut sans doute fait, sinon), on lui objecta que ce n'était pas tant la recherche tout court que le législateur avait barrée que la recherche du profit, la finalité mercantile et non la finalité médicale : certes, mais le service public est pauvre, répondit-elle... En somme, l'éternel combat du réalisme et du moralisme.

À cet égard, Mme Marion Travers s'attacha à présenter le principe de dignité comme une digue opportune, un « fondement encore préservé ». Au vrai, son propos était distinct : elle ne visait pas à discuter de la normalité du retour sur investissement mais à présenter l'ambivalence de la « recherche embryonnaire ». Se félicitant de la conception large de l'embryon humain garantie par le droit de l'Union européenne, elle s'appliqua à distinguer le clonage reproductif, objet de « réprobation mondiale » rappela-t-elle, du clonage thérapeutique, pour lequel ce consensus éthique n'existe pas. La législation française, on l'a dit, vient de consacrer à son endroit le passage d'un régime d'interdiction de principe à un régime d'autorisation encadrée, moins « permissif » que celui de certains de nos voisins : la digue existe encore. Mais, en contournant l'ovule (si l'on ose dire), la science n'a-t-elle pas trouvé un passage ?

Assez paradoxalement, peut-être, ce n'est donc pas à l'endroit de la question de l'indemnisation des « victimes du progrès médical » (expression qui est en soi un paradoxe...), et malgré la position défendue par M^e Gisèle Mor selon laquelle cette indemnisation est insuffisante lorsqu'elle n'est pas contentieuse, que l'idée de « frein » a été soutenue. Au contraire, comme le Dr. Boyer, M. Julien Bourdoiseau l'a expressément rejetée, à plusieurs reprises. Des propos tenus lors de son introduction à cette première table ronde de la journée, il est notamment ressorti que M. Bourdoiseau légitimait l'expérimentation humaine, non pas bien évidemment dans son acception nazie mais dans les conditions qu'offrent aujourd'hui les progrès de la recherche médicale. Ce n'est pas là la moins intéressante des idées qui auront éclos au cours de la journée, car l'intervenante précédente venait justement de la défendre, en montrant comment le droit pouvait accompagner le progrès.

B. Le droit comme accompagnement du progrès

Mme Marion Bourguine-Renson a présenté l'expérimentation humaine, en particulier sur des cellules souches, comme une alternative progressiste à l'expérimentation animale. Réussissant le tour de force d'éviter la question (piège) du « droit » des animaux à n'être plus considérés comme des choses et glissant quelques remarques bienvenues sur le grand principe de la liberté de la science et de la liberté de la recherche — songeons à la nôtre, universitaires ! — elle a évoqué tous les enjeux juridiques mais aussi les enjeux médicaux (lire : l'inadéquation) de l'expérimentation animale. Si, en la matière, le progrès du droit lui paraît significatif, elle n'en a pas moins pointé ses incohérences et ses lacunes et plaidé pour qu'on développe les sanctions, ainsi que la présence des gens de droit dans les instances d'éthique : disons qu'elle ne croit pas qu'il s'agisse là d'une affaire trop sérieuse pour être laissée aux juristes...

Dans sa riche communication sur l'Autorité des Marchés Financiers, Mme Audrey Bourgoin aura manifesté une croyance, une conviction, inconsciente peut-être, du même ordre : cette idée que l'encadrement juridique, le droit, est intrinsèquement un progrès. Au fond, sous couvert de ne traiter que du progrès non plus scientifique (*stricto sensu*) mais économique, en l'occurrence celui de la sécurisation du libre-jeu du marché, ce sont bien les droits de la défense qui deviennent en eux-mêmes l'expression « du » progrès. On aura remarqué la virtuosité technique de son plaidoyer en faveur d'un tribunal des marchés financiers, dont il fut ensuite question lors des débats, lesquels glissèrent vers d'autres autorités administratives indépendantes (le public, averti, ne parlait bien sûr que d'« AAI »). Tout en déniait à la procédure pénale, simple « objectif », la qualité de « référence » absolue, elle dessinait un projet. Mais on aura surtout remarqué que les droits de la défense, qualifiés d'évidence (l'oratrice osa même le droit naturel), étaient en quelque sorte pensés — c'est, après tout, l'article XVI de la Déclaration de 1789 — comme le stade ultime du progrès... du Droit.

Après l'économique, le social : on ne dira jamais assez combien la qualification de cette branche du Droit est ambiguë et à quel point l'épithète dans « Droit social » est ambivalente ! M. Damien Chenu s'est appliqué à lever tout doute à son endroit, rebaptisant vigoureusement le « droit du travail » qu'on avait affiché au programme et, après avoir écarté l'idée que le « progrès » ne soit affaire que de volume — le juriste est généralement déflationniste — ce qui, il est vrai, eut réglé la question, a défendu « l'œil du salarié » : il y a bien plus qu'une lapalissade dans cette idée, qui ne semble pas être une trahison, que le Droit social est un droit social. Certes, il nous aura montré que, à côté de l'inspiration d'un Droit, il y a les réalisations de ce Droit et qu'en l'occurrence celui-ci reflète un intérêt nouveau (moderne ?), l'intérêt de l'entreprise. Mais c'était après avoir rappelé, devise républicaine brandie, que le droit peut n'être pas seulement accompagnement du progrès mais encore, pleinement, une traduction du sens de l'Histoire.

II. La nature du discours juridique sur le progrès

L'expression ne semble guère utilisée : on ne parle pas de « sens du Droit » ; peut-être le devrait-on... Le Pr. Jean-Pierre Dubois, en introduisant les communications de l'après-midi, avait opportunément donné le ton en mettant en exergue les deux questions de l'accessibilité et de l'égalité et, si lui-même insista également sur la nécessité d'une approche scientifique — car le discours juridique, au moins à l'Université, ce doit d'abord être cela (A) — des droits, le problème crucial de leur effectivité : vivre, pour filer l'un de ses mots, au Pays du Concret, c'est dire que le discours du droit, science humaine et sociale, est aussi profondément politique (B). Identifions ces deux caractères là où il n'est pas certain qu'on les attendait toujours.

A. Le droit comme discours scientifique

Scientifiques, toutes les interventions des juristes l'auront été. Depuis les flèches lancées dans son introduction par le Pr. Marguénaud (songeons par exemple au « principe de précaution ») jusqu'aux derniers instants de la journée, il fut sans cesse question de science juridique, tantôt de manière sous-jacente lorsqu'il convenait de garder à l'esprit la différence entre « droit » et « droit positif français » — on aura beaucoup parlé de réformes parmi les plus récentes — tantôt de façon plus directe, par exemple lorsque M^e Mor opposa de manière opiniâtre « indemnisation » et « réparation » : il y avait là de quoi étayer bien des réflexions étudiantes...

On s'en convaincra aisément en considérant l'intervention dont l'objet apparaîtra a priori comme le plus « politique » de la journée, celle consacrée aux Printemps arabes par M. Joachim Lebied et, plus particulièrement, à ce que l'on pourrait appeler, malgré l'importance historique de février, « l'été marocain », tant l'épisode constituant fut bref. Car, mettant en balance les Constitutions hassaniennes et la Constitution de 2011, qu'il n'a pas osé baptiser « mohammedienne », nourrissant d'une chair voisine nos souvenirs des siècles passés, il a bien — et opportunément : le droit comparé, l'aller-voir-ailleurs, est toujours enrichissement intellectuel — montré l'importance des bases constitutionnelles pour comprendre un système. C'est une sorte de cas pratique que sa communication, un dessin relevant tout à la fois du schéma explicatif et du trompe-l'œil. Les concepts nous sont familiers : régime parlementaire, séparation des pouvoirs, Constitution « octroyée ». Mais tout est là justement : dès lors que le régime est (encore) théocratique et la souveraineté royale, octroi oblige, il ne peut y avoir aujourd'hui au Maroc ni séparation déterminée ni parlementarisation réelle.

Les concepts servent à penser la réalité mais aussi parfois à la juger. La science exige la mise au point puis l'utilisation d'outils. On se souvient, puisque nous parlons Constitutions, que le Président (et pas seulement le candidat) Hollande a proposé de constitutionnaliser la « démocratie sociale », c'est-à-dire la négociation syndicale préalable à toute réforme législative en matière de travail, d'emploi et de formation professionnelle. M. Chenu, en dénonçant la loi du 14 juin 2013 « relative à la sécurisation de l'emploi », a peut-être pointé l'avenir du droit du travail français. De ce point de vue, son articulation avec la communication de M. Benjamin Jeudi sur le droit à l'égal accès aux soins en France, c'est-à-

dire sur l'autre aspect de la démocratie sociale — celui de la *sécurité*, au sens moderne et plein du terme — et du droit social, est parfaitement évidente. Et, là encore, c'est le « contrat » qui se développe, ici pour tenter de lutter contre les déserts médicaux.

La démarche scientifique, on l'aura compris, est donc également contextualisation.

Mais répétons-le : les questions scientifiques — ainsi, celle-ci, venue du public : qui, au juste, est en droit « débiteur » des droits sociaux ? — attendent aussi des réponses politiques.

B. Le droit comme discours politique

Politiques, toutes les interventions du jour l'auront été. Il n'est qu'à considérer l'analyse systématique de différentes législations, dès lors qu'une volonté législative *est* une volonté politique ; ou la dénonciation, lors des débats, par le Pr. Dubois de cet abus de langage qu'est la substitution, à « l'intégration », de l'obligation de « s'intégrer ».

À cet égard, sans être aucunement partisane — « partisan » est un autre sens du mot « politique », très différent ; en tout cas du nôtre — la communication de Mme Philippine Lohéac-Derboulle aura clairement été, sinon polémique, du moins fort critique quant à la situation faite aux Roms en France, non seulement avant mais encore après l'alternance de 2012 : politique, donc, dans son thème, son plan, son approche. On pourrait débattre de cette thèse selon laquelle la République ne respecte pas ses engagements internationaux, à l'encontre qui plus est de citoyens européens, et sans doute y a-t-il quelques jeux de dupes dans ces vraies-fausse expulsions collectives. Mais la politique, ce sont des idées et des faits, souvent dramatiques, et ceux-là sont incontestables : il faut, souvent, une mémoire écrite, et son intervention en sera une. On aura noté au passage deux définitions supplémentaires, et (disons-le encore) ô combien politiques, du « progrès », qui serait d'abord de bien respecter le droit et dont le contraire ne serait pas seulement la « régression » mais, déjà, « l'immobilisme »...

On pourrait en dire autant du problème abordé par M. Jeudi, déjà brièvement évoqué plus avant, sur « le droit à l'égal accès aux soins ». Son intervention ne fut pas seulement une saine défense et une claire illustration d'un des grands progrès de la Libération, la Sécurité sociale, à travers l'exemple de la Couverture Maladie Universelle et l'opportun rappel que cette protection souffre d'entraves tant géographiques que financières : sa communication était une thèse, une thèse juridique à la portée politique considérable, la thèse selon laquelle le progrès, c'est l'égalité *réelle*. On connaît bien la conception française du principe d'égalité, héritée de 1789 et à laquelle la Nation est culturellement et profondément attachée : la prohibition de la discrimination, c'est-à-dire l'interdiction de traiter différemment des situations identiques. Mais il existe une conception européenne de l'égalité, en particulier à Strasbourg, qui exige de traiter différemment les situations différentes. Ne croyons pas que cette conception exclut la nôtre : elle l'enrichit, simplement. Un progrès serait sans doute de l'entendre.

Un mot, enfin, pour conclure, non plus sur le malade ou le salarié (et encore qu'il soit souvent l'un et aspire à être l'autre), mais sur le détenu (dont les « progrès des droits » sont nuls, depuis près de vingt ans) pour saluer la seconde table ronde, organisée et animée par M. Florent Guéneau, et tout particulièrement les interventions poignantes de M. Rondeau ou la conclusion navrante de Mmes Lizé et Laroque — le service public est pauvre : *bis repetita placent* — s'agissant, singulièrement, de la salubrité de nos prisons, dont il ne pouvait pas ne pas être question depuis que les Français ont lu les rapports de Jean-Marie Delarue, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté...

On ne peut toutefois conclure vraiment sans rappeler deux autres mots, finalement trop peu employés au cours de la journée. On dit souvent des juristes qu'ils sont conservateurs plutôt que *progressistes* mais, outre le fait que ce n'est évidemment pas le cas de tous, si le conservatisme consiste à s'opposer au progrès, alors nous n'en aurons vu aucun... Quant au progrès de la démocratie, c'est-à-dire le progrès du Droit au sens plein de l'article XVI de la Déclaration de 1789, cela porte un nom ; lui a fleuri et il fleure bon : c'est la Civilisation.