



HAL
open science

Du corps à la personne : la protection de l'intégrité de l'individu

Leonhard Julie

► **To cite this version:**

Leonhard Julie. Du corps à la personne : la protection de l'intégrité de l'individu. Droit. Université de Lorraine, 2020. tel-04550804

HAL Id: tel-04550804

<https://hal.science/tel-04550804>

Submitted on 18 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE LORRAINE

École doctorale sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion (SJPEG)

**DU CORPS A LA PERSONNE : LA PROTECTION DE
L'INTEGRITE DE L'INDIVIDU**

MEMOIRE de synthèse

En vue de l'habilitation à diriger des recherches

Discipline : Droit privé et sciences criminelles

Présenté et soutenu publiquement le 23 janvier 2020

Par **Julie LEONHARD**

Maître de conférences en Droit privé et Sciences criminelles

Faculté de pharmacie, Université de Lorraine

Institut François Gény (IFG) – EA 7301

Membres du jury :

Olivier DECIMA, Pr. de droit privé et sciences criminelles, Université de Bordeaux (rapporteur)

Patrick MISTRETTA, Pr. de droit privé et sciences criminelles, Université Jean Moulin – Lyon 3 (rapporteur)

Raphaële PARIZOT, Pr. droit privé et sciences criminelles, Université Paris-Nanterre (examineur)

Xavier PIN, Pr. de droit privé et sciences criminelles, Université de Lyon III Jean Moulin (rapporteur)

Anne PONSEILLE, MCF droit privé et sciences criminelles (HDR), Université de Montpellier 1 (examineur)

Frédéric STASIAK, Pr. de droit privé et sciences criminelles, Université de Lorraine (parrain scientifique)

REMERCIEMENTS

Je tiens tout particulièrement à remercier Monsieur Le Professeur Frédéric Stasiak pour m'avoir encouragée et soutenue tout au long de cette étape, si singulière et importante dans la vie d'un enseignant-chercheur.

Je souhaite également témoigner ma reconnaissance sincère et profonde à l'égard de tous mes collègues et/ou amis, de l'Université de Lorraine ou d'ailleurs, qui m'ont chacun apporté une aide précieuse par leurs conseils avisés, leurs relectures attentives, leurs écoutes patientes et leurs rires indispensables.

Une pensée spécifique pour Catherine MENABE, mon « partenaire d'HDR ». Nous avons choisi de vivre cette aventure ensemble et de mener chaque étape de front. Sans elle je n'aurais probablement jamais mené ce travail jusqu'à son terme dans des conditions si agréables et si efficaces ; son amitié sincère me ravit et me guide.

*A ma famille et mes proches, Thank you for being you.
A Francis, pour tout le bonheur infini qu'il m'apporte.*

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	5
SOMMAIRE	7
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	9
INTRODUCTION	13
PARTIE 1 : SYNTHÈSE DES TRAVAUX DE RECHERCHE	17
I. <i>L'intégrité sexuelle</i>	17
A. Le corps regardé.....	19
B. Le corps touché.....	27
II. <i>L'intégrité corporelle</i>	38
A. Le corps malade.....	39
B. Le corps instrumentalisé.....	51
III. <i>L'intégrité de la personne</i>	58
A. La personne représentée.....	58
B. La personne examinée.....	62
PARTIE 2 : PERSPECTIVES DE RECHERCHE	69
I. <i>L'affermissement des recherches sur l'intégrité sexuelle</i>	71
II. <i>La consolidation des recherches sur l'intégrité corporelle</i>	71
III. <i>Le développement de recherches sur le corps enfermé</i>	73
IV. <i>L'ouverture des recherches en droit comparé</i>	76
ANNEXE 1 - CURRICULUM VITAE	77
ANNEXE 2 - LISTE COMPLETE DES PUBLICATIONS	79
1. DIRECTION D'OUVRAGES SCIENTIFIQUES (DOS).....	79
2. CHAPITRES DANS DES OUVRAGES SCIENTIFIQUES (OS).....	79
3. ARTICLES DANS DES REVUES AVEC COMITÉ DE LECTURE (ACL).....	80
4. COMMUNICATIONS AVEC ACTES DANS UN CONGRÈS INTERNATIONAL (C-ACTI).....	81
5. COMMUNICATIONS AVEC ACTES DANS UN CONGRÈS NATIONAL (C-ACTN).....	81
6. COMMUNICATIONS ORALES SANS ACTES DANS UN CONGRÈS INTERNATIONAL OU NATIONAL (C-COM).....	83
7. AUTRES PRODUCTIONS.....	85
ANNEXE 3 : ACTIVITÉS DE RECHERCHE	87
1. TRAVAUX DE THÈSE.....	87
2. ORGANISATION DE COLLOQUES.....	88
3. AUTRES ACTIVITÉS DE RECHERCHE.....	88
ANNEXE 4 – ACTIVITÉS D'ENCADREMENT	89
• ENCADREMENT DE THÈSE DE DOCTORAT (DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES) :.....	89
• ENCADREMENT DE THÈSE D'EXERCICE (PHARMACIE) :.....	89
• ENCADREMENT DE MÉMOIRES (DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES) :.....	90
• PARTICIPATION A DES JURYS (THÈSES ET MÉMOIRES) :.....	94
ANNEXE 5 - LES CINQ PUBLICATIONS SCIENTIFIQUES SIGNIFICATIVES	99
1. « LA PÉNALISATION DES CLIENTS DE LA PROSTITUTION : UNE INFRACTION DISCUTÉE OU UN MAL DISCUTABLE ? ».....	101
2. « LES CONTOURS JURIDIQUES DE LA DISPENSATION DE MÉDICAMENTS A UN MINEUR ».....	111
3. « L'IMPORTANCE DE LA DÉTERMINATION DE L'ÂGE DU MINEUR EN DROIT PÉNAL : QUAND ON AIME ON NE COMPTE PAS ».....	123
4. « L'IMAGE PATRIMONIALISÉE DES ACTEURS PORNOGRAPHIQUES ».....	137
5. « LES MASSAGES : JEUX DE MAINS, JEUX DE VILAINS – REGARDS DU DROIT SUR L'ART DU TOUCHER ».....	159
TABLE DES MATIÈRES	177

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

ACT	Autorisation à codiriger des thèses
AJ pénal	Actualité juridique Pénal
al.	Alinéa
art.	Article
AN	Assemblée Nationale
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
c/	Contre
C. civ.	Code civil
C. pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
C. santé publ.	Code de la santé publique
Cass. Ass. Plén.	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Comm. com. électr.	Communication commerce électronique
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Arrêt du Conseil d'Etat
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
cf.	Confer
ch.	Chambre
ch. corr.	Chambre correctionnelle
chron.	Chronique

Circ. min.	Circulaire ministérielle
coll.	Collection
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
contra	Solution contraire
Cour EDH	Cour européenne des droits de l’homme
CSA	Conseil supérieur de l’audiovisuel
D.	Dalloz (Recueil)
DC	Décision du Conseil constitutionnel
déc.	Décembre
dir.	Direction (sous la)
DP	Dossier pharmaceutique
doctr.	Doctrine
Dr. pén.	Droit pénal
éd.	Edition(s)
et a.	Et autre(s)
Ex.	Exemple
fasc.	Fascicule
févr.	Février
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HDR	Habilitation à diriger des recherches
Ibid.	<i>ibidem</i> (même référence)
IFG	Institut François Gény
in	Dans
infra	Ci-dessous
I.R.	Informations rapides

J.-Cl. Comm	Jurisclasseur communication
J.-Cl. Pén	Juris-Classeur pénal
janv.	Janvier
JCP G	Juris-Classeur, périodique, édition générale
JORF	Journal officiel de la République Française (lois et décrets)
juill.	Juillet
Juris-Data	Juris-Data
Jurispr.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Petites Affiches (Les)
loc. cit.	<i>Loco citato</i> (à l'endroit cité)
M.	Monsieur
MCF	Maître de conférences
Min.	Ministre
n°	Numéro
nov.	Novembre
obs.	Observation
oct.	Octobre
op. cit.	<i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
ord.	Ordonnance
p.	Page
pp.	Pages
passim	A différents endroits
Pr.	Professeur
préc.	Précité
PUF	Presses Universitaires de France

PUN	Presses Universitaires de Nancy
rapp.	Rapport
rééd.	Réédition
Rec.	Recueil
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rép. Pén. Dalloz	Répertoire pénal Dalloz
Rép. pén.	Revue de droit pénal et de procédure pénale
req.	Requête
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RSC	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
s.	Suivant
sept.	Septembre
somm.	Sommaire
supra	Ci-dessus
t.	Tome
T. corr.	Tribunal correctionnel
T. pol.	Tribunal de police
TI	Tribunal d'instance
TIFL	Trésor informatisé de la langue française
UE	Union européenne
V°	<i>Verbo</i> (aller à)
vol.	Volume

INTRODUCTION

Avec une thèse de droit pénal effectuée sur la pornographie pénalement prohibée, soutenue en 2011, les infractions sexuelles ont naturellement constitué le premier champ de mes recherches. Se sont très vite additionnés des travaux en droit de la santé. En effet, le laboratoire de recherche dans lequel j'ai effectué ma thèse de doctorat, offrait la possibilité aux doctorants en droit pénal et sciences criminelles de développer des activités de recherche en droit de la santé (et réciproquement pour les doctorants en droit de la santé, la possibilité de travailler sur des questions de droit pénal)¹, les deux disciplines présentant un objet d'études en partie commun : le corps humain.

Le corps humain se distingue en ce que tout en se situant au centre des interrogations du législateur, il n'est pas une notion juridiquement définie : « (...) *le droit ne s'est pas saisi de la question, ce qui est peu surprenant puisqu'il a parfois pour objet des notions dont la définition ne peut relever d'autres disciplines* »². Étendu comme un ensemble d'éléments organiques, le corps humain interroge le droit, qu'il s'agisse d'un corps vivant ou d'un corps mort, principalement en raison des atteintes qu'il peut subir.

Du corps humain à la personne. Limiter le champ des recherches au seul corps aurait conduit à systématiquement devoir dissocier le corps et l'esprit et, partant, à devoir exclure toutes les situations où la personne influe par ses choix et ses réactions sur les atteintes que subit son corps. Aussi, rapidement, les travaux de recherche se sont tournés vers l'individu dans sa globalité, qu'il s'agisse de s'intéresser à son enveloppe charnelle et/ou à son âme. Le terrain des infractions sexuelles en est particulièrement illustrant puisque certaines infractions peuvent porter atteinte à l'esprit sans avoir à toucher le corps (comme le harcèlement sexuel³).

Le corps peut être pris en compte par le truchement de la personne ou indépendamment d'elle lorsqu'il n'y a pas encore de personne (embryons, fœtus), ou plus de personne (cadavre, éléments du corps humain). La personne peut aussi être prise en considération par le législateur indépendamment de toute atteinte à son corps.

¹ Jeune équipe d'accueil ISCRIMED (Institut de Sciences CRiminelles et de droit MEDical), devenue le laboratoire de recherche CRDP (Centre de Recherche en Droit Privé), lui-même devenu aujourd'hui l'IFG (Institut François Gény – EA 73 01).

² Camille KUREK, *Le corps en droit pénal*, thèse dactylographiée, Université Lyon 3, 2017, p. 2.

³ C. pen., art. 222-32.

Vers la protection de l'intégrité de l'individu. L'ensemble des recherches s'intéresse tout à la fois au corps et la personne et s'oriente essentiellement sur la question de la protection de l'intégrité du corps et de la personne, soit sur la question de la protection de l'intégrité de l'individu, bien qu'il ne soit parfois envisagé que de l'un ou l'autre des deux éléments (comme les recherches portant sur le corps mort, lorsque la personne n'est plus mais que son enveloppe charnelle demeure). « (...) *corps et personne sont entremêlés. En conséquence, si le droit pénal réprime les atteintes à la personne humaine, il réprime de facto celles qui sont portées à son corps* »⁴.

Des précisions sémantiques doivent être dès à présent apportées entre les expressions « mot », « terme », « notion » et « concept ». Si un mot et un terme⁶ présentent des similitudes si évidentes de sens qu'ils peuvent être utilisés indistinctement, une notion s'entend comme une « *construction, une représentation de l'esprit ; (...) une idée générale et abstraite en tant qu'elle implique les caractères essentiels de l'objet* »⁷ et un concept vise une « *représentation mentale abstraite et générale, objective, stable, munie d'un support verbal* »⁸. Une notion et un concept dépassent dès lors la seule désignation d'un sujet par le pouvoir des mots. Il s'agit bien ici de tenter de définir les contours de la notion d'intégrité de l'individu, à travers l'intégrité sexuelle, l'intégrité corporelle et l'intégrité de la personne et de déterminer comme le législateur la protège.

La notion d'intégrité se définit couramment comme « *l'état de ce qui est sain, intact, qui n'a subi aucune altération, aucune atteinte* »⁹. La protection de l'intégrité de l'individu renvoie donc essentiellement à l'ensemble des règles juridiques permettant non seulement d'assurer à chacun une protection optimale de son corps et de sa personne, mais aussi de sanctionner celui qui porterait atteinte à l'intégrité d'autrui.

Lorsqu'il est question de la protection de l'intégrité de l'individu, le législateur renvoie à des formes particulières, comme l'intégrité sexuelle, l'intégrité physique et l'intégrité psychique

⁴ Camille KUREK, *Le corps en droit pénal*, thèse dactylographiée, Université Lyon 3, 2017, p. 13.

⁵ TILF, Trésor de la langue française informatisé (TILF), dictionnaire de la langue française des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, consulté le 26 août 2011, V^o MORALE. Le TILF est créé par l'ATILF (Analyse et Traitement Informatique de la Langue Française), une unité mixte de recherche associée au CNRS (Centre National de la Recherche Scientifique) et à l'université Nancy2.

V^o MOT : « *Son ou groupe de sons articulés ou figurés graphiquement, constituant une unité porteuse de signification à laquelle est liée, dans une langue donnée, une représentation d'un être, d'un objet (...)* ».

⁶ TILF, Trésor informatisé de la langue française, V^o TERME : « *Mot ou ensemble de mots ayant, dans une langue donnée, une signification précise et exprimant une idée définie* ».

⁷ TILF, Trésor informatisé de la langue française, V^o NOTION.

⁸ TILF, Trésor informatisé de la langue française, V^o CONCEPT.

⁹ TILF, Trésor informatisé de la langue française, V^o INTEGRITE.

d'autrui, sans définir avec précision la protection de l'intégrité de l'individu. Il s'agit plutôt de réfléchir à l'harmonie des règles dans tel ou tel domaine de l'intégrité de l'individu. Ce triptyque traditionnel – intégrité sexuelle, intégrité physique, intégrité physique – aurait pu être celui choisi par l'auteur de ces lignes. Mais afin d'illustrer davantage la valse enflammée entre le corps et la personne, il a plutôt été préféré les notions d'intégrité sexuelle, d'intégrité corporelle (et non intégrité physique) et d'intégrité de la personne (et non intégrité psychique). A cette volonté première, s'ajoute également le souhait de pouvoir entendre largement les notions d'intégrité corporelle et d'intégrité de la personne. La notion d'intégrité corporelle, par exemple, ne renvoie pas exclusivement aux atteintes pénalement prohibées susceptibles d'être commises volontairement ou involontairement sur autrui. Elle renvoie aussi aux atteintes causés par la maladie ou par la volonté de l'individu lui-même.

La démarche scientifique se veut personnelle et originale, mais demeure cohérente et pertinente. Toutefois, bien qu'approfondies, mes recherches ne sont évidemment pas encore abouties et il est souhaité les poursuivre et les élargir à d'autres questions relatives à la protection de l'intégrité de l'individu non encore étudiées.

Si mes activités de recherches se concentrent sur le corps humain et certains droits de la personne, leur originalité se traduit par l'approche du sujet en droit de la santé, en droit pénal et en droit pénal de la santé. L'objectif du mémoire, sans chercher à renouveler la doctrine, consiste à produire une vision personnelle des notions juridiques d'intégrité sexuelle, d'intégrité corporelle et d'intégrité de la personne.

Notons immédiatement que les travaux de recherche présentés appelleront des développements de longueur différente, fonction du caractère récent ou non de l'axe de réflexion (aussi les travaux portant sur l'intégrité de la personne, relativement plus jeunes, sont bien moins nombreux).

Des travaux passés aux travaux à venir. L'HDR constitue le moment propice à la formalisation des acquis de la période passée (une occasion de maturation de l'après-thèse et du début de la carrière dans l'enseignement supérieur) et à l'anticipation de la période future (une projection dans un programme de recherche construit, intéressant et stimulant).

Dans un premier temps, l'exigence d'une telle synthèse intellectuelle et scientifique oblige donc à démontrer la cohérence et la pertinence de ses travaux et leur inscription rigoureuse dans un champ de recherche valide (*Partie 1. Synthèse des travaux de recherche*).

Dans un second temps, au-delà de l'analyse de ses activités de recherche, de son début d'expérience d'animation et de direction, l'exercice impose la rédaction d'une politique de recherche à venir établie permettant de convaincre des compétences du candidat, de son aptitude à diriger des doctorants et à stimuler, inciter, voire fédérer (*Partie 2. Perspectives de recherche*).

PARTIE 1 : SYNTHÈSE DES TRAVAUX DE RECHERCHE

Réaliser le bilan de ses activités de recherche exige une prise de recul et une rigueur de traitements et d'analyses. Il est préféré une présentation en grande partie chronologique des travaux afin de, non seulement démontrer l'étendue des champs de recherche, mais aussi et surtout, de faire apparaître une conceptualisation personnelle de la notion d'intégrité. Sont donc présentés successivement les travaux portant sur l'intégrité sexuelle, puis ceux relatifs à l'intégrité corporelle et enfin ceux concernant l'intégrité de la personne. Cette logique chronologique ne nie pas que l'intégrité sexuelle puisse aborder tout à la fois des questions relatives au corps et à la personne.

Afin d'illustrer au mieux les thématiques de recherche et mettre davantage en exergue leur problématique commune, la protection de l'intégrité de l'individu, la décision a été prise de recourir à des mots hors champs du droit pour les présenter. Les sujets abordés se prêtent parfaitement à l'exercice et ce choix linguistique illustre davantage les activités de recherche.

I. L'intégrité sexuelle

La sexualité en général. La sexualité, entendue comme l'ensemble des comportements sexuels, constitue l'une des préoccupations majeures de tous les êtres vivants¹⁰. Certains mammifères, dont l'être l'humain, pratiquent une activité sexuelle dans un but de reproduction mais aussi par assouvissement du seul plaisir¹¹. L'homme fait également de la sexualité un art, un commerce et même un objet de recherche. La sexualité présente deux faces principales qui semblent aux antipodes l'une de l'autre. D'une part, elle est source de beauté, d'émerveillement et de plaisir (une activité positive) ; d'autre part, elle peut s'apparenter à un fléau, être une cause de maladie, voire de traumatisme (une activité dont il faudrait se protéger).

¹⁰ Pierre Augustin Caron de BEAUMARCHAIS, *Le mariage de Figaro*, II, 1778, p. 21 : « Boire sans soif et faire l'amour en tout temps, Madame, il n'y a que ça qui nous distingue des autres bêtes ».

¹¹ Bruno PY, « Le sexe et le Droit : un couple sulfureux », in *Le sexe et la norme*, Nathalie DEFFAINS et Bruno PY (dir.), PUN, 2010, p. 15 : « (...) au contraire des autres animaux, les fonctionnements corporels humains ne sont pas limités par des processus naturels. Il n'y a quasiment pas de frein biologique (saison de rut, ovulation, gestation...) à l'attractivité de l'accouplement ».

Le champ des infractions sexuelles. Inspirées par mon mémoire de recherche réalisé dans le cadre de mon DEA en 2005-2006¹², mes recherches se sont assez vite étendues à l'ensemble des infractions sexuelles et se sont portées tant sur la légistique des infractions, que sur leurs régimes d'application, ou encore plus récemment sur l'opportunité de la loi pénale en la matière. Ces choix se justifient par la frénésie législative qui interroge quant à sa raison d'être et quant à ses conséquences sur la qualité des lois votées. En effet, nouveau « monstre » du XX^{ème} siècle, l'auteur d'infractions sexuelles concentre toute l'attention de la société et donc du législateur. Depuis l'entrée en vigueur du Code pénal en 1994, on comptabilise près de vingt lois modifiant le régime juridique des infractions sexuelles¹³. Le champ des infractions sexuelles ne paraît plus aujourd'hui réduit à la seule section 3 du code pénal, intitulée « Des agressions sexuelles »¹⁴, qui renvoie au viol¹⁵, aux autres agressions sexuelles¹⁶, à l'inceste¹⁷, à l'exhibition sexuelle¹⁸ et au harcèlement sexuel¹⁹. D'autres interdits entrent dans la catégorie des infractions sexuelles, bien que référencés ailleurs dans le code pénal, en raison de leurs

¹² Julie LEONHARD, *Les femmes auteurs ou complices d'infractions sexuelles*, mémoire de D.E.A. Droit pénal et Sciences criminelles, 2006, Nancy-Université (non publié).

¹³ Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs (JO 18 juin 1998, p. 9255) ; loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JO du 18 janvier 2002, p. 1008) ; loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (JO du 5 mars 2002, p.4161) ; loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure (JO 19 mars 2003, p. 4761) ; loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales (JO 13 décembre 2005, p. 19152) ; loi n°2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (JO 5 avril 2006, p. 5097) ; loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance (JO 7 mars 2007, p. 4297) ; loi n°2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux (JO du 9 février 2010, p. 2265) ; loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants (JO 10 juillet 2010, p. 12762) ; loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (JO 18 mai 2011, p. 8537) ; loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel (JO 7 août 2012, p. 12921) ; loi n°2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France (JO du 6 août 2013, p. 13338) ; loi n°2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement (JO du 26 juillet 2015, p. 12735) ; loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (JO du 5 août 2014, p. 12949) ; loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant (JO du 15 mars 2016, texte n°1) ; loi n°2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées (JO du 14 avril 2016, texte n°1) ; loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (JO du 8 octobre 2016, texte n°1) ; loi n°2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale (JO du 28 février 2017, texte n°2) ; loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes (JO du 5 août 2018, texte n°7).

¹⁴ Code pénal, partie législative, Livre II « Crimes et délits contre les personnes », Titre II « Des atteintes à la personne humaine », Chapitre 2 « Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique ».

¹⁵ C. pen., art. 222-22 et s.

¹⁶ C. pen., art. 222-27 et s.

¹⁷ C. pen., art. 222-31-1 et s. A noter que l'inceste n'est pas une infraction à part entière en France, mais seulement que certains viols et agressions sexuelles peuvent être qualifiés parfois d'incestueux, sans que le régime desdites infractions sexuelles ne soient pour autant modifié. V° Jean-Baptiste PERRIER, « Le retour de l'inceste dans le code pénal », *RSC* 2016, p. 381 et s.

¹⁸ C. pen., art. 222-32.

¹⁹ C. pen., art. 222-33.

liens évidents avec la sexualité : « *l'expression d'infraction sexuelle est particulièrement large et est utilisée pour regrouper toutes les infractions qui portent atteinte ou tentent de porter atteinte à la liberté sexuelle de la victime, mais aussi les comportements qui peuvent outrager en raison de leur connotation sexuelle* »²⁰. Il s'agit principalement du proxénétisme²¹, de l'achat d'un acte sexuel²², de l'outrage sexiste²³ ou du voyeurisme sexuel²⁴.

Dans la lignée des travaux de thèses portant sur la pornographie pénalement prohibée, les recherches se sont d'abord principalement concentrées sur les infractions sexuelles. Encore aujourd'hui, elles demeurent un sujet de recherche constant, bien que plus affiné et orienté.

L'intégrité sexuelle. Le champ des recherches autour des infractions sexuelles converge vers une même notion, celle de l'intégrité sexuelle de l'être humain, majeur ou mineur. Elles peuvent concerner tout à la fois le corps d'autrui et/ou son esprit. Aussi, il est proposé les réunir dans le mémoire afin de développer les contours de cette intégrité sexuelle et d'en définir le contenu exact. Deux thèmes principaux se détachent et constituent l'essence des recherches menées sur l'intégrité sexuelle : le corps regardé (A) et le corps touché (B).

A. *Le corps regardé*

Le changement des mentalités, quant à ce qui pouvait être montré ou ce qui devait rester caché, s'est réalisé progressivement depuis plusieurs décennies, passant de l'acceptation manifeste de la représentation du nu (2) à la diffusion d'œuvres considérées comme érotiques pour aboutir à l'explosion de la pornographie (1).

1) *Le corps fantasmé*

La pornographie pénalement prohibée. La thèse universitaire incarne indéniablement le premier travail de recherche significatif réalisé pour un enseignant-chercheur. Intitulé « Étude sur la pornographie pénalement prohibée »²⁵, mon travail de thèse révèle sans aucun doute une part sensible de provocation et d'impudence, voire d'insolence. Sans nier cet état, la démarche s'est voulue surtout aussi sérieuse que l'exige toute analyse juridique et aussi audacieuse que l'impose le sujet. Aussi, la thèse de doctorat a poursuivi deux objectifs intimement liés : d'une

²⁰ Valérie MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « HyperCours », 8^{ème} éd., 2018, n° 292.

²¹ C. pen., art. 225-5 et s.

²² C. pen., art. 611-1.

²³ C. pen., art. 621-1.

²⁴ C. pen., art. 226-3-1.

²⁵ Julie LEONHARD, *Étude sur la pornographie pénalement prohibée*, Thèse de doctorat, Université de Nancy, 2011. Effectuée sous la direction de Bruno PY et soutenue publiquement le 5 novembre 2011, cf. annexe 3, p. 87.

part tenter de préciser la notion de pornographie en proposant des critères de distinction des notions voisines, et d'autre part, la recherche de simplification du régime des deux délits relatifs à la pornographie²⁶.

De l'absence de définition aux précisions proposées. Le choix du sujet et de son intitulé ont conduit à une inévitable étude terminologique de la notion de pornographie²⁷. En effet, la théorie préconise une qualité rédactionnelle sans faille et certaine des lois pénales pour assurer la prévisibilité et la sécurité juridiques imposées par le principe de la légalité criminelle²⁸. Sans une rédaction parfaite des règles pénales le citoyen n'est pas en mesure de connaître la teneur des normes et ignore ainsi les conséquences de ses actes²⁹. Le travail du juge semble également alors plus complexe. Or la notion de pornographie se distingue par son caractère éminemment flou³⁰ ; le terme flou étant entendu ici comme une imprécision sémantique, terminologique. Le juge doit parvenir à opérer une subtile distinction entre ce qui serait érotique, et donc permis, et ce qui serait pornographique, et donc potentiellement interdit³¹, bien qu'aucune des deux notions ne soit définie. Ni le législateur, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne proposent une analyse substantielle des deux notions. L'absence de définition de la notion de pornographie deviendrait même sa principale caractéristique. La notoriété du juge Potter Stewart repose sur le fait qu'il a officiellement soutenu qu'il est inutile de chercher à définir la notion de pornographie. Sa formule, bien que n'apportant aucun élément de clarification, est dès lors citée dans tous les ouvrages relatifs à la pornographie: « *Pornography, i know it when i see it* »³². Pourtant, l'absence de définition de la notion de pornographie ne signifie pas que la terminologie est totalement dénouée de toute signification. Au contraire, les juridictions tentent parfois de lui conférer un sens, et ce sens est fonction des jugements personnels de chaque juge.

²⁶ C. pen., art. 227-23 (l'interdiction des images pédopornographiques) et art. 227-24 (l'interdiction des messages pornographiques à destination des mineurs).

²⁷ Pierre BAILLARGEON, *Commerce, Variétés*, 1947, p. 17 : « *La langue juridique est une prison. La posséder, c'est l'agrandir un peu* ».

²⁸ C. pen., art. 111-4.

²⁹ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir – Naissance de la prison*, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 1975, p. 89 : « (...) *il faut que les infractions soient bien définies et sûrement punies, que dans cette masse d'irrégularités tolérées et sanctionnées de manière discontinue avec un éclat sans proportion, on détermine ce qui est infraction intolérable, et qu'on lui fasse subir un châtement auquel elle ne pourra échapper* ».

³⁰ Philippe DI FOLCO (dir.), *Dictionnaire de la Pornographie*, PUF, 2005, p. IX : « *Il n'est pas facile de questionner de prime abord la pornographie : elle semble se dérober à toute définition, n'en tolérer aucune qui ne soit équivoque, discutable, ou trop morale* ».

³¹ L'érotisme n'est pas le seul à revêtir un caractère légal, il existe bel et bien aujourd'hui une pornographie légale, qu'il faut également déterminer.

³² Propos du juge américain Potter STEWART, Cour suprême des États-Unis, *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964).

Négativement, le flou de la notion de pornographie qualifie une imprévisibilité telle que le risque d'arbitraire se réalise de temps à autre. Positivement, le flou lui confère un caractère adaptable et évolutif. L'indétermination du terme présente à la fois des avantages et des inconvénients. Cependant, même si le travail de thèse a démontré que l'arbitraire n'est qu'occasionnellement identifiable, la recherche d'un minimum de sens s'impose. En effet, si le droit pénal ne doit pas se doubler d'une certitude sémantique inaltérable et absolue dans la façon de désigner les comportements prohibés, lorsque la valeur protégée paraît aussi délicate qu'en l'espèce, il est essentiel de pouvoir dire quand il y a violation. Le caractère trop vague de la notion de pornographie peut conduire le juge à des interprétations discutables, à l'instar des décisions recensées portant sur des représentations ou images de mineurs nus. Un minimum de relief et de consistance dans la détermination de la notion de pornographie paraît nécessaire : un juste équilibre doit être recherché entre flou et précision.

Monsieur le Doyen Cornu évoque avec la délicatesse, la distinction entre « *entre les définitions qui portent sur le grain des choses* [une définition réelle] *et celles qui portent sur la paille des mots* [une définition terminologique] »³³. Une définition réelle présente comme caractéristique principale de porter sur une chose même (*in media res*), c'est-à-dire de déterminer une notion juridique à partir d'une réalité appréhendée. La définition terminologique, elle, part d'un mot à définir et se propose de l'employer dans un sens déterminé pour une loi déterminée³⁴. En ce qui concerne la pornographie prohibée, il ne s'agit absolument pas de lui conférer un sens différent, en fonction du délit dans lequel elle apparaît (l'une ou l'autre des deux infractions des articles 227-23 et 227-24 du Code pénal). Le chercheur ne vise donc pas la détermination d'une définition terminologique, mais d'une définition réelle. Le juge a besoin d'être « *soulagé d'une activité de création du droit qui, aussi vraie et inévitable soit-elle parfois, engendre des responsabilités – et des critiques ! – souvent lourdes à porter* »³⁵. Pour guider la jurisprudence, le législateur doit dégager des critères, des éléments factuels pertinents, que le juge doit appliquer.

Si en son temps, le chanteur Serge Gainsbourg fredonnait « *Classé X, excès de sexe* »³⁶, le juriste contemporain pourrait dire : « *Classé X, excès de textes* » ! Le nombre conséquent de textes, entendus au sens large (normes et décisions), complexifie lourdement la tâche lorsqu'il

³³ Gérard CORNU, *Cahiers de méthodologie juridique*, n°2, p. 1117.

³⁴ Il s'agit surtout d'une technique législative répandue dans les pays anglo-saxon et qui se présente formellement par des expressions du type « *dans la présente loi, le mot suivant signifie...* », ou dans un article préliminaire intitulé « *Définitions générales* ».

³⁵ Pierre MUZNY, « Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi », *D.* 2006, p. 2214.

³⁶ Serge Gainsbourg, *Album Classé X, post mortem*, 1998.

s'agit de tenter de préciser la notion de pornographie. Sur la base de tous ces textes étudiés, et notamment la notion vue par « *l'œil du juge* »³⁷, la première partie de la thèse propose que la pornographie implique nécessairement la représentation d'un acte sexuel incluant directement un organe sexuel, c'est-à-dire un pénis, un vagin ou un anus. Il ne s'agit pas là d'une définition bornant avec exactitude la frontière du légal et de l'illégal, mais d'un seul critère de détermination minimum. Ainsi, les juges du fond conserveraient une certaine liberté d'action, encadrée, mais ne deviendraient pas pour autant « *prisonniers de la loi* »³⁸. La coopération entre la loi et le juge ne s'en trouverait que renforcée : l'application des articles 227-23 et 227-24 du Code pénal évoluerait en une question de fait du magistrat raisonnablement orientée par le législateur. L'éventuelle subjectivité des juges ne pourrait que diminuer devant ces critères présentant une objectivité optimale. Une frontière entre l'interdit et le champ du permis se dessinerait alors avec plus de netteté.

Vers la simplification du régime des infractions relatives à la pornographie. L'acceptation contemporaine apparente de la liberté d'expression oblige à limiter la prohibition et la répression en matière de pornographie aux seules hypothèses où des messages seraient accessibles à des mineurs ou lorsque des mineurs seraient mis en scène. Il en résulte une législation plutôt restrictive : le délit d'exploitation de l'image pornographique d'un mineur³⁹ et le délit de diffusion à un mineur d'un message pornographique⁴⁰. Il ne s'agit pas d'infractions de presse mais de Droit commun, susceptibles d'être commises par la voie de la presse⁴¹, davantage encore aujourd'hui avec le développement exponentiel des nouveaux outils de communication tel l'Internet. Toutefois, il existe également d'autres infractions, voisines, qui présentent des liens certains avec la pornographie. La seconde partie du travail de thèse a cherché à présenter et éclaircir les règles pénales encadrant directement la pornographie, c'est-à-dire les articles 227-23 et 227-24 du Code pénal d'une part, avant d'aborder avec plus de clarté le régime de la pornographie autorisée d'autre part.

On peut déduire, « *sans forcer le trait, que la France dispose aujourd'hui d'un impressionnant attirail répressif en vue de lutter contre la pédopornographie* »⁴². Les infractions des articles

³⁷ Emmanuel PIERRAT, « Entretien de Maître Emmanuel Pierrat – Porno(graphie), Littérature et censure », *Revue Hermaphrodite* 2007, n°8, <http://sitehermaphrodite.free.fr>.

³⁸ Expression empruntée à Camille GRIMALDI, « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.* 2007, p. 1448.

³⁹ C. pén., art. 227-23.

⁴⁰ C. pén., art. 227-24.

⁴¹ Il faut toutefois noter une exception. Une disposition spécifique à la matière de la presse s'applique pour le délit de l'article 227-24 du Code pénal : l'article 42 de la loi de 1881 (Loi n°637, du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse), relative à la « cascade de responsabilité ».

⁴² Francis CABALLERO, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, n°514.

227-24 et 227-23 du Code pénal présentent des liens juridiques et criminologiques évidents, au-delà de l'utilisation commune de l'adjectif « pornographique ». Elles poursuivent notamment un but général similaire : la protection des mineurs, de leur image pour l'une⁴³, de leur moralité pour l'autre⁴⁴. Si l'ancien délit d'outrage aux bonnes mœurs était une infraction générale, puisqu'il s'agissait d'une protection de la morale publique, les deux nouveaux délits sont eux limités aux mineurs. De ce point de vue, le Code pénal se présente comme une loi pénale plus douce, en accord avec la révolution des mœurs, puisque dépénalisant la pornographie entre majeurs et pour majeurs. Le système juridique français se concentre désormais sur le monde de la jeunesse, « *ce qui constitue un recul de l'ambition moralisatrice du législateur* »⁴⁵.

Est également observée une ironie certaine du droit quant à ce que le mineur a le droit de faire et ce qu'il a le droit de voir. Un mineur peut presque librement avoir accès à la sexualité dès ses 15 ans⁴⁶, mais ne peut ni voir les représentations pornographiques, ni fixer des images de sa propre sexualité avant ses 18 ans. Le regard⁴⁷ semble davantage protégé que le toucher. Une harmonisation paraîtrait logique.

L'analyse de la jurisprudence a tenu sa promesse et même l'a surpassée : d'épineux problèmes d'interprétation ont été identifiés. La pornographie est emberlificotée dans les filets obscurs de la complexité. Convaincu que plus le Droit est simple, plus il est d'application facile, et plus son efficacité se renforce, le chercheur a tenté de trouver les outils de la simplification qui permettent de découvrir un régime plus clair. Aussi, la démarche scientifique poursuivie conduit sans surprise à la proposition de modifications rédactionnelles des deux délits des articles 227-23 et 227-24 du Code pénal. Sont également avancés des résolutions aux conflits de qualifications susceptibles de se rencontrer en raison de l'existence d'infractions connexes.

Enfin, la liberté d'expression s'est présentée comme le lien prépondérant entre les deux pornographies : d'une part elle est présentée comme nécessairement limitée au nom de la protection de la sensibilité et de la moralité des mineurs (pornographie pénalement prohibée), d'autre part, elle est envisagée comme une limite aux infractions pénales, plus ou moins clairement énoncée (pornographie autorisée). « *En permanence, les juges doivent opérer un*

⁴³ C. pén., art. 227-23.

⁴⁴ C. pén., art. 227-24.

⁴⁵ CABALLERO Francis, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, n°497.

⁴⁶ V° l'atteinte sexuelle commise sur un mineur de plus de 15 ans : C. pén., art. 227-27.

⁴⁷ Alfred De MUSSET, *Album Impromptu - Les grands poèmes classiques*, éd. posthume 1860, p. 74 : « *Tout vrai regard est un désir* ».

arbitrage entre les impératifs de la sécurité publique et les prérogatives de la liberté individuelle. C'est l'essence même du Droit pénal »⁴⁸. Dans l'examen de la liberté d'expression, le parti est alors pris de se détacher de toutes les acceptions qui lui sont conférées jusqu'alors pour pouvoir lui accorder une place nouvelle, clairement établie devenir la clef de voûte légale de la conciliation des deux mondes pornographiques. Il persisterait quelques difficultés⁴⁹, mais les bénéfices bien plus considérables justifient de prendre le risque de la présenter comme un véritable édificateur de frontière.

De la thèse à d'autres travaux de recherche. Non seulement le sujet de thèse a permis de proposer de premières réflexions approfondies sur un sujet de droit, mais il est aussi à l'origine de sollicitations ultérieures. Aussi, la pornographie pénalement prohibée est souvent l'occasion d'intervenir dans des colloques dont les actes sont publiés⁵⁰ ou non⁵¹. La thématique m'a aussi été proposée pour la rédaction d'un chapitre dans un ouvrage scientifique⁵². Dans ces travaux postérieurs à la thèse, il s'agissait essentiellement de préciser le cadre juridique des films pornographiques. Cette recherche était aussi l'occasion d'apporter de nouveaux éléments de réflexion sur la notion de pornographie, qui continue depuis la soutenance des travaux de thèse à faire couler beaucoup d'encre. En effet, la Cour de cassation a refusé en juin 2012 de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil Constitutionnel sur la notion de pornographie, estimant que la notion est définie en des termes suffisamment clairs et précis⁵³. L'auteur de ces lignes, soutenu par une partie de la doctrine⁵⁴, maintient, en dépit de cette solution, que la pornographie se distingue par son caractère éminemment flou⁵⁵. Tout porte

⁴⁸ Eva JOLY, *L'express*, 20 janvier 2000, propos recueillis par Fabrice LHOMME.

⁴⁹ Agnes TRICOIRE, « Qu'est-ce que la pornographie ? Les tribulations d'un concept mou confronté à l'art contemporain », note sous Cass. crim., 2 mars 2011, pourvoi n°10-82.250, *Légipresse* 2011, n°283, p. 305.

⁵⁰ En 2018 au colloque « Pornographie et droit » organisé par le Réseau Européen de Recherche en Droits de l'Homme (RERDH) de l'Université de Limoges ; en 2009 au colloque « Les assises du corps transformé : le genre » organisé par le Centre d'Études et de Recherches Droit et Santé (CEERDS) de l'Université de Montpellier.

⁵¹ En 2015 au colloque « Les assises du corps transformé : du corps substitué au corps augmentée », organisé par le Centre d'Études et de Recherches Droit et Santé (CEERDS) de l'Université de Montpellier ; en 2010 au 18^{ème} congrès mondial de droit médical organisé au Palais des Congrès de Zagreb – intervention en anglais ; en 2008 au 17^{ème} Congrès mondial de droit médical organisé au Palais des Congrès de Pékin – intervention en anglais.

⁵² Julie LEONHARD, « L'image patrimonialisée des acteurs pornographiques », in *Corps et Patrimoine*, Guylène NICOLAS (dir.), LEH, coll. « Les cahiers du droit de la santé », 2014, pp. 315-340 ; 4^{ème} publication jointe, page 137 et s.

⁵³ Crim., 6 juin 2012, pourvoi n°12-90.016

⁵⁴ Par ex. : Agathe LEPAGE, « QPC et article 227-23 du Code pénal », *Comm. com. électr.* sept. 2012, comm. 98 ; Michel VERON, « Définition claire et précise du caractère pornographique », *Dr. pén.* sept. 2012, comm. 118.

⁵⁵ Danièle LOCHAK, « Le Droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », in *Bonnes Mœurs*, CURAPP (Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie), PUF, 1994, p. 43. La représentation de la sexualité connaît depuis toujours des qualificatifs terminologiques divers et variés dans le langage courant. En dresser une liste exhaustive relève de l'utopie. Sont fréquemment utilisés les termes : « *moral, bien sûr, (mauvais, violent, brutal, osé, vicieux, choquant, scandaleux, provoquant, obscène, luxurieux, lubrique, lascif, impudique, indécent...), mais aussi esthétique (laid/beau), hygiénique (malpropre/propre, sale, salissant, ordurier, nauséabond, insalubre), psychiatrique (malsain, pervers,*

à croire que la pornographie est encore aujourd'hui victime de son pouvoir évocateur et qu'il existe, en forçant un peu le trait, autant de sens qui lui sont attribués que d'auteurs désireux de vanter ses mérites ou animés par la volonté de la critiquer.

Enfin, le régime des infractions relatives à la pornographie est lui aussi encore et toujours un sujet d'études d'actualité (principalement en raison du caractère mouvant de la notion, de son rejet de plus en plus affirmé par la société et des nouvelles technologies permettant la fabrication nouvelle d'images pédopornographiques) que les étudiants choisissent parfois en sujet de mémoire sous ma direction⁵⁶.

2) Le corps dénudé

Une nudité omniprésente. Les recherches réalisées sur la pornographie pénalement prohibée ont naturellement conduit à s'interroger sur le traitement pénal de la nudité, champ de recherche très voisin. Deux colloques (un dont les actes sont publiés⁵⁷, l'autre pas⁵⁸) ont notamment été l'occasion de réfléchir au sujet. Dans un vingt-et-unième siècle réputé impudique⁵⁹, les occasions de voir et/ou d'expérimenter une nudité totale ou partielle s'avèrent très abondantes. Ce « dévoilage » n'a pas toujours été admis. Le changement des mentalités, quant à ce qui pouvait être montré ou ce qui devait rester caché, s'est réalisé progressivement depuis plusieurs décennies, passant de l'acceptation manifeste de la représentation artistique du nu à la diffusion d'œuvres considérées comme érotiques pour aboutir à l'explosion de la pornographie. Le droit connaît différents régimes juridiques de la nudité : l'admission, la simple tolérance, mais aussi le maintien d'interdits. Observer le cadre juridique de la nudité et les critères contemporains qui constituent la norme d'acceptabilité des représentations du nu m'a donné l'occasion de mieux délimiter les frontières de l'interdit et du permis et de préciser le conflit traditionnel qui oppose la liberté à la prohibition. Du nu « loisir » (le naturisme), au nu « commercial » (les spectacles et la publicité), au nu « culturel » (l'art), en passant par le nu « imposé »

anormal/sain, normal), statistique (exceptionnel/courant, moyen), socio-économique (vulgaire/noble), anthropologique (bestial, contre nature/humain, naturel), politique (contestataire, provocateur/conforme à l'ordre social) », artistique, médical (perversion, addiction), culturel...

⁵⁶ V^o Natacha RICHERT (DU criminologie – promotion 2019-2020 – en cours), *La pédopornographie* ; Giovanni ZHAO (Master 2 Droit pénal – promotion 2018-2019), *La cybercriminalité à caractère pornographique*, Camille DZIERZYNSKI (Master 2 Droit privé général – promotion 2016-2017), *Cyber-harcèlement et revenge porn* ; Joy BERTHELOT (Master 2 Droit pénal – promotion 2014-2015), *La pédopornographie*. Cf. annexe 4, p. 89 et s.

⁵⁷ Julie LEONHARD, « La nudité toute nue », in *Le Sexe et la Norme*, Nathalie DEFFAINS et Bruno PY (dir.), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2011, pp. 85-138.

⁵⁸ En 2009, au colloque « Le traitement juridique du sexe » organisé par l'institut d'études de droit public (Université de Paris-Sud 11), communication intitulée « Le droit à découvert ou le traitement juridique de la nudité ».

⁵⁹ Jacques LAURENT, *Le Nu vêtu et dévêtu*, Gallimard, 1979 : « la seconde moitié du vingtième siècle [ayant] inventé un nouveau vêtement : le dévêtu ».

(l'exhibition), ou le nu « contraint » (les fouilles), ou encore le nu « médical » (les soins), sans oublier le nu « volé » (le voyeurisme et l'atteinte à la vie privée), le droit vient définir le champ de protection des individus et dessiner les contours d'une nouvelle « pudeur ».

Un ouvrage scientifique⁶⁰ m'a permis d'approfondir mes recherches, en étudiant, dans un chapitre de cet ouvrage, la nudité des personnes en situation de handicap. L'analyse juridique a conduit à constater que le droit pénal n'établit pas de différences significatives avec la nudité des personnes valides.

Entre nudité licite et exhibition sexuelle. Des interrogations sur la nudité, l'infraction d'exhibition sexuelle⁶¹ est venue naturellement compléter le champ de mes recherches du fait de ces réflexions sur la nudité. A la suite d'une intervention dans un colloque dont les actes sont encore à paraître⁶², il m'a été donnée l'occasion de réfléchir aux liens potentiels entre les interdits relatifs à la pornographie et le délit d'exhibition sexuelle. Malgré les ressemblances premières, ils présentent des différences essentielles. La pornographie n'est pas une activité sexuelle, à l'instar de l'exhibition sexuelle qui est une représentation, réelle ou simulée de la sexualité, un spectacle vivant de la sexualité et/ou des organes sexuels. La pornographie exploite la même recherche d'excitation que l'exhibition sexuelle : le corps exhibé allume l'esprit du spectateur sans aucun contact physique direct, uniquement par le truchement du regard⁶³.

Toutefois, au-delà de cette ressemblance première, les deux situations présentent des différences factuelles essentielles. D'abord, toute exhibition sexuelle est prohibée (C. pen., art. 222-32), tandis que la pornographie n'est prohibée que si elle est réalisée avec un mineur, y compris un mineur virtuel (C. pen., art. 227-23), ou que si elle est diffusée à des mineurs (C. pen., art. 227-24). Le délit d'exhibition sexuelle⁶⁴ remplace dans le nouveau Code pénal l'ancien outrage public à la pudeur⁶⁵ et a pour but « *la réparation du scandale causé par* [des

⁶⁰ Julie LEONHARD, « Les handicaps mis à nu – Regards du droit pénal sur la nudité publique des personnes handicapées », in *Des sexualités et des handicaps – Questions d'intimité*, Bruno PY (dir.), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2013, pp. 171-205.

⁶¹ C. pen., art. 222-32.

⁶² Julie LEONHARD, « La qualification juridique de la pornographie », In *Droit et pornographie*, Le Réseau Européen de Recherche en Droits de l'Homme (RERDH) (dir.), Mare & Martin, janv. 2019, à paraître.

⁶³ M.-R. Sauve, *Un sociologue chez les danseuses nues*, Forum, 2005, volume 40, n°5 : « *Seuls les yeux peuvent toucher* ».

⁶⁴ C. pén., art. 222-32 : « *L'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende* ».

⁶⁵ Ancien Code pénal, art. 330. L'infraction est apparue initialement par la loi de police correctionnelle du 18 juillet 1791 qui sanctionnait « *ceux qui seraient prévenus d'avoir attenté publiquement aux mœurs, par outrage à la pudeur des femmes, par actions déshonnêtes, par exposition ou vente d'images obscènes* ».

actes impudiques] et la protection due aux tiers qui peuvent en être témoins »⁶⁶. Trois comportements peuvent être interdits : l'exhibition d'actes ou rapports sexuels, les gestes obscènes et l'exhibition de la nudité provocante. Si les deux dernières situations semblent davantage liées à la question de la nudité, la première hypothèse dépasse la stricte nudité : tous les actes sexuels publiquement commis, réalisés à deux ou seul⁶⁷, qu'ils soient consentis ou pas⁶⁸ sont prohibés. L'analogie avec la pornographie ne fait dès lors aucun doute, d'autant que le délit d'exhibition sexuelle exige une condition de publicité, qui ressemble à la nécessaire diffusion exigée par l'article 227-24 du Code pénal. Cependant, quand le délit d'exhibition sexuelle exige la présence d'au moins une personne pour être caractérisé⁶⁹, l'infraction de diffusion de message à caractère pornographique susceptible d'être vu ou perçu par un mineur s'en dispense.

Ensuite, toute exhibition sexuelle ne présente pas de caractère pornographique puisqu'elle peut être constituée par des gestes obscènes ou par l'exhibition d'une simple nudité provocante.

Enfin, quand l'exhibition sexuelle impose la réalisation d'un acte physique (et donc la présence d'une personne), non nécessairement sexuel, la pornographie se contente de représenter un acte sexuel, y compris parfois sans personne réelle (dessins, dessins animés, etc.).

B. *Le corps touché*

Du regard au touché, il peut n'y avoir qu'un pas. Dans la majorité des hypothèses, le droit ne s'immisce pas dans cet acte qui relèvent de l'intimité des uns et des autres. En effet, en droit pénal français est consacrée la liberté sexuelle⁷⁰. Par liberté sexuelle, il faut entendre la faculté pour chacun de choisir sa sexualité et d'entretenir des relations sexuelles⁷¹. Le discernement et le consentement constituent ses deux principaux piliers⁷² et elle est assujettie à une triple restriction juridique : la gratuité, le respect du consentement d'autrui et la minorité. La liberté

⁶⁶ Cass. crim., 16 juin 1906, Bull. crim. n°257.

⁶⁷ Par ex. : le fait de se masturber devant des jeunes filles : Cass. crim., 26 mai 2004, pourvoi n°03-82.613.

⁶⁸ V. Malabat, « Infractions sexuelles », *Rép. Pén. Dalloz* 2002, n°115 : Dans l'hypothèse où le rapport sexuel est imposé à autrui, il y a concours idéal de qualification entre le viol, l'agression sexuelle ou l'atteinte sexuelle et l'exhibition sexuelle, « concours qui doit se régler au profit de la plus haute qualification pénale, à savoir celle de viol, agression sexuelle ou atteinte sexuelle sur mineur ».

⁶⁹ L'infraction n'est constituée que si l'acte est imposé à la vue d'autrui et qu'il est commis dans un lieu accessible aux regards du public.

⁷⁰ Danièle MAYER, « Le droit pénal promoteur de la liberté des mœurs », in *Bonnes Mœurs*, CURAPP (Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie), PUF, 1994, p. 55.

⁷¹ V° Jean-Pierre MARGUENAUD, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits* 2009, n°49, p. 19.

⁷² Daniel BORILLO, « Liberté érotique et "exception sexuelle" », in *La liberté sexuelle*, Daniel BORILLO et Danièle LOCHAK (dir.), PUF, 2005, p. 38 : la liberté sexuelle peut se définir comme « la capacité d'un individu à agir érotiquement sans contrainte ».

sexuelle est donc simplement à géométrie variable selon que, d'une part, l'acte est gratuit (1) ou selon, d'autre part, qu'il soit réalisé sans consentement et/ou discernement (2).

1) Le corps négocié

Vers les interdits relatifs à la prostitution. La pornographie noue des liens avec la prostitution, qui dépassent la seule étymologie du mot pornographie⁷³ : l'une semble être le miroir de l'autre⁷⁴. L'analogie⁷⁵ entre les deux repose sur la proche parenté entre « faire » et « faire voir » : la prostitution monnaie directement un acte sexuel, pendant que la pornographie vend l'image de l'acte sexuel. Les deux industries exploitent le même marché. Aussi, les interdits relatifs à la prostitution ont fait l'objet de recherches dès le début du doctorat avec d'abord une communication dans un colloque⁷⁶.

Le sujet continue encore aujourd'hui à nourrir ma recherche. La prostitution est en effet un sujet de préoccupation constant dans nos sociétés⁷⁷. L'ancienneté du commerce charnel ne traduit pas une désuétude du phénomène : la prostitution est toujours non seulement une pratique actuelle, mais également une préoccupation constante du législateur, pour ne pas dire brûlante. L'interdit récent de tout recours à la prostitution, autrement appelé la pénalisation des clients de la prostitution, inséré dans le Code pénal⁷⁸, en est un parfait manifeste. Ce nouveau délit m'a

⁷³ L'étymologie renseigne sur le sens du mot pornographie : le terme provient du Grec : « *porne* », qui désigne des prostituées, et de « *grapho* », qui signifie l'acte d'écrire ou de représenter. La pornographie serait ainsi le fait d'écrire sur la prostitution. Il ne s'agit là ni de sa signification première, ni de sa seule utilisation. Traditionnellement, le sens dominant reconnu au mot est la représentation de la sexualité.

⁷⁴ Jusque dans les années 50, la prostitution est admise et établie en France alors que la pornographie est rejetée et cantonnée au marché noir. Par la suite, alors même que les maisons closes se ferment tour à tour, conduisant la prostitution vers la clandestinité, la pornographie s'installe progressivement dans les rues et dans les cinémas. Si aujourd'hui la pornographie est corsetée par la loi (en termes de public, de lieux et d'horaires), elle existe, tandis que la prostitution devient un véritable ennemi public et que la répression des clients de prostituées est entrée dans le Code pénal avec la loi du 13 avril 2016 (Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées (1), JORF n°0088 du 14 avril 2016, texte n°1).

⁷⁵ Nicole BURON, « Pornographie – les 90 déferlantes », *Permanences*, mars-avril 1994, n°310, p. 14 : « *Entre pornographie et prostitution il y a à la fois analogie et complicité* ». Et l'auteur de conclure : « (...) *la pornographie donne à voir à son client, par le texte ou par l'image, ce que le proxénète offre en réalité au client par le corps de la personne prostituée* ».

⁷⁶ Une intervention en 2008 dans un séminaire organisé à la Faculté de lettres de Nancy : « La prostitution, une rescapée du système judiciaire français ? ».

⁷⁷ A tel point que la détermination précise des origines historiques du « plus vieux métier du monde » semble délicate, voire chimérique. V° Bruno PY, « Prostitution – Proxénétisme – Racolage », Rep. Pén. Dalloz, mars 2013, n° 4 et s. : « *Chercher les origines historiques de la prostitution est une opération quasiment impossible compte tenu de l'ancienneté rapportée de cette pratique. (...) On la signale dans tous les peuples d'Orient, déjà trois mille ans avant notre ère* ».

⁷⁸ C. pén., art. 611-1 al. 1 : « *Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe* ».

donné l'occasion d'intervenir dans plusieurs colloques⁷⁹ et constitue le sujet de l'article proposé et retenu dans les *Mélanges* en l'honneur du Professeur Jean-François SEUVIC réalisés et publiés en 2018⁸⁰. La question de l'interdiction ou non de la prostitution n'est pas nouvelle. Face au phénomène prostitutionnel, trois types de réponses juridiques sont possibles : la prohibition (la répression de la prostitution), la réglementation (l'encadrement et l'organisation de la prostitution) ou l'abolition (absence d'organisation juridique). A la fermeture des maisons closes en 1946, le Droit pénal français n'a choisi ni de prohiber directement la prostitution ni de la réglementer (système abolitionniste), mais d'interdire de nombreux comportements périphériques⁸¹. Cette position du législateur, reflet d'une certaine ironie, apparaît comme « *la marque d'une politique prohibitionniste qui ne dit pas son nom* »⁸².

La nouvelle contravention légale interroge d'abord sur ses éléments constitutifs puisqu'elle fait référence à deux notions non définies : la prostitution et les relations de nature sexuelle. S'il est possible d'écarter un temps l'obstacle pour la prostitution en se référant à sa définition prétorienne⁸³, la gêne demeure avec les relations de nature sexuelle⁸⁴ : que faut-il comprendre ? Si un coït répond assurément à la notion, qu'en est-il des simples caresses sur les organes sexuels ? Des caresses sur les zones érogènes ? Et même du simple échange de baiser ?

C'est ensuite la *ratio legis* de l'infraction qui questionne : pourquoi avoir voulu généraliser l'interdiction de recourir à la prostitution⁸⁵ ? Sous couvert d'un protectionnisme nécessaire des personnes contraintes à la prostitution, la loi du 13 avril 2016 pourrait viser à réintroduire de la

⁷⁹ En 2018 au colloque « Deux ans après, quelles applications pour la loi du 13 avril 2016 sur la pénalisation des clients de la prostitution ? » organisé par l'Institut François GénY (Université de Lorraine), le Centre de droit pénal (Université Jean Moulin) et le Centre droits et perspectives du Droit (Université de Lille2) ; en 2016 au colloque « Handicap et prostitution : entre prostitution et accompagnement » organisé par l'Institut François GénY de l'Université de Lorraine.

⁸⁰ Julie LEONHARD, « La pénalisation des clients de la prostitution : une infraction discutée ou un mal discutable ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François SEUVIC – Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains*, Bruno PY et Frédéric STASIAK (dir.), PUN, 2018, pp. 299-314 ; 1^{ère} publication jointe, page 101 et s.

⁸¹ Notamment le proxénétisme et le racolage.

⁸² Raphaële PARIZOT, « La prostitution, infraction sans texte », RSC 2016, p. 373.

⁸³ Cass. crim. 27 mars 1996, n° 95-82.016 : « *la prostitution consiste, à se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui* ».

⁸⁴ Julie LEONHARD, *Etude sur la pornographie pénalement prohibée*, Thèse dactylographiée, Nancy, 2011.

⁸⁵ La prohibition du recours à la prostitution n'est, elle aussi, pas nouvelle. En effet, depuis la loi n°220-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (JORF du 5 mars 2002, p. 4161) sont pénalement punissables les clients de mineurs prostitués. Puis, avec la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure (JORF n°66 du 19 mars 2003, p. 4761), l'interdit du recours à la prostitution de mineurs est étendu à la prostitution des personnes « *d'une particulière vulnérabilité due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse* » (225-12-1). Ce délit, puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende est susceptible de circonstances aggravantes. Notons que la loi du 13 avril 2016 a remplacé l'expression « *déficience physique ou psychique* » par la notion plus explicite, mais tout aussi sensible, de « *handicap* ». Et dans les deux hypothèses, tout comme dans le nouvel interdit de recours général à la prostitution, la personne prostituée est la victime de l'infraction et ce sont bien les potentiels clients qui sont les auteurs punissables.

morale en Droit. En effet, il ne peut être avancé qu'il s'agit uniquement de renforcer l'arsenal répressif en matière de prostitution forcée, puisque celle-ci peut déjà faire l'objet de poursuites pénales et faire encourir une peine bien plus sévère qu'une contravention de la 5^{ème} classe⁸⁶. La loi du 13 avril 2016 semble donc bien interdire le sexe contre de l'argent car il serait moralement gênant, voire intolérable. Et il est donc, dans cette logique, tout aussi « moral » de ne plus condamner la personne prostituée (considérée comme la victime), mais le client (le pervers).

Faisant suite à la loi du 13 avril 2016, est paru le 2 mars 2017 le décret approuvant le référentiel national des risques en direction des personnes prostituées et complétant le code de la santé publique⁸⁷. Le ministre des affaires sociales et de la santé propose des modalités d'intervention auprès des personnes prostituées reposant sur un bilan de la situation sanitaire et sociale des personnes prostituées. Très attendu, ce référentiel a été l'occasion de publier un commentaire de texte⁸⁸, reprochant principalement au texte la systématisation de la santé défaillante, physique ou psychique, des personnes se livrant à de la prostitution, malgré une démarche opportune et des objectifs louables.

De la prostitution à l'assistance sexuelle. Bien que l'analyse juridique conduise à constater que le droit pénal n'établit pas de différences significatives avec la nudité des personnes valides, est né un intérêt particulier pour la question du handicap et de la sexualité en droit et c'est tout naturellement que j'ai accepté d'intervenir en 2017 sur la reconnaissance d'un statut d'assistance sexuel⁸⁹ et d'écrire sur le sujet dans une revue⁹⁰. L'idée même d'un statut d'assistant sexuel flirte dangereusement avec l'acte prostitutionnel, à tel point que les dissocier relève de l'impossible ou presque, et j'ai pu alors approfondir mes réflexions sur la prostitution.

⁸⁶ C. pén., art. 225-4-1 ; la traite des êtres humains fait encourir une peine de 7 ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

⁸⁷ Décret n°2017-281 du 2 mars 2017 approuvant le référentiel national des risques en direction des personnes prostituées et complétant le code de la santé publique JORF n°0055 du 5 mars 2017, texte n°12.

⁸⁸ Julie LEONHARD « Un référentiel pour la réduction des risques liés à la prostitution : entre protection et morale », RDS 2017, n°77, pp. 443-446.

⁸⁹ En 2017 au colloque « Sexualité, autonomie et handicaps : freins et perspectives » organisé par le Centre droits et perspectives du Droit (Université Lille 2).

⁹⁰ « Sexualité et intimité des usagers – Le regard de l'enseignant-chercheur en droit », JA 2015, n°530, p. 42.

2) Le corps abusé

Le choix des mots. Le Droit pénal est dominé par le principe de légalité criminelle, hérité du siècle des Lumières⁹¹, principalement de la pensée de Montesquieu⁹² et de Beccaria⁹³. Considérée comme la clef de voûte et la pierre angulaire du Droit pénal, la légalité criminelle « est érigée en “garde flou” du droit répressif »⁹⁴. Le législateur tient en effet de l'article 34 de la Constitution⁹⁵ l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis. Le principe de légalité peut-il être respecté en présence d'un tel emballement législatif ? La multiplication des contrôles constitutionnels sur ces lois nouvelles semble d'ailleurs attester de leur maigre qualité rédactionnelle parfois⁹⁶. Il est possible également de déplorer une absence de cohérence dans les mots usités pour légiférer sur les prohibitions en matière sexuelle. En présence de cette législation conséquente, parfois désordonnée, relative aux infractions sexuelles, il m'a semblé opportun, en collaboration avec le Professeur Audrey DARSONVILLE, de réfléchir sur la loi pénale et le sexe, à l'occasion d'un colloque réalisé au sein de la faculté de droit de l'Université de Lille 2, le 15 novembre 2013. Cette journée d'études a donné lieu à la publication des actes⁹⁷. A cette occasion, c'est surtout le délit de harcèlement sexuel qui a concentré mon attention, du fait de la loi du 6 août 2012⁹⁸ qui a réécrit l'infraction⁹⁹ suite à l'abrogation du texte jusqu'alors en vigueur par le Conseil constitutionnel¹⁰⁰. La nouvelle rédaction de l'article laisse à penser que le législateur se fourvoie, puisque la dimension sexuelle des actes est relayée au second

⁹¹ André GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français », *RSC* 2007, p. 509 : « Aux origines du principe de la légalité criminelle, les pénalistes français ne manquent jamais de situer les écrits de Montesquieu, dont ils en font l'inventeur, et de Cesare Beccaria, qui en dégageant sa portée première a jeté les fondements du Droit pénal classique ».

⁹² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, (1748), Gallimard, « Bibliothèque de la pléiade », 1951.

⁹³ Cesare BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, (1765), Flammarion, 1991 pour la préface de Robert Badinter.

⁹⁴ Michaël PLANÇON, *Le flou en droit criminel*, Thèse dactylographiée, Nancy, 2004, n°118.

⁹⁵ Ainsi que du principe de légalité des délits et des peines, qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ».

⁹⁶ A titre d'illustration de ce contrôle constitutionnel de la légalité, on peut citer la décision n°2011-163 du 16 septembre 2011 sur les délits et crimes incestueux, la décision n° 2011-222 QPC du 17 février 2012 sur le délit d'atteintes sexuelles incestueuses, la décision n°2012-240 QPC du 4 mai 2012 sur le délit de harcèlement sexuel, la décision n°2014-448 QPC du 6 février 2015 sur la définition de l'agression sexuelle commise avec une contrainte morale, ou encore la décision n°2018-761 du 1^{er} février 2019 sur la pénalisation des clients de personne se livrant à de la prostitution

⁹⁷ Audrey DARSONVILLE et Julie LEONHARD (dir.), *La loi pénale & le Sexe*, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2015.

⁹⁸ Loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel (1), JO 7 août 2012, p. 12921.

⁹⁹ Au même article 222-33 du Code pénal.

¹⁰⁰ Cons. Constit., décision n°2012-240 du 4 mai 2012.

plan¹⁰¹ : le nouvel objectif que doit poursuivre l'auteur du harcèlement sexuel n'est plus l'obtention de faveurs sexuelles, mais la volonté de porter atteinte à l'intégrité morale d'autrui grâce à des propos ou comportement « à connotation sexuelle ». Il est étonnant, voire contestable, que le législateur ne vise plus expressément l'objectif (obtenir une satisfaction sexuelle, quelle qu'elle soit) que poursuit normalement un auteur de harcèlement sexuel¹⁰². De plus, les similitudes avec les deux délits de harcèlement moral du Code pénal¹⁰³ sont telles qu'elles paraissent modifier la valeur sociale protégée¹⁰⁴, et, par voie de conséquence, qu'elles interrogent sur le maintien de l'infraction dans une section relative aux infractions sexuelles¹⁰⁵. Enfin, l'article 222-33 II du Code pénal prévoit une incrimination assimilée au harcèlement sexuel¹⁰⁶ et plusieurs marqueurs permettent d'affirmer que le législateur conserve ainsi, en partie, l'ancien délit de harcèlement sexuel¹⁰⁷, tenant alors quelque peu tête au Conseil constitutionnel, bien qu'il se cache derrière la méthode de l'assimilation.

Le choix des mots et la minorité. Par la suite, il m'est apparu nécessaire de confronter le problème à la délicate question des mineurs en matière d'infractions sexuelles (qu'ils soient auteurs ou victimes). Lorsque la victime d'une infraction sexuelle est un mineur, le « *surinvestissement législatif* »¹⁰⁸ paraît plus évident encore. Si cette démarche répressive ne

¹⁰¹ Emmanuel DREYER, « Que veut-on protéger au titre du harcèlement sexuel ? », JCP G n°41, oc. 2012, p. 1057 : « elle [ne] relève [plus que] de l'ordre des moyens et non des fins ».

¹⁰² Philippe CONTE, « *Invenias disjecti membra criminis* : lecture critique de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », Droit pen. n°11, nov. 2012, étude 24 : « Sans doute ne l'exclut-il pas, et il est évident que, dans les faits, il s'appliquera souvent à de telles situations : l'atteinte à la dignité, la création de la situation agressive ou offensante auront été le moyen pour l'auteur de poursuivre ce but. Mais la lettre de la loi ne l'exige pas et n'en fait donc qu'un mobile possible, parmi d'autres, comme de règle indifférent ».

¹⁰³ C. pén., art. 222-33-2 et art. 222-33-2-1.

¹⁰⁴ Comme le disait le doyen CARBONNIER (Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2^e éd. 2004, p. 398.), « toute loi pénale a deux bras [et normalement seulement deux bras] : un interdit et une menace contre ceux qui le violeraient, l'incrimination et la pénalité »¹⁰⁴. Mais, rien ne garantit mieux les valeurs que reconnaît une société que la manière dont elle les protège et les impose par son système législatif. C'est l'effet symbolique de la loi pénale (à ne pas confondre avec son effet instrumental : la répression), qui traduit l'identification de certaines valeurs protégées par le Droit pénal.

¹⁰⁵ Partie législative, Livre II « Des crimes et délits contre les personnes », Titre II « Des atteintes à la personne humaine », Chapitre II « Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique », Section 3 « Des agressions sexuelles ». V° Agathe LEPAGE, « A propos de l'abrogation de l'article 222-33 du Code pénal », JCP G n°23, juin 2012, 662.

¹⁰⁶ C. pén., art. 222-33 II : « Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers ».

¹⁰⁷ Il s'agit notamment du fait que l'assimilation repose sur un fait unique qui consiste en toute forme de pression grave en vue d'obtenir un acte de nature sexuelle, là où l'ancien délit supposait un fait unique dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles. V° en ce sens : Jean-Yves MARECHAL, « Harcèlement sexuel : nouvelle définition et nouvelles malfaçons », JCP G n°37, sept. 2012, p. 953 : « La notion de « pressions graves », seule précision, toute relative, apportée quant à la nature de l'acte réprimé, renvoie à celle de contrainte et était déjà utilisée dans la définition du délit antérieure à la loi du 17 janvier 2002 ».

¹⁰⁸ Audrey DARSONVILLE, « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », E. A. Pédone, 2012/1, n°34, pp. 31-43.

peut qu'être saluée, la frénésie des lois pénales interroge quant à sa raison d'être profonde et quant à ses conséquences sur la qualité des lois votées. Le principe de légalité¹⁰⁹ peut-il être respecté en présence d'un tel emballement législatif ? La multiplication des contrôles constitutionnels sur ces lois nouvelles semble attester parfois de leur maigre qualité rédactionnelle¹¹⁰. Il est possible également de déplorer une absence d'harmonie dans les mots utilisés pour légiférer en matière sexuelle, surtout lorsque la minorité est au cœur des interdits. Un nouveau colloque a donc été organisé avec le soutien de l'IFG le 29 juin 2018 dont les actes sont publiés¹¹¹. Si cette journée a permis de réfléchir sur les notions de consentement et de discernement du mineur, elle a surtout mis l'accent sur l'existence d'une sexualité autorisée pour le mineur. En effet, le mineur peut avoir une vie sexuelle. La liberté sexuelle ne se limite pas aux seuls majeurs et le mineur peut choisir d'avoir certaines relations sexuelles. Si pour tous, le respect du consentement d'autrui s'impose, le mineur de 15 ans ne peut pas entretenir de relations sexuelles avec un majeur sans que ce dernier n'engage sa responsabilité pénale¹¹². Pour le mineur de 15 à 18 ans, seuls quelques majeurs peuvent être punis : un ascendant, toute autre personne ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait, ou une personne qui abuserait de l'autorité que lui confèrent ses fonctions¹¹³. En dehors de ces hypothèses et des interdits spécifiques¹¹⁴, et malgré les réprobations d'une partie de la société, le droit ne s'immisce pas dans les choix sexuels du mineur, y compris lorsqu'il nourrit une relation sexuelle avec un majeur.

La genèse de la manifestation de 2018 tient à des interrogations formulées par des acteurs locaux qui participent à la prise en charge de mineurs dans les services de l'état, semblant imaginer un droit ubiquiste s'agissant du mineur et de la (sa) sexualité. Pourtant, puisque le mineur peut réaliser un acte sexuel sans être ni auteur ni victime d'une infraction sexuelle, il incombe que les professionnels travaillant avec les mineurs soient mieux formés aux frontières du permis et des interdits. Non seulement la sexualité du mineur ne doit pas nécessairement

¹⁰⁹ C. pen., art. 111-2 et -3.

¹¹⁰ V° CC, décision n°2011-163 QPC du 16 septembre 2011 sur les délits et crimes incestueux ; CC décision n° 2011-222 QPC du 17 février 2012 sur le délit d'atteintes sexuelles incestueuses ; CC, décision n°2012-240 QPC du 4 mai 2012 sur le délit de harcèlement sexuel, CC, décision n°2014-448 QPC du 6 février 2015 sur la définition de l'agression sexuelle commise avec une contrainte morale ; CC, décision n°2018-761 du 1^{er} février 2019 sur la pénalisation des clients de personne se livrant à de la prostitution.

¹¹¹ Julie LEONHARD et Valérie OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », novembre 2019.

¹¹² Cf. *supra*.

¹¹³ C. pen., art. 227-27.

¹¹⁴ Si la victime est un mineur, il est encore possible d'ajouter des interdits spécifiques, tels que la corruption de mineurs (C. pen., art. 222-22), la proposition sexuelle faite *via* un moyen de communication électronique (227-22-1), les interdits relatifs à la pornographie (C. pen., art. 227-23 et 227-24), la soumission à un mutilation sexuelle (227-24-1) ou l'atteinte sexuelle (227-25).

être perçue comme malsaine¹¹⁵, mais il est urgent également d'admettre que le droit n'a pas vocation à distinguer ce qui est bien ou mal. A vouloir protéger le mineur à tout prix de toute sexualité, on oublie trop vite que la loi ne leur interdit pas toute relation sexuelle, y compris avec un majeur, et que le droit n'est donc pas omniprésent en la matière. A titres d'illustrations, deux mineurs peuvent donc librement s'embrasser, un mineur peut faire connaître ses préférences sexuelles, ou encore un mineur âgé de 16 ans peut avoir une relation sexuelle avec un majeur, sans que ces faits n'aient à être portés à la connaissance d'un juge.

Des mots aux maux. La production florissante de normes pénales en matière de sexe ne doit pas faire oublier quels sont les grands maux qui concentrent l'attention du législateur contemporain et qui reflètent son attachement pour la protection, par la loi pénale, de certaines valeurs sociales protégées. Aussi, mes activités de recherche se sont également orientées vers le régime juridique des infractions sexuelles. Ont ainsi été réalisés deux commentaires d'un arrêt¹¹⁶, deux publications dites de vulgarisation¹¹⁷ et j'ai dirigé 5 mémoires (Master 2 – Master 1 – DU) sur la thématique et l'un est en cours de réalisation¹¹⁸. Ces travaux de recherche permettent de confronter les régimes juridiques des infractions sexuelles aux principes directeurs du droit pénal. Il s'agit également de pouvoir étudier les éventuelles discussions jurisprudentielles sur des points litigieux à l'instar du contentieux existant sur la possibilité ou non de retenir la circonstance aggravante d'abus d'autorité lorsqu'un viol est commis par un professionnel de santé sur une patiente.

Un focus sur les notions de vérités et de mensonges lorsqu'il est question de violences sexuelles a été réalisé lors d'un colloque en octobre 2016 sur les violences sexuelles (dont les actes sont

¹¹⁵ Ce n'est parfois qu'une conception personnelle. Ajoutons que le majeur regarde (trop) souvent la sexualité du mineur avec ses yeux d'adulte initié à la sexualité et non plus avec l'innocence de la plupart des mineurs, parfois pourtant suffisante pour les protéger. L'illusion d'optique appelée « Le message d'amour des dauphins » en constitue un parfait exemple : très souvent, un majeur voit un couple enlacé (les mains d'un homme posées sur les seins d'une femme), alors qu'un mineur ne discerne que des dauphins (Cette illusion d'optique a été créée et publiée par le site « Impossible World » ; https://im-possible.info/english/art/delprete/delprete_o1.html).

¹¹⁶ Julie LEONHARD, « Du toucher pelvien à l'agression sexuelle », comm. de Cass. Crim., 18 oct. 2017, n°16-85.186, AJ pen. janv. 2018, p. 39 ; « Julie LEONHARD, « Du toucher vaginal au toucher trivial », comm. de Cass. Crim., 18 oct. 2017, n°16-85.186, RDS 2017, n°77, pp. 443-446.

¹¹⁷ Participation au blog La club des juristes le 8 févr. 2018, « 3 questions à Julie LEONHARD sur la plainte pour viol contre Gérard Darmanin » ; interview pour l'article « Si je baise dans la rue, je risque quoi légalement » par Renée CREUSARD, le 26 avril 2010, Rue 89.

¹¹⁸ Manon CRAUCK (DU Criminologie – promotion 2019-2020), Les violences sexuelles entre mineurs ; Marilou CHOLEY (Master 2 Droit privé général – promotion 2018-2019), *Le consentement du mineur victime d'infractions sexuelles* (en cours) ; Louise BEAUDOUX (Master 2 Droit pénal – promotion 2017-2018), *Les violences sexuelles sur mineurs* ; Ondine PARIS (Master 2 Droit pénal – promotion 2017-2018), *Les professionnels de santé auteurs d'infractions sexuelles* ; Julie ULRICH (Master 1 Droit pénal – promotion 2017-2018), *L'évolution du droit pénal au regard des mœurs sexuelles* ; Sophie BEDEL-BAUMONT (DIU Droit médical), *Le constat de viol aux urgences* ; Damien THOUVENEL (Master 2 Droit pénal – promotion 2015-2016), *Les infractions relatives à la pudeur* ; cf. annexe 4, p 89 et s.

publiés)¹¹⁹. Entendue comme une « *connaissance reconnue comme juste, comme conforme à son objet et possédant à ce titre une valeur absolue, ultime* »¹²⁰, la vérité se trouve au cœur de l'enquête judiciaire, du procès pénal, et parfois même de l'exécution des peines. Véritable manifeste, le célèbre serment judiciaire¹²¹ - « *dire la vérité, toute la vérité, rien que la vérité* » - atteste l'ambition de la Justice pénale de découvrir, si ce n'est la vérité (véritable graal absolu), une vérité relativement objective (clef de voute des décisions). La recherche de la vérité en matière pénale intéresse dès lors tous les acteurs (police, gendarmerie, Justice) et toutes les personnes impliquées (suspect, gardé à vue, mis en examen, témoin assisté, victime). Il est rapidement constaté qu'il existe non pas une mais des vérités (scientifiques et judiciaires) et qu'il est nécessaire d'en déterminer les modalités, de préciser les temps de vérités (avant, pendant et après un procès pénal) et de souligner leur caractère déterminant, mais aussi les conséquences du potentiel mensonge. Lorsqu'il est question d'infraction sexuelle, cette quête de la vérité s'avère particulièrement ardue, tant la matière est empreinte de représentations, de controverses et d'incertitudes.

Des maux aux représentations du droit et à l'opportunité du droit pénal. De ces recherches sur la légistique et le régime juridique des infractions sexuelles sont nées deux problématiques distinctes. D'une part, j'ai souhaité approfondir la question des représentations du droit en matière de sexualité. Aussi, non seulement j'ai organisé le colloque du 29 juin dernier évoqué ci-dessus, mais j'ai également accepté une communication dans un colloque organisé par le CRIAVS Lorraine et la Faculté de lettres sur l'inceste en mai 2017. Il est en effet remarquable que s'agissant du mineur et de la (sa) sexualité ou de l'inceste un premier niveau de représentation consiste à imaginer un droit omniprésent. Cette vision du droit ne pourrait-elle pas s'analyser comme une forme « d'obsession du droit », telle qu'elle a pu être décrite en psychologie du droit¹²² ? Intervient alors une autre représentation du droit, ou plutôt du non¹²³ droit. L'objectif de ces recherches consiste à souligner la réalité de systèmes normatifs (Droit, Morale, Éthique, religions) et l'implication de disciplines diverses (psychologie, santé,

¹¹⁹ Julie LEONHARD et Valérie OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », novembre 2019 : les actes du colloque des 21-22 octobre 2016 sur les violences sexuelles et les actes du colloque du 29 juin 2018 sont réunis dans un seul et même ouvrage, tant leurs sujets sont proches.

¹²⁰ Trésor informatisé de la langue française (TILF), V° VERITE. Le mensonge est alors l'inverse de la vérité.

¹²¹ Bruno LEMESLE, « Le serment promis. Le serment judiciaire à partir de quelques documents angevins des XI^e et XII^e siècles », *Crime, Histoire & Société*, 2002, vol. 6, n°2, pp. 5-28.

¹²² Jean-Pierre RELMY, « La psychologie juridique ou l'avènement d'une nouvelle discipline », in *La psychologie et le droit : quels liens ?*, Actes du colloque de la Société Française de Psychologie Juridique, *Psycho-Droit Revue internationale de psychologie juridique*, n° 1, 2016, p. 33.

¹²³ Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 27.

sociologie, etc.) afin de mieux délimiter les champs du permis, de l'interdit et du souhaitable mais également de comprendre comment ils s'interpénètrent.

D'autre part, l'opportunité du droit pénal est récemment venue nourrir mes réflexions, le législateur semblant opter pour une sur-prohibition de plus en plus grande. Une première sollicitation pour un article court et de vulgarisation au blog *Le club des juristes* le 24 mai 2018 (portant sur « le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles : quel avenir pour l'article 2 ») a suscité l'envie de développer ce champ de recherche. Aussi, j'ai répondu à un appel d'offre pour la publication d'un ouvrage, *L'enfant et le sexe*, lancée par le Centre de Recherche sur les Relations entre le Risque et le Droit (C3RD) et la Chaire de recherche « Droits et intérêt supérieur de l'enfant » (Chaire DISE), avec l'appui de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille, en proposant un article, retenu, portant sur « Mineur et sexualité : de la profusion des lois à la confusion du droit ». La loi pénale ne paraît pas systématiquement être le système normatif à interpellier et à modifier en matière de sexualité des mineurs et il serait temps de « nettoyer » le droit pénal positif pour ne retenir que les seules lois nécessaires en la matière.

L'émergence d'un questionnement juridique sur la place de la morale en droit pénal. L'étude des interdits en matière sexuelle ont vite donné logiquement naissance à un nouveau champ de recherches : la place de la morale en droit pénal et spécifiquement dans les infractions sexuelles. La société est régulée par le Droit et par la Morale¹²⁴, qui visent tous deux une bonne coexistence des individus¹²⁵. La Morale se présente comme une « science qui a pour objet les règles de la conduite et les fins de l'action humaine »¹²⁶ et se définit comme un ensemble de principes, de jugements et de conduites qui s'impose à la conscience individuelle ou collective. Ce dessein, en partie commun à celui du droit, n'empêche pas de relever des différences notables avec ce dernier. La distinction la plus classique faite entre les deux systèmes de normes se situe au plan de leurs fonctions respectives, car ils ne poursuivent pas les mêmes objectifs : le Droit vise le Juste, la Morale, le Bien. La Morale désigne la réalisation d'un ordre individuel, alors que la règle de droit vise la réalisation d'un ordre collectif ¹²⁷. La Morale a longtemps

¹²⁴ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. « Champs essais », 1996, p. 114 : « le Droit n'est pas le seul à régler, rythmer la vie de la société, à imposer aux hommes en société une certaine unité de conduite. L'individu est enserré dans plusieurs [autres] réseaux de normes »

¹²⁵ Droit et Morale présentent une proximité apparente, tant sur le contenu que dans la forme sur certains points. V° Louis FAVOREUX, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz 2000, n°2 ; François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz 2000, n°10 et s. ; Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, coll. « Léviathan », 1996, n° 27-28.

¹²⁶ TILF, V° MORALE.

¹²⁷ Denis PERIER-DAVILLE, « Les atteintes contre les mœurs dans le futur Code pénal », *Gaz. Pal.* 1992, p. 445 ; Nicolas TENZER, *Philosophie politique*, PUF, 2^e éd. 1998, p. 369 : « A la morale revient le soin de régler les

influencé le Droit en matière de sexualité¹²⁸, jusqu'à ce que leurs divergences les séparent définitivement¹²⁹. Ils ne couvrent plus désormais exactement les mêmes domaines : tout ce qui est permis n'est pas nécessairement moral et tout ce qui est amoral n'est pas nécessairement illégal¹³⁰. Sur la place de la morale dans les infractions sexuelles, je suis d'abord intervenue dans un colloque¹³¹, et j'ai ensuite pu affiner mes réflexions dans un article dans un ouvrage scientifique¹³². Mes activités de recherche ont démontré que la morale n'a pas complètement disparu de la lettre de la loi et même qu'elle tend à se développer de plus en plus dans le domaine des infractions sexuelles¹³³. En complément de l'exemple déjà évoqué de la pénalisation des clients de la prostitution insérée à l'article 611-1 al. 1 du code pénal, une autre illustration peut être donnée. En effet, l'article 227-23 du Code pénal qui vise une image pornographique

questions de conscience individuelle. A la loi pénale incombe la mission d'interdire les comportements dangereux (...) »

¹²⁸ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 116 : « *Les appréciations morales variaient naturellement d'une conscience de juge à un autre, et objectivement elles pouvaient être influencées par le climat du moment* ».

¹²⁹ Aujourd'hui officiellement abandonnée, la notion de bonnes mœurs a été reconnue comme une véritable percée de la Morale dans le Droit. La seule référence à l'étymologie du mot « morale » – *moralis*, relatif aux mœurs – le démontre. L'Histoire confirme que la Morale et les bonnes mœurs formaient un couple solide. Dans le Droit canon, les bonnes mœurs sont celles-là seules qui sont conformes à la Morale. Cette conception d'un rapport étroit entre la Morale et le Droit n'était pas transposable dans les sociétés modernes, laïcisées et pluralistes. De fait, l'un des traits les plus caractéristiques de la codification du début du XIX^e siècle réside dans la séparation du Droit d'avec la Morale, « *particulièrement dans le domaine des actes contraires aux mœurs, (...) en réaction avec la législation des siècles précédents (...)* » (François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », in *Bonnes Mœurs*, CURAPP (Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie), PUF, 1994, p. 110).

¹³⁰ A titre d'exemple, les désaccords sur la valeur à reconnaître à la pornographie¹³⁰, réalisée entre majeurs et à destination des seuls majeurs, semblent traduire qu'elle n'est pas toujours considérée comme morale alors qu'elle est assurément légale. Il est un consensus selon lequel le terme de « pornographie » souffre d'une connotation plutôt péjorative. Les opposants et les critiques incisives se comptent en plus grand nombre. Beaucoup d'auteurs considèrent que la pornographie serait un spectacle dégradant et en font l'un des boucs émissaires de tous les maux contemporains : Jacques HENNO, *Les enfants face aux écrans – Pornographe, la vraie violence*, éd. Télémaque, 2004 ; Philippe BRETON, *Le culte de l'Internet – Une menace pour le lien social ?*, La découverte, 2002 ; Laurent GUYENOT, *Le livre noir de l'industrie rose – De la pornographie à la criminalité sexuelle*, Imago, 2000 ; Guy HENAUT, *L'école du viol, porno-addiction et crimes sexuels*, éd. Exergue, 1997 ; Désiré DUTONNERRE, *La marrée noire de la pornographie – un fléau aux origines et aux conséquences mal connues*, éd. de Chiré, 1992 ; Micheline CARRIER, *La pornographie : base idéologique de l'oppression des femmes*, Publications Apostrophes, 1983 ; Laure LEDERER, *L'envers de la nuit – Les femmes contre la pornographie*, éd. Remue-ménage, 1983.

¹³¹ En 2016 au colloque « Droits de l'homme et sexualités » organisé par l'Institut François Gény (Université de Lorraine) et l'INSERM, équipe « genre, Sexualité et Santé » (CESP-U1018).

¹³² Julie LEONHARD, « Les infractions sexuelles et la morale : de l'amour à la haine », in *Sexualités, Droit, Société : vers la notion de droits sexuels*, Alain GIAMI et Bruno PY (dir.), éd. Archives contemporaines, 2019, pp. 299-314.

¹³³ V^o Coralie COURTAIGNE-DESLANDES, « A la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », droit pen. n^o2, février 2013, étude 5. En sus du nouvel interdit de l'article 611-1 du Code pénal, pour en être convaincu, il suffit d'étudier les infractions relatives à la pornographie (C. pén., art. 227-23 et 227-24), la corruption de mineurs (C. pén., art. 227-22) et la diffusion de messages contraires à la décence (C. pén., art. R.624-2) ; ou encore de se rappeler la tentative de réintroduction de l'inceste dans le Code pénal en février 2010, avortée en septembre 2011.

représentant un mineur de 18 ans, réel ou virtuel¹³⁴. L'interdit d'une image pédopornographique virtuelle interroge quant à la valeur sociale du délit : est-ce toujours la protection de l'image du mineur qui est au cœur de l'interdit lorsque celui-ci est purement fictif ? Ne serait-ce pas plutôt parce que la société refuse de voir la sexualité d'un mineur, y compris d'un mineur imaginaire ? Il semble qu'il s'agisse plus d'une forme de morale publique.

II. L'intégrité corporelle

Le corps et le soin : vers l'intégrité corporelle. Dès le début de mon doctorat, en parallèle du travail de thèse, le droit de la santé, et en particulier le respect de l'intégrité corporelle du malade, est venu accroître le champ de mes activités de recherche et continue encore à nourrir ma réflexion. Le champ des recherches autour du malade et de l'instrumentalisation du corps humain converge vers une même notion, celle de l'intégrité corporelle de l'être humain, majeur ou mineur. Il s'agit ici d'aborder la notion d'intégrité corporelle dans un sens nouveau, distinct des considérations traditionnelles menées en droit pénal sur les violences volontaires ou involontaires¹³⁵. Aussi, il est proposé de réunir ces activités de recherche afin de présenter les contours de cette conception nouvelle de l'intégrité corporelle et d'en définir le contenu. L'originalité du travail effectué repose sur le fait que dès le début des recherches, j'ai souhaité étendre l'examen au-delà des seules interrogations relatives au soin (A) au corps considéré parfois comme un réel instrument juridique (B). Il est à noter immédiatement que les violences, volontaires ou involontaires, devront être envisagées comme sujet d'études dans les années à venir afin de compléter cet axe de réflexion portant sur l'intégrité corporelle.

La prise en charge médicale des délinquants sexuels : un lien avec le soin. Les sujets d'étude que sont l'intégrité sexuelle et l'intégrité corporelle non seulement se rejoignent par des préoccupations communes, mais peuvent même parfois être conjuguées. La prise en charge médicale des délinquants sexuels en est un parfait manifeste. Après avoir participé à la note de synthèse commandée par la Haute Autorité de Santé portant sur « *Le cadre juridique de la prise en charge des auteurs d'infractions sexuelles* » en 2008, il m'est apparu que la question du soin proposé aux délinquants sexuels constitue une vraie difficulté juridique et pratique. Non seulement l'existence ou non d'inhibiteurs de libido ayant obtenu une autorisation de mise sur le marché (AMM) interroge, mais il en est de même avec la question du consentement des

¹³⁴ Et la loi pénale pose, en plus, une présomption générale de minorité. C. pén., art. 227-23 *in fine* : « *Les dispositions du présent article sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image* ».

¹³⁵ C'est pourquoi l'expression « intégrité corporelle » est préférée en l'espèce à celles d'« intégrité physique » et d'« intégrité psychique ».

détenus condamnés à un suivi-socio judiciaire avec injonction de soin. Aussi, après avoir traité de ces deux sources de questionnements dans un colloque organisé par la MSH Lorraine en 2005¹³⁶, puis dans un colloque organisé par le laboratoire de la Faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy en 2008¹³⁷, je suis également intervenue sur le sujet, en anglais, dans un colloque international organisé à Zagreb (Croatie) en 2010¹³⁸. Encore aujourd'hui, le sujet demeure une préoccupation qui mérite que je m'y attarde davantage dans les années à venir.

A. *Le corps malade*

La loi du 4 mars 2002¹³⁹ a mis un terme au traditionnel paternalisme qui a longtemps guidé la réalisation d'un acte médical¹⁴⁰. Les pratiques ont changé et le législateur en a pris acte. Les droits des patients sont nés et le patient est devenu un acteur de sa santé. Les professionnels de santé doivent alors s'adapter à leurs nouvelles obligations : informer¹⁴¹, obtenir le consentement libre et éclairé du patient¹⁴², respecter le secret professionnel¹⁴³, etc. Se soustraire à une obligation est susceptible d'engager une ou plusieurs responsabilité(s) juridique(s), il est donc essentiel de pouvoir confronter les règles aux pratiques. Il semble ainsi impératif que les recherches s'orientent dans un premier temps sur le corps concernés par les soins (les professionnels de santé, les malades et les tiers) (1), puis dans un second temps de réfléchir aux soins effectués (2).

1) Les corps impliqués

Le corps des professionnels de santé. Le terme « corps » peut ici aussi bien renvoyer à l'implication physique des soignants dans la réalisation d'un acte de soin qu'à l'idée de corporation. En effet la majorité des professions de santé sont organisées de manière ordinaire, ce qui influe nécessairement sur les permissions d'exercer prévues par la loi. Aussi, mes

¹³⁶ « Médicament, sexualité et droit », colloque « Santé et sexualité », organisé le 16 novembre 2012 par la MSH Lorraine, Axe 5 « Santé, qualité de vie et handicap ».

¹³⁷ « Une recherche biomédicale : les inhibiteurs de libido », colloque « Les 20 ans de la loi Huriet-Sérusclat », organisé les 19 et 20 décembre 2008 par le Centre de recherche de droit privé (Nancy-Université).

¹³⁸ « Chemical castration : a forced participation of sex offenders to biomedical research », organisé les 8-11 août 2010 à Zagreb.

¹³⁹ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO 5 mars 2002, p. 4118.

¹⁴⁰ Louis PORTES, *A la recherche d'une éthique médicale*, MASSON, 1954, pp. 158-159 : « Face au patient, inerte et passif, le médecin n'a en aucune manière le sentiment d'avoir à faire à un être libre, à un égal, à un pair, qu'il puisse instruire véritablement. Tout patient est et doit être pour lui comme un enfant à apprivoiser ».

¹⁴¹ C. santé publ., art. L. 1111-2.

¹⁴² C. santé publ., art. L. 1111-4.

¹⁴³ C. pen., art. 226-13 ; C. santé publ., art. L. 1110-4.

recherches mettent ainsi d'abord l'accent sur les compétences juridiques des professionnels de santé (c'est-à-dire l'obtention d'un diplôme d'état et l'inscription au tableau de l'Ordre) et la délicate question des exercices illégaux grâce à un commentaire d'arrêts¹⁴⁴. L'infraction appartient à la catégorie des infractions intentionnelles en vertu de l'article 121-3 du Code pénal. Les deux conditions de l'élément moral d'une infraction intentionnelle doivent donc être réunies : l'imputabilité, c'est-à-dire que l'auteur de l'infraction est en mesure de comprendre que le comportement est interdit par la loi et pénalement sanctionné, et la culpabilité, c'est-à-dire qu'il décide pourtant volontairement d'adopter ce comportement. Concernant l'élément matériel, il faut, d'une part, comprendre que le délit est réalisé lorsque l'exercice de la profession est effectué sans satisfaire aux conditions exigées par la loi, c'est-à-dire sans compétence juridique valide. Il en est ainsi lorsqu'une personne pratique une activité pharmaceutique sans avoir de diplôme, ou sans être inscrit à l'Ordre¹⁴⁵. D'autre part, la notion d' « *opérations réservées aux pharmaciens* » renvoie, elle, au principe du monopole pharmaceutique, énoncé formellement depuis une loi de 1777¹⁴⁶. Bien que plusieurs fois remis en cause au gré des événements et du temps, le monopole reste aujourd'hui justifié par la compétence du pharmacien et est édicté dans un souci de protection de la santé publique. La fabrication et la commercialisation de certains produits de santé potentiellement dangereux nécessitent la présence de professionnels qualifiés et le respect de procédures spécifiques. Le principe est aujourd'hui posé par l'article L. 4211-1 du Code de la santé publique qui réserve aux seuls pharmaciens la préparation, la vente en gros, la vente au détail et toute dispensation au public des produits et objets cités dans le même article ainsi que des médicaments définis par l'article L. 5111-1 du même Code. Le délit d'exercice illégal, qui renvoie, pour partie, au monopole pharmaceutique, peut dès lors présenter un lien évident avec la notion de médicament, premier produit du monopole pharmaceutique. En conséquence et sauf dérogations prévues par la loi, toute personne fabricant et commercialisant hors circuit pharmaceutique une substance reconnue comme étant un médicament commet le délit d'exercice illégal de la pharmacie. Ainsi, la définition juridique du médicament se retrouve au cœur des présents contentieux étudiés.

¹⁴⁴ Julie LEONHARD, « Pas lu...paludisme ! », comm. Cass. Crim., 24 nov. 2015, n°14-87-689, RDS 2016 n°70, pp. 211-214 ; Julie LEONHARD « De la détermination de la définition juridique du médicament à travers l'exercice illégal de la profession de pharmacien », comm. Cass. Crim., 10 déc. 2013, n°12-86.079, n°12-86.080, n°12-86.081 (1^{ère} espèce) et Cass. Crim. 21 janv. 2014, n°12-87.377 (2^{nde} espèce), RDS 2014, n°58, pp. 1160-1166.

¹⁴⁵ C. santé publ., art. L. 4221-1.

¹⁴⁶ Déclaration royale du 25 avril 1777.

Les professionnels de santé bénéficiant d'un titre juridique et donc autorisés à pratiquer leurs arts doivent encore satisfaire tout au long de leurs activités professionnelles à un certain nombre d'obligations, également au cœur de mes préoccupations. Un commentaire de texte et une communication à un colloque ont permis de mieux cerner les obligations déontologiques¹⁴⁷ tandis qu'un article publié à la revue Droit & Santé a envisagé les contours de l'obligation d'assurance du pharmacien d'officine¹⁴⁸. J'ai également dirigé 9 mémoires (Master 2 – DU)¹⁴⁹ sur la thématique et une thèse d'exercice en Pharmacie¹⁵⁰ ; trois autres thèses d'exercice en Pharmacie sont en cours¹⁵¹. Enfin, je codirige une thèse de doctorat en droit privé et sciences criminelles portant sur la liberté d'installation des professionnels de santé ; cette thèse bénéficie d'un contrat doctoral dit « Grande Région », c'est-à-dire d'un financement par la région Grand-Est, obtenu en juillet 2018 à la suite d'un appel d'offre émis par la Région. La réponse à cet appel d'offre a été proposée et rédigée début 2018 en collaboration avec le Professeur Bruno PY¹⁵².

Il est à préciser qu'une nouvelle demande de contrat doctoral « Grande Région » a été déposée dans le cadre de l'appel à projet 2020 de la région Grand-Est. Elle porte sur « *Les soins transfrontaliers* » (co-financement obtenu à 50 % par l'Agence Régionale de Santé Grand Est). Cette nouvelle proposition de thèse de recherche est imaginée en collaboration avec le

¹⁴⁷ Julie LEONHARD, « Les avatars de l'inscription obligatoire à l'Ordre pour les masseurs-kinésithérapeutes... », comm. de Cass. Crim., 18 nov. 2014, n°13-88.246, RDS 2015, n°65, pp. 415-417 ; communication « Pourquoi et comment réécrire un Code de déontologie », Colloque « Les déontologie » organisé par l'IFG le 16 mars 2018 (Université de Lorraine).

¹⁴⁸ Julie LEONHARD, « L'obligation d'assurance du pharmacien d'officine », RDS 2012, n°48, pp. 34-38.

¹⁴⁹ Mathieu MEHL (Master 2 Droit de la santé – promotion 2018-2019), *Les masseurs-kinésithérapeutes et la vaccination* ; Bertrand NAU (Master 2 droit de la santé – promotion 2017-2018), *La communication du masseur-kinésithérapeute et la déontologie* ; Aline ROGER (Master 2 droit de la santé – promotion 2017-2018), *L'examen des contrats par le conseil départemental de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Meurthe-et-Moselle* ; Korhan ASTESCI (Master 2 droit de la santé – promotion 2014-2015), *La procédure d'inscription au tableau de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes* ; Lucas OSETE (Master 2 droit de la santé – promotion 2014-2015), *Le mode d'exercice du pharmacien libéral* ; Elise PASTWA (DU Droit de la santé – promotion 2014-2015), *La publicité des professionnels de santé – l'exemple des chirurgiens-dentistes* ; Pascal OTTAVY (DU Droit et responsabilités des professions paramédicales, promotion 2013-2014), *Exercice illégal de l'infirmier et mise en danger d'autrui- Illustration au bloc opératoire* ; Sophie SCHLICK (DU Droit et responsabilités des professions paramédicales, promotion 2013-2014), *Compétences juridique et matérielle de l'infirmier : quelles évolutions souhaitables ?* ; Anne-Lucie BOUCHEZ (Du Droit et responsabilités des professions paramédicales – promotion 2012-2013), *Frontières des compétences entre ergothérapie et kinésithérapie* ; cf. annexe 4, p. 89 et s.

¹⁵⁰ Donovan GERARD, *Les réalités judiciaires du non-respect des obligations du pharmacien d'officine*, Faculté de Pharmacie – Université de Lorraine, soutenue le 19 novembre 2019.

¹⁵¹ Éléonore CARREAU, *Comparaison du système officinal avec le système officinal canadien*, Faculté de Pharmacie – Université de Lorraine, première inscription en mai 2019 ; Alban LINIERE, *Manuel pratico-pratique de l'auto-inspection en officine*, Faculté de Pharmacie – Université de Lorraine, première inscription en 2019, codirection avec M. Pierre-Olivier JACQUOT pharmacien ; Chloé ROCHAS, *Comparaison des métiers de pharmacien militaire et de pharmacien d'officine*, Faculté de Pharmacie – Université de Lorraine, première inscription en 2017 ; cf. annexe 4, p. 89 et s.

¹⁵² Charlène COLLET, *La liberté d'installation des professionnels de santé : entre incitation et contrainte, l'accompagnement*, codirection Bruno PY, contrat doctoral Grande Région, inscrite depuis 2018-2019.

Professeur Bruno PY et commencera, en cas d'obtention, en octobre 2020. Elle est soutenue par le Pôle scientifique Sciences Juridiques, Politiques, Économiques et de Gestion de l'Université de Lorraine. Le dossier est en cours d'analyse par la Région Grand Est.

Le corps des malades. Concernant les malades, le choix a été fait de concentrer les activités de recherche sur des populations particulières, souvent minoritaires : les mineurs, les détenus et les toxicomanes. Le soin aux mineurs a fait l'objet d'un article sur la dispensation de médicaments à l'officine¹⁵³ et j'ai dirigé une thèse d'exercice en Pharmacie¹⁵⁴ sur le même thème. Pour tout acte de soin, y compris à l'officine, si le consentement doit être libre et éclairé, il doit surtout émaner du patient. La problématique du consentement et de l'obligation d'informations se complexifient lorsque le patient est mineur. La relation de soins devient tripartite : professionnel de santé – patient mineur – titulaire de l'autorité parentale. Toute la problématique consiste alors à tenter d'adapter un schéma dualiste à une relation tripartite¹⁵⁵. La question de la dispensation de médicaments à un mineur n'échappe pas aux difficultés : qui doit consentir à l'officine pour un mineur ? Les titulaires de l'autorité parentale peuvent-ils tout imposer au mineur ? La personne mineure dispose-t-elle parfois d'un pouvoir de décision en matière de médicaments ? Tout comme d'autres actes de soins, la dispensation de médicaments à un mineur interroge particulièrement sur l'autonomie juridique du mineur, réelle ou supposée, et sur les responsabilités juridiques du pharmacien d'officine en la matière. Si le principe de l'incapacité juridique du mineur semble écarter toute hypothèse de dispensation directement à un mineur, la loi (comme pour une interruption volontaire de grossesse médicamenteuse¹⁵⁶) et la pratique (pour la dispensation de médicaments non soumis à prescription) admettent ponctuellement qu'un mineur vienne seul à l'officine pour obtenir certains médicaments. Pourtant, la pratique ne peut pas, sans modification des textes normatifs, faire naître des situations additionnelles : la bienveillance n'est pas un critère juridique. Convaincue du caractère dangereux de tout médicament, soumis ou non à prescription, ma contribution considère que le mineur ne devrait jamais pouvoir accéder seul à un médicament de médication officinale, *a minima* tant que l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique ne vise pas le pharmacien¹⁵⁷. Un pharmacien d'officine qui dispense des médicaments directement à un

¹⁵³ 2^{ème} publication jointe, page 111 et s.

¹⁵⁴ Alissa BOTZUNG, *La dispensation de médicaments à un patient mineur à l'officine*, Faculté de Pharmacie – Université de Lorraine, soutenue le 12 février 2019.

¹⁵⁵ Bertrand MARRION, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse dactylographiée, Nancy, 2010.

¹⁵⁶ C. santé publ., art. L. 5134-1 et s.

¹⁵⁷ Par contre, le mineur peut, seul, acheter des produits moins réglementés que les médicaments sous couvert de la tolérance qui existe en droit civil et ce sans qu'aucun doute n'existe alors : achat de produit d'hygiène (dentifrice, préservatif, bain de bouche), confiserie pharmaceutique, etc.

mineur, y compris assez âgé et mature, prend le risque de voir sa responsabilité pénale engagée pour violences involontaires si un dommage survient chez un patient mineur en raison de la consommation dudit produit, l'acte ayant été réalisé sans consentement¹⁵⁸.

Les détenus forment également une population spécifique de malades en ce que les patients sont privés de liberté et que les soins ne peuvent alors se réaliser de la même manière que pour un patient *lambda*. Depuis la loi du 18 janvier 1994¹⁵⁹, la prise en charge sanitaire et l'organisation des soins en milieu pénitentiaire relèvent du ministère chargé de la Santé et toutes les personnes détenues sont immatriculées et affiliées à la sécurité sociale. Toutefois, encore aujourd'hui, les soins offerts aux détenus ne sont pas optimaux. Aussi, non seulement, je suis intervenue sur la circulation des médicaments en détention lors d'un colloque organisé par l'IFG en 2015 en partenariat avec l'administration pénitentiaire, mais également lors d'un colloque international organisé à Zagreb en 2010 sur la question des inhibiteurs de libido délivrés aux détenus condamnés à un suivi-socio-judiciaire avec obligation de soins.

Enfin, les soins effectués sur les personnes toxicomanes ont fait l'objet d'attention lors d'un commentaire d'arrêt¹⁶⁰ dans la revue Droit et Santé et j'ai dirigé deux mémoires de Master 2 sur le sujet¹⁶¹ et une thèse d'exercice en Pharmacie est en cours¹⁶².

Notons que je codirige une thèse de droit privé et sciences criminelles financé (contrat doctoral) avec le Professeur Bruno Py, réalisée par Mathilde Bonnard et qui porte sur « L'obligation de se soigner »¹⁶³. Les politiques de santé publique évoquent régulièrement la question de la responsabilité de chacun concernant la préservation de sa santé. Il est constamment rappelé le rôle de tout individu dans la préservation de sa santé. La santé ne relève plus des seuls professionnels de santé¹⁶⁴. Les maladies ne seraient donc plus nécessairement le seul résultat d'une défaillance d'un élément du corps, mais résulteraient de la rencontre entre les

¹⁵⁸ La responsabilité civile du pharmacien titulaire serait également engagée, pour un acte qu'il commettrait directement ou pour un acte commis par l'un de ses préposés.

¹⁵⁹ Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale (1), JO du 19 janvier 1994 p. 960.

¹⁶⁰ Julie LEONHARD, « Toxicomanie : un arrêt loin d'être stupéfiant », comm. Cass. Crim., 21 oct. 2015, n°14-83.624, RDS 2015, n°68, pp. 857-861.

¹⁶¹ Sophie WOURMS (Master 2 droit privé général – promotion 2017-2018), *Le trafic de stupéfiants en détention* ; Fanny PECORINO (Master 2 Droit de la santé – promotion 2017-2018), *Le pharmacien d'officine et les stupéfiants* ; cf. annexe 4, p. 89 et s.

¹⁶² Salomé LOMBARD, La dispensation à l'officine et le patient toxicomane – réflexions juridiques, sociologiques et perspectives, Faculté de Pharmacie – Université de Lorraine, première inscription en 2017.

¹⁶³ Cf. annexe 4, p. 89 et s.

¹⁶⁴ Mathias COUTURIER, « L'individu est-il juridiquement responsable de sa santé ? », RGDM 2010, NS, pp. 171-192 : « Si l'aspect négatif de la santé – réparer un état dégradé par une pathologie – demeure du domaine médical, son versant positif – cette quête d'un idéal homéostatique et ataraxique – ressortit à chaque individu qui doit se mobiliser pour y parvenir ».

caractéristiques physiologiques individuelles non choisies et d'autres facteurs adoptés tels que l'environnement (maison saine, etc.) ou les comportements (fumer, boire, ne pas faire du sport, se vacciner, etc.)¹⁶⁵. Ce discours omniprésent¹⁶⁶ interroge le juriste : l'individu responsable moralement de sa bonne santé¹⁶⁷ ne pourrait-il pas également devenir responsable juridiquement de sa mauvaise santé ? L'enjeu du sujet de thèse proposé consiste non seulement à s'interroger sur l'émergence en droit français d'un devoir de santé susceptible d'être juridiquement sanctionné, mais aussi à analyser les situations où la loi va jusqu'à obliger les individus à se soigner, les protégeant contre eux-mêmes au besoin, les contraignant au « prendre soin » de soi-même. Le fil conducteur de l'étude portera sur la détermination précise de la place du consentement dans l'acte de soin en droit positif.

Le corps des tiers. La prise de décision constitue l'une des questions centrales en santé qui ne peut rester indifférente au droit. Elle se résume en principe en un simple accord de volontés entre le patient et son médecin, une rencontre de consentement entre deux personnes. Par conséquent, la place des tiers devenue plus délicate aujourd'hui. Le secret professionnel auquel sont tenus les professionnels de santé et la place nouvelle du patient affirmée par le législateur depuis 2002 obligent les soignants à tenir écarter la famille et les proches des actes de soin effectués. Parallèlement, a été créé un nouveau mécanisme par la même loi de 2002, la personne de confiance¹⁶⁸. Cette dernière, désignée par le malade, se voit attribuer un double rôle : elle peut accompagner le patient capable de s'exprimer et émettre un avis sur les suites médicales à effectuer pour le patient incapable de s'exprimer. Dans cette dernière hypothèse, le législateur a fait le choix, non de substituer à la décision du patient celle de son représentant, mais de transférer le pouvoir de décision au médecin. L'émission d'un simple avis de la personne de confiance, dont la caractéristique principale est son absence de force obligatoire, permet de préserver le pouvoir décisionnel du médecin tout en permettant au tiers de participer à la procédure de décision. Certains considèrent donc que la personne de confiance n'est qu'un instrument juridique formel, puisqu'elle est une étape obligée du processus de décision. En

¹⁶⁵ C'est l'objet d'un rapport en janvier 2014 de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques rédigé par Alain CLAYES et Jean-Sébastien VIALATTE, rapport intitulé « Les enjeux scientifiques, technologiques et éthiques de la médecine personnalisée ».

¹⁶⁶ V° Francine DEMICHEL, *Au nom de quoi ? Libre propos d'une juriste sur la médicalisation de la vie*, Les Etudes Hospitalières, 2006, p. 87 et s. ; Roland GORI et Marie José DEL VOGO, *La Santé totalitaire. Essai sur la médicalisation de l'existence*, Denoël, 2005.

¹⁶⁷ Maryse DEGUERGUE, « L'obligation de mener une vie saine ? », RGDM 2003, p. 1 et s.

¹⁶⁸ Mécanisme modifié par la loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, JORF du 23 avril 2005, p. 7089 ; C. santé publ., art. L. 1111-6. Ses modalités de désignation et son rôle ont encore évolué avec la loi du 2 février 2016 relative à la fin de vie (Loi n°2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, JO du 3 février 2016, texte n° 1).

pratique pourtant, il semble qu'elle ait une place qui dépasse cette seule formalité administrative à respecter. La loi d'adaptation de la société au vieillissement¹⁶⁹ a même étendu au secteur social et médico-social le dispositif de la personne de confiance¹⁷⁰. Souhaitant confronter les positionnements doctrinaux et enrichir les réflexions, je suis intervenue sur la personne de confiance pour la première fois en 2017 lors d'un colloque organisé par l'IFG et une seconde fois, la même année, dans un colloque international organisé à Ispahan (Iran). Le premier visait essentiellement à éclaircir et interroger le nouveau régime de la personne de confiance instauré depuis 2016 ; le second poursuivait l'objectif d'expliquer comment et pourquoi un tel mécanisme servirait les patients iraniens. J'ai également dirigé un mémoire de DU sur le sujet¹⁷¹.

2) Les corps soignés

Le corps soigné par les actes : focus sur les actes de soins « atypiques ». Membre actif de l'axe santé de l'IFG depuis mon retour à l'Université de Lorraine par mutation en 2014, ma volonté a toujours été de pouvoir, si possible, compléter utilement les recherches déjà menées et entreprises par mes collègues. En ce sens, l'étude d'actes de soins spécifiques (essentiellement les actes de soins effectués par des professionnels de santé non médecins) manquait aux analyses juridiques conduites jusqu'alors par les membres de l'axe, sujet de recherche que j'ai souhaité développer. Un commentaire de texte¹⁷² et un commentaire d'arrêt¹⁷³ ont été proposés et publiés à la revue Droit & Santé sur les actes de soins réalisés par le masseur-kinésithérapeute, une contribution à des mélanges porte sur le massage kinésithérapique¹⁷⁴, une communication dans un colloque dont les actes ont été publiés a pour objet la procréation médicalement assistée¹⁷⁵ et j'ai co-organisé un colloque sur les pratiques avancées en santé le 8 mars 2019 dont les actes donneront certainement lieu à publication. J'ai

¹⁶⁹ Loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, JO du 29 déc. 2015, p. 24268.

¹⁷⁰ C. action soc. et fam., art. L. 311-5-1.

¹⁷¹ Christine REYGNIER (DU Droit et responsabilités des professions paramédicales, promotion 2012-2013), *Le statut juridique de la personne de confiance*.

¹⁷² Julie LEONHARD, « Le masseur kinésithérapeute et l'utilisation de l'échographe... », RDS 2015, n°68, pp. 813-816.

¹⁷³ Julie LEONHARD, « La cryothérapie sous les feux des tribunaux ou comment la cryothérapie semble réduite en cendres », comm. de trib. Corr. 13 juill. 2017, n°minute 2359/18, n°parquet : 18155000126, RDS 2019, n°87, pp. 53-57.

¹⁷⁴ Julie LEONHARD, « Les massages : jeux de mains, jeux de vilains – Regards du droit sur l'art du toucher », in *Mélanges en l'honneur de Marie-France CALLU*, Marion GIRER et Guillaume ROUSSET (dir.), LGDJ 2013, pp. 223-246 ; 5^{ème} publication jointe, page 159 et s.

¹⁷⁵ Julie LEONHARD, « Le droit pénal au secours de la prohibition de la gestation pour autrui ? », in *La protection de la personne née d'une PMA impliquant un tiers*, Sophie DUMAS (dir.), Cahiers Droit, Sciences et Technologies, 2017, n°7, pp. 85-92.

également dirigé un mémoire de Master 2 sur l'assistance médicale à la procréation, travail qui a été publié en 2018¹⁷⁶. Il s'agit toujours de s'interroger sur les limites de la compétence juridique de ces professionnels de santé pour lesquels le législateur a souvent prévu un décret de compétences et de s'efforcer à identifier les évolutions souhaitables et les moyens de les mettre en place.

Le corps soigné par les produits. Il manquait également à l'IFG des recherches sur les produits de santé. Or j'avais déjà commencé à mener des activités de recherche sur la thématique quand j'occupais mon premier poste à Lille. Je les ai donc poursuivies après ma mutation à l'Université de Lorraine en 2014. La particularité de mon attachement à une UFR de Pharmacie (sur les deux postes occupés à Lille et à Nancy) m'incite fortement à développer ces thématiques de recherche. Convaincue que l'enseignement nourrit la recherche et inversement, j'ai naturellement choisi ce sujet d'études que je développe encore pour l'axe santé et pour l'axe pénal de l'IFG.

Le concept juridique de « produit de santé » est récent puisqu'il a été créé, tel qu'on le connaît, par la loi du 1^{er} juillet 1998 qui a institué la première agence des produits de santé, l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS), devenue depuis mai 2011 l'Agence nationale de sécurité du médicament (et des produits de santé)¹⁷⁷. Parmi les produits de santé, il existe plusieurs catégories¹⁷⁸ : les produits de santé à finalité non médicale (les produits cosmétiques et produits de tatouage) et les produits de santé à finalité médicale (les médicaments, les dispositifs médicaux, les dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*, les produits sanguins labiles, les tissus et organes à finalité thérapeutique, les produits de thérapie génique et cellulaire, les plantes médicinales). Si les activités de recherche se concentrent essentiellement sur le statut juridique du médicament, les autres catégories de produits de santé font parfois l'objet d'études. Ces derniers ont ainsi été au cœur d'un commentaire d'arrêt sur les dispositifs médicaux¹⁷⁹ et d'une intervention dans un colloque national en Nouvelle Calédonie sur les plantes médicinales dont les actes ont donné lieu à publication¹⁸⁰. De plus, je

¹⁷⁶ Mathilde BONNARD (Master 2 Droit de la santé – promotion 2017-2018), *Le statut juridique de l'assistance médicale à la procréation*, L'harmattan, coll. « Bibliothèque de droit », 2018.

¹⁷⁷ Loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, JO du 30 déc. 2011, p. 22667.

¹⁷⁸ C. santé publ., art. L. 5311-1.

¹⁷⁹ Julie LEONHARD, « Suspension de mise sur le marché pour des dispositifs médicaux – question de l'application d'une garantie d'assurance », comm. de Cass. Com., 20 nov. 2012, n_11-27.033, RDS 2013, n°52, pp. 236-237.

¹⁸⁰ Julie LEONHARD, « Les plantes médicinales en Nouvelle Calédonie : pour ou contre une inscription à la pharmacopée ? », in *Le droit de la santé en Nouvelle Calédonie*, Guylène NICOLAS (dir.), PUNC 2017, pp. 274-281.

dirige actuellement une thèse d'exercice en pharmacie¹⁸¹ et j'ai dirigé un mémoire de Master 1 droit pénal¹⁸² sur des sujets relatifs aux dispositifs médicaux.

La recherche se manifeste également par les efforts de publication des travaux dirigés. Aussi, 3 groupes d'étudiants que j'ai dirigé ont été publiés en partie grâce à l'encadrement effectué et aux sollicitations auprès des maisons d'édition ou auprès des revues¹⁸³. La reconnaissance de leurs travaux d'une grande qualité ne peut que satisfaire celui qui les a impulsés.

Le corps soigné par les produits : définition juridique du médicament. Tout médicament est par nature susceptible de générer un danger, hormis peut-être le placebo qui ne comporte aucun principe actif. Le propre d'un médicament est d'avoir pour objet la modification du fonctionnement du corps humain : qu'on l'appelle potion, remède, drogue, ou poison, le médicament absorbé peut soigner ou nuire, restaurer ou dégrader la santé¹⁸⁴. Au nom de cette dangerosité potentielle, inhérente à la qualité de médicament, le droit a non seulement défini la notion de médicament, mais a prévu un régime juridique strict qui confie le produit à des spécialistes et leur impose un contrôle *a priori* (avant la mise sur le marché du produit) et *a posteriori* (après sa mise sur le marché). Sur le plan juridique, l'étude de la définition du médicament est donc essentielle, puisqu'elle conditionne l'application de règles particulières très protectrices du consommateur de médicaments. J'ai ainsi déjà écrit 4 commentaires d'arrêts¹⁸⁵ sur la définition juridique du médicament afin de dégager des critères précis d'application des trois définitions alternatives du médicament que le droit connaît. Je suis également intervenue dans deux colloques sur des circuits particuliers du médicament¹⁸⁶. Enfin,

¹⁸¹ Cornelis AKLISSI, *L'évolution du cadre juridique des dispositifs médicaux implémenté aux outils informatisés*, inscrit depuis 2018.

¹⁸² Léa LEPOIX (Master 1 droit pénal – promotion 2018-2019), *Le traitement pénal de l'affaire des prothèses PIP* ; cf. annexe 4, p. 89 et s.

¹⁸³ Lisa DE LIMA et Charlotte HINDHAL, « Perquisitions et saisis à l'officine », RDS 2019, n°93, à paraître ; Pauline FAVARETTO, Bertrand NAU et Jérémy OTT, « Le voyageur et ses médicaments », RDS 2019, n°87, pp. 21-30 ; Alizée BALLIERE, Justine CHOLET, Julie PEYRONNET et Émilie SEVRN, « État des lieux sur l'IVG médicamenteuse 40 ans après la loi Veil », RDS 2015, n°65, pp. 380-387.

¹⁸⁴ Paracelse (alchimiste, astrologue et médecin suisse du XVI^{ème} siècle) : « *Tout est poison, rien n'est poison : c'est la dose qui fait le poison* ».

¹⁸⁵ Julie LEONHARD, « Pas lu...paludisme », comm. de Cass. Crim., 24 nov. 2015, n°14-87.689, RDS 2016, n°70, pp. 211-214 ; « Le « Baume du Tigre » : médicament ou pas ? », comm. de Cass. Crim., 8 juill. 2015, n°14-83.624, RDS 2015, n°68, pp. 857-861 ; « De la détermination de la définition juridique du médicament à travers le délit d'exercice illégal de la profession de pharmacien », comm. de Cass. Crim., 10 déc. 2013, n°12-86.079, n°12-86.080, n°12-86.081 (1^{ère} espèce) et de Cass. Crim., 21 janv. 2014, n°12-87.377 (2^{nde} espèce), RDS 2014, n°58, pp. 1160-1166 ; « Définition communautaire du médicament – A propos de la notion de médicaments « issus de » certains procédés technologiques », comm. de CJUE, 11 avril 2013, aff. C-535/11, RDS 2013, n°55, pp. 649-652.

¹⁸⁶ « Le circuit du médicament en détention », colloque « Santé et détention » organisé le 27 mars 2015 par l'IFG (Université de Lorraine) ; « Le circuit du médicament dans les EHPAD », organisé le 19 avril 2013 par l'IFG (Université de Lorraine).

j'ai dirigé 2 mémoires (Master 2 – DU) sur des circuits spécifiques du médicament¹⁸⁷ et 2 mémoires (Master 2) sur des problématiques plus générales du médicament¹⁸⁸. J'ai également écrit un article sur la dispensation de médicaments à un mineur dans le panorama de droit pharmaceutique – revue générale de droit médical numéro spécial – en 2018¹⁸⁹.

Les stupéfiants occupent également une place particulière dans mes activités de recherche, en tant que médicaments considérés comme les plus dangereux. Ils peuvent donc être une drogue prohibée dont l'usage, la détention, l'importation, l'exportation ou la vente sont prohibés¹⁹⁰, ou des médicaments qui peuvent alors légalement circuler dans le cadre d'un acte de soin. Le législateur a délégué à l'administration le pouvoir de soumettre un produit à tel ou tel régime en fonction de critères qui restent extrêmement vagues¹⁹¹. En effet, il n'existe aucune définition légale des catégories juridiques en cause et les mots « toxiques », « stupéfiants », « dangereux » ont toujours été entourés d'un certain flou. Le choix du régime auquel on veut soumettre une substance semble plus important que la dangerosité de la substance elle-même : le régime applicable à la substance est alors non plus la conséquence, mais la cause. En clair, le régime commande la substance et non l'inverse comme l'exigerait la logique. Le Conseil d'Etat considère qu'il ne lui appartient pas de discuter de l'opportunité de l'appréciation du gouvernement et il se borne à vérifier que celle-ci ne repose pas sur des faits matériellement inexacts et qu'elle n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation¹⁹². Aussi, j'ai rédigé un commentaire d'arrêt sur les stupéfiants¹⁹³ et j'ai dirigé 2 mémoires (Master 2 et Master 1)¹⁹⁴

¹⁸⁷ Manon PAGANO (Master 2 droit de la santé, promotion 2017-2018), *Le circuit du médicament en hospitalisation à domicile* ; Ingrid CAQUEL-BASTIEN (DU Droit et responsabilités des professions paramédicales, promotion 2013-2014), *Circuit du médicament informatisé et responsabilités paramédicales* ; cf. annexe 4, p. 89 et s.

¹⁸⁸ Camille DUFOURT (M2 Droit des établissements – Montpellier – promotion 2014-2015), *Les médicaments et les scandales sanitaires* ; Marie BROUARD (M2 Droit des établissements – Montpellier – promotion 2014-2015), *L'accès au médicament/au soin au Rwanda* ; cf. annexe 4, p. 89 et s.

¹⁸⁹ 2^{ème} publication jointe, page 111 et s. ; cf. *supra*.

¹⁹⁰ C. pen., art. 222-37.

¹⁹¹ Selon l'article L. 5132-7 du Code de la santé publique, le classement d'une substance vénéneuse dans la catégorie stupéfiant se fait par voie réglementaire (sur proposition du directeur de l'ANSM).

¹⁹² CE, 28 avril 1967, AJDA 1968, p. 401.

¹⁹³ Julie LEONHARD, « Toxicomanie : un arrêt loin d'être stupéfiant », comm. Cass. Crim., 21 oct. 2015, n°14-83.624, RDS 2015, n°68, pp. 857-861.

¹⁹⁴ Fanny PECORINO (Master 2 droit de la santé – promotion 2017-2018), *Le pharmacien d'officine et les stupéfiants* ; Giovanni SCHERMA (Master 2 Droit privé général – promotion 2017-2018), *Le marché noir des stupéfiants et des psychotropes*, cf. annexe 4, p. 89 et s.

sur le sujet (un autre mémoire de Master 1¹⁹⁵ et une thèse d'exercice en Pharmacie¹⁹⁶ sont en cours de rédaction).

Le corps soigné par les produits : le droit pénal relatif aux produits de santé. Pharmacie et Droit entretiennent des relations étroites depuis plusieurs siècles. Dès 1803, avec la première loi applicable à la pharmacie dans son ensemble, la loi du 21 germinal an XI, la France se dote d'un système normatif propre à l'activité pharmaceutique : il y est non seulement question de réglementer la profession, mais aussi d'établir une réelle police de la pharmacie. Il s'agit des premiers balbutiements, à l'origine de la naissance du droit pénal pharmaceutique, qui va n'avoir de cesse de voir son contenu être amplifié depuis. Or il n'existe que peu d'études juridiques sur ce droit pénal spécifique. Membre de l'axe pénal, il m'importe de ne pas oublier mes racines, y compris lorsque le sujet d'études paraît éloigné de la matière à première vue. Aussi plusieurs activités de recherche s'emploient à défricher le sujet. J'ai ainsi écrit un article sur la distribution au détail de médicaments dans la revue *Droit & Santé* n°50 en 2012¹⁹⁷ et un autre article, déjà cité, a été rédigé sur la question de la dispensation de médicaments au mineur à l'officine avec plusieurs développements relatifs au droit pénal¹⁹⁸. Trois commentaires d'arrêts traitent eux de la question de l'exercice illégal de la profession de pharmacien¹⁹⁹. L'idée est d'affiner peu à peu mes recherches dans l'optique de pouvoir publier un ouvrage scientifique prochainement.

Le corps soigné par les produits : focus sur la contrefaçon du médicament. La contrefaçon des produits de santé, et en particulier la contrefaçon des médicaments, occupe une place particulière dans mes recherches. Les médicaments²⁰⁰, au même titre que tout autre produit de consommation, peuvent être contrefaits²⁰¹. Si la contrefaçon est communément entendue

¹⁹⁵ Louise COLLIAT (Master 1 droit pénal – promotion 2018-2019), *Le stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants*. cf. annexe 4, p. 89 et s.

¹⁹⁶ Salomé LOMBARD, *La dispensation à l'officine et le patient toxicomane – réflexions juridiques, sociologiques et perspectives*, inscrite depuis 2017. cf. annexe 4, p. 89 et s.

¹⁹⁷ Julie LEONHARD, « La distribution de médicament sous le regard du juge pénal – Analyse partielle de la *lex penaliter medicamentum* », *RDS* 2012, n°50, pp. 34-38.

¹⁹⁸ Julie LEONHARD, « Les contours juridiques de la dispensation de médicaments à un mineur », *op. cit.*

¹⁹⁹ Julie LEONHARD, « Pas lu...paludisme ! », *comm. Cass. Crim.*, 24 nov. 2015, n°14-87.689, *op. cit.* ; « Le baume du Tigre : médicament ou pas ? », *comm. Cass. Crim.*, 8 juill. 2015, n°14-83.624, *op. cit.* ; « De la détermination de la définition juridique du médicament à travers le délit d'exercice illégal de la profession de pharmacien », *comm. de Cass. Crim.*, 10 déc. 2013, n°12-86.079, n°12-86.080, n°12-86.081 (1^{ère} espèce) et de *Cass. Crim.*, 21 janv. 2014, n°12-87.377 (2^{nde} espèce), *op. cit.*

²⁰⁰ C. santé publ., art. L. 5111-1 alinéa 1.

²⁰¹ Corine FORTIER-TAVERRITI, *Trafic de faux médicaments : un crime pharmaceutique ?*, Thèse pour le diplôme d'état de docteur en pharmacie, Université de Lorraine, 2014, p. 6 : « Si le médicament est un produit de santé, il ne faut pas oublier qu'il reste u produit de consommation courante et qu'il existe de ce fait des marchés et des économies qui lui sont rattachés. C'est ainsi que, depuis le début du siècle, reconnus indéniablement comme une importante source de profit, la contrefaçon et le trafic de faux médicaments se sont largement développés, faisant ainsi courir des risques aux patients sans même qu'ils en soient conscients ».

comme étant une « imitation frauduleuse ou fabrication d'une chose au préjudice de celui qui avait le seul droit de la fabriquer ou de la reproduire »²⁰², les termes pour désigner la contrefaçon de médicament prolifèrent : médicament « contrefait », « falsifié », « faux », « copié », « frauduleux », etc. La multiplicité des mots participe sans nul doute à l'obscurité ambiante en matière de contrefaçon de médicament²⁰³. La contrefaçon de médicaments paraît pouvoir présenter autant de visages que de termes pour la désigner²⁰⁴. Les termes « contrefaçon » et « falsification » sont malheureusement souvent employés indistinctement pour désigner l'ensemble du phénomène alors même que les situations ne sont pas identiques et que les conséquences sont différentes²⁰⁵. La loi française semble ainsi avoir mis en place un système de régulation et de contrôle de la commercialisation du médicament plutôt efficace permettant d'éviter au maximum la contrefaçon de médicaments²⁰⁶. Mais en dépit des systèmes de prévention existants, le consommateur peut être exposé aux médicaments contrefaits. Et face à un médicament falsifié, l'arsenal répressif français comprend une pluralité de qualifications pénales applicables, source de complexité pour les juges. Aussi, en 2015, après être intervenue sur la répression internationale de la contrefaçon de médicament dans un colloque international organisé à Dakar²⁰⁷, j'ai proposé un article dans les Mélanges²⁰⁸ en l'honneur de Gérard Mémeteau sur le thème et je suis intervenue dans un colloque organisé par l'IFG dont les actes

²⁰² Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2^{ème} éd., 2011, V° CONTREFACON.

²⁰³ Ernest HEMINGWAY, *La mort dans l'après-midi*, Gallimard, 1972 (1^è éd. 1932), p. 48 : « D'une utilisation imprécise, tous les mots ont perdu leur tranchant ».

²⁰⁴ Bertrand WARUSSEL, « La contrefaçon : entre concurrence et délinquance », *Cahiers de la sécurité* n°15, janvier-mars 2011, p. 9 et s. : « Les situations de contrefaçon peuvent donc être extrêmement diverses et relever de logiques économiques et juridiques forts différentes ».

²⁰⁵ Caroline LE GOFFIC, « Les faux médicaments, au carrefour de la propriété industrielle et de la santé publique », *Gaz. Pal.* 15 janv. 2011, n°15, p. 14 et s.

²⁰⁶ Les recherches se concentrent à ce jour sur la circulation réelle des médicaments falsifiés. La commercialisation virtuelle des médicaments contrefaits mérite une réflexion autonome aux vues l'ampleur des difficultés qu'elle entraîne : ouverture des frontières et problème d'application de la loi dans l'espace, identification des médicaments contrefaits, infraction applicable à l'outil Internet, cybercriminalité, etc. V° François-Guillaume LASSEMBLEE-LEON, « La contrefaçon sur Internet : nouvelles difficultés, nouveaux enjeux (1) », *AJ pénal* 2012, p. 263 et s. ; Fabrice CLAIREAU, « Retour sur la Charte de lutte contre la contrefaçon sur Internet », *Gaz. Pal.* 19 juin 2010, n°170, p. 18 et s.

²⁰⁷ « La lutte internationale contre la contrefaçon de médicaments : une étude de la répression internationale », colloque « Nouveaux enjeux éthiques autour du médicament en Afrique » organisé les 1^{er} et 2 juillet 2015, par le Centre Droit Ethique et Santé de l'UCAD et de l'UMI, Dakar

²⁰⁸ Julie LEONHARD, « La lutte contre la contrefaçon de médicaments en France – « Sécurité rapprochée » ou « Mission Impossible » ? », in *Mélange en l'honneur de Gérard MEMETEAU*, Julie LEONHARD, Bruno PY & François VIALLA (dir.), LEH, vol. 2, pp. 393-412.

ont été publiés²⁰⁹. J'ai dirigé un mémoire de Master 2²¹⁰ sur le thème et une thèse d'exercice en Pharmacie est en cours²¹¹.

Le corps « mal » soigné : les responsabilités juridiques des professionnels de santé. Dépasser les limites de sa compétence juridique, effectuer un geste de soin de mauvaise qualité ou ne pas respecter l'une de ses obligations sont autant de situations litigieuses qui peuvent conduire un professionnel de santé à engager une ou plusieurs responsabilités juridiques (pénale, disciplinaire, civile) ou une responsabilité juridique de l'établissement dans lequel il travaille (pénale, civile ou administrative). La question des responsabilités des professionnels de santé, un sujet d'études plus traditionnel pour la doctrine, m'a jusqu'alors conduite à intervenir dans 3 colloques organisés par l'Université de Lorraine et l'Université de Picardie²¹² et à participer au projet de recherche portant sur le principe de précaution en droit de la santé, dirigé par Johanne Saison et financé par la Mission Droit et Justice en 2012. J'ai également dirigé 4 mémoires de DU sur le sujet²¹³ et écrit un article sur l'importance de l'assurance pour une officine²¹⁴. Il s'agit essentiellement de préciser certains sujets épineux (comme la place du droit pénal lors d'un accident médical) et de démystifier les croyances.

B. Le corps instrumentalisé

Vers la notion d'instrumentalisation du corps. Les avancées, sans précédent, constatées dans le champ médical et technologique ont fait évoluer la place du corps dans la société. De sujet, il peut parfois devenir objet de situations qui visent des objectifs variés : identifier un coupable d'infraction (corps moyen de preuve), découvrir de nouveaux traitements (corps objets de

²⁰⁹ Julie LEONHARD, « Les médicaments contrefaits : l'eldorado du tourisme médical ? », in *Forum Shopping medical*, Delphine BRACH-THIEL et Jean-Baptiste THIERRY (dir.), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », pp. 23-46.

²¹⁰ Julien TORLOTIN (Master 2 droit de la santé – promotion 2018-2019), *La prévention de la contrefaçon des médicaments en France* ; cf. annexe 4, p. 89 et s.

²¹¹ Juba LEKMI, *Lutte contre la contrefaçon : mise en place de la sérialisation chez les différents acteurs de la santé*, Faculté de Pharmacie – Université de Lorraine, Première inscription en 2019 ; cf. annexe 4, p. 89 et s.

²¹² « Les responsabilités civile et administrative et travail en équipe », colloque « Travail en équipe et responsabilités » organisé le 28 mars 2014 par l'IFG (Université de Lorraine) ; « Les limites de la responsabilité pénale du médecin en cas d'accident médical », colloque « Faut-il repenser le droit des accidents médicaux » organisé le 17 décembre 2013 par le centre de Droit privé et de Sciences criminelles (Université de Picardie) ; « Le rôle de la faute en droit français », colloque « journée d'étude internationale sur les droits du patient : comparaison franco-belge-luxembourgeoise » organisé le 14 décembre 2012 par l'IFG (Université de Lorraine).

²¹³ Sidonie GIDENNE (DU Droit et responsabilités des professions paramédicales, promotion 2015-2016), *La responsabilité de l'infirmière dans l'acte de transfusion* ; Séverine GENOT (DIU Droit médical – promotion 2014-2015), *Les responsabilités dans l'affaire des surirradiations du Centre hospitalier d'Épinal* ; Nathalie PARISOT-MARTIN (DU Droit et responsabilités des professions paramédicales, promotion 2014-2015), *La césarienne en urgence* ; Danièle DUPANLOUP (DU Droit et responsabilités des professions paramédicales, promotion 2013-2014), *La responsabilité juridique de l'infirmière anesthésiste* ; cf. annexe 4, p. 89 et s.

²¹⁴ Julie LEONHARD, « L'obligation d'assurance du pharmacien d'officine », RDS 2012, n°48, pp. 453-466.

recherche), apprendre un geste de soin (corps objet de pédagogie), obtenir une nouvelle capacité physique (dopage, reproduction, clonage, etc.) (1). Le corps peut ainsi devenir un moyen au service d'impératifs sociétaux et juridiques supérieurs et/ou un moyen de commettre des interdits (2). Par l'action des sciences, des technologies et des pratiques, le corps apparaît alors comme un instrument de plus en plus performant et de plus en plus sollicité. Mes liens avec l'unité de médico-judiciaire de Nancy et le département de Médecine légale de la Faculté de Médecine de l'Université de Lorraine m'ont incitée à développer des activités de recherches autour de ce concept d'instrumentalisation du corps humain.

1) Le corps objet

Le corps objet de recherches. Le corps objet de recherches médicales a d'abord été au cœur de mes réflexions avec les soins offerts aux délinquants sexuels condamnés à un suivi-socio-judiciaire avec injonction de soins. La France s'est dotée depuis 1988 de règles garantissant la protection des personnes se prêtant aux recherches biomédicales. Originellement, les garanties sont renforcées lorsqu'il s'agit de personnes dites « vulnérables », parmi lesquelles figurent les délinquants sexuels, puisque personnes privées de liberté par une décision judiciaire. En matière de castration chimique, le législateur a permis jusqu'en 2008 la prescription de médicaments inhibiteurs de libido aux délinquants sexuels, par un médecin agréé, y compris lorsqu'il s'agissait de prescriptions hors autorisation de mise sur le marché²¹⁵. Ce traitement, en principe exécuté après la détention, peut débuter dès le début de l'incarcération²¹⁶, avec le recueil, par écrit du consentement libre et éclairé du délinquant sexuel. Mais ce consentement peut être largement influencé par la crainte d'un retrait des réductions de peine en cas de refus. Leur participation est alors plus ou moins volontaire. La loi du 25 février 2008²¹⁷ a modifié l'article L. 3711-3 du Code de la santé publique en supprimant la formule « *hors autorisation de mise sur le marché* » et en préférant parler d'« *un traitement utilisant des médicaments qui entraînent une diminution de la libido* ». Puis avec la loi du 10 mars 2010²¹⁸, le législateur a opté pour la formule « *tout traitement indiqué pour le soin du condamné y compris des médicaments inhibiteurs de libido* ». Depuis, la possibilité de prescrire un médicament hors AMM interroge. Et le scandale de l'affaire du Médiateur et l'adoption de modifications des dispositions relatives

²¹⁵ C. santé publ., art. L. 3711-3, ancienne version.

²¹⁶ C. pén., art. 131-36-4.

²¹⁷ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (1), JO du 26 février 2008, p. 3266.

²¹⁸ Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale (1), JO du 11 mars 2010, p.4808.

aux prescriptions hors AMM²¹⁹ a complexifié davantage la situation. Après avoir traité de la question dans un colloque organisé par la MSH Lorraine en 2005²²⁰, puis dans un colloque organisé par le laboratoire de la Faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy en 2008²²¹, je suis également intervenue sur le sujet, en anglais, dans un colloque international organisé à Zagreb (Croatie) en 2010²²². Encore aujourd'hui, le sujet demeure une préoccupation qui m'intéresse et que je souhaite développer dans les années à venir²²³.

Sur le même champ de recherche relatif à l'utilisation du corps humain comme objet de recherches médicales, j'ai également travaillé sur la gestion pour autrui et l'assistance médicale à la procréation. La loi pénale contient non seulement un interdit spécial relatif à la gestation pour autrui, mais, en sus, des infractions de Droit commun peuvent également parfois donner lieu à s'appliquer en la matière. Toutefois la situation est loin d'être idéale : l'interdit relatif à la gestation pour autrui est fortement circonscrit et il demeure, malgré tout, trop sujet à discussions et est exacerbé par les revendications d'une partie de la population. Je suis intervenue sur le sujet dans un colloque dont les actes ont été publiés²²⁴ et j'ai dirigé un mémoire de Master 2 sur l'assistance médicale à la procréation, travail qui a été publié en 2018²²⁵.

Enfin, les analyses sur l'instrumentalisation du corps humain dans les recherches médicales et biomédicales m'ont permis d'intervenir dans un colloque portant sur le corps des morts²²⁶. Bien que le principe d'une prohibition des atteintes au cadavre soit posé par la loi pénale²²⁷, certains gestes peuvent en effet être justifiés par une finalité juridique ou par une finalité thérapeutique. Par finalité juridique, il faut surtout entendre les exhumations et autopsies ordonnées par voie de justice²²⁸. Une autopsie, ainsi commandée par la Justice et réalisée dans les conditions posées

²¹⁹ Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, JO du 30 déc. 2011, p. 22667.

²²⁰ « Médicament, sexualité et droit », colloque « Santé et sexualité », organisé le 16 novembre 2012 par la MSH Lorraine, Axe 5 « Santé, qualité de vie et handicap ».

²²¹ « Une recherche biomédicale : les inhibiteurs de libido », colloque « Les 20 ans de la loi Huriet-Sérusclat », organisé les 19 et 20 décembre 2008 par le Centre de recherche de droit privé (Nancy-Université).

²²² « Chemical castration : a forced participation of sex offenders to biomedical research », organisé les 8-11 août 2010 à Zagreb.

²²³ V° Perspectives de recherche, p. 69 et s.

²²⁴ Julie LEONHARD, « Le droit pénal au secours de la prohibition de la gestation pour autrui ? », in *La protection de la personne née d'une PMA impliquant un tiers*, DUMAS S. (dir.), Cahiers Droit Sciences et technologies, 2017, n°7, pp. 85-92.

²²⁵ Mathilde BONNARD (Master 2 Droit de la santé – promotion 2017-2018), *Le statut juridique de l'assistance médicale à la procréation*, L'harmattan, coll. « Bibliothèque de droit », 2018.

²²⁶ La protection pénale du corps mort », colloque « Droits et vie du corps mort », organisé le », organisé les 12 et 13 mars 2015 à Sète par le Centre européen d'Études et de Recherche Droit et Santé (Université de Montpellier 1).

²²⁷ C. pen., art. 225-17 al. 1.

²²⁸ Différentes circonstances autorisent l'autopsie en France, qu'elle soit médico-légale, médico-scientifique ou scientifique. Les exhumations et autopsies peuvent être ordonnées dans le cadre d'une procédure pénale (autopsie

par le Code de procédure pénale²²⁹, ne peut être regardée comme une atteinte à l'intégrité du cadavre ou comme un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme²³⁰. Par finalité thérapeutique, il s'agit surtout d'évoquer les prélèvements d'organes²³¹ qui ne peuvent pas être pratiqués sur les personnes qui ont fait connaître de leur vivant leur opposition²³². Il convient de préciser que l'article 511-5-1 du code pénal prévoit plusieurs infractions applicables au prélèvement d'organes²³³. Notons que les dissections pour les études médicales ne sont pas punissables²³⁴, encore faut-il qu'en plus ces dissections ne soient pratiquées que dans un but médical dans des locaux autorisés²³⁵.

Le corps objet de preuves. De la même manière qu'il peut être objet de recherches médicales, le corps peut être objet de preuves. Deux situations distinctes ont donné lieu à la production de recherches. D'une part, il s'agit de l'estimation de l'âge des mineurs, principalement des mineurs étrangers isolés, par l'épineuse question du recours aux tests osseux. En principe, l'âge d'un individu est facilement établi grâce aux registres, copies et extraits de l'état civil²³⁶. Mais dans certaines circonstances, il peut être difficile de donner avec précision l'âge d'une personne²³⁷. Pourtant, la détermination de la minorité – et parfois même de l'âge précis du mineur – peut s'avérer essentielle en droit afin de permettre au supposé mineur de bénéficier

faite sur l'ordre du juge d'instruction ou dans le cadre d'une enquête pour établir les circonstances de la mort) et peuvent également avoir lieu dans le cadre d'une procédure civile (sur l'exhumation d'un cadavre, ordonnée par la juridiction civile saisie d'une action tendant notamment à l'établissement d'un lien de filiation – V° l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 nov. 1997, D. 1998. 122, note P. Malaurie).

²²⁹ C. pr. pén., art. 230-28 et s.

²³⁰ Stéphane PRIEUR, note sous TA Nantes, 6 janv. 2000, JCP 2000. II. 10396, D. 2000. IR 101.

²³¹ C. santé publ., art. L. 1231-1 et s.

²³² C. santé publ., art. L. 1232-2. Si la personne décédée est un mineur ou un majeur sous tutelle, le prélèvement ne peut avoir lieu qu'à la condition que les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente.

²³³ La loi prohibe spécifiquement le fait de procéder à des prélèvements à des fins scientifiques sur une personne décédée sans avoir transmis le protocole prévu à l'article L. 1232-3 du Code de la santé publique ou de mettre en œuvre un protocole suspendu ou interdit par le ministre chargé de la recherche. Est également puni le fait de mettre en œuvre un protocole suspendu ou interdit par le ministre chargé de la recherche. Le législateur a donc choisi d'incriminer spécifiquement ces comportements et a prévu une peine plus sévère que celle encourue pour une atteinte à l'intégrité du cadavre.

²³⁴ La liberté des funérailles (instituée par la loi du 15 novembre 1887) permet encore aujourd'hui à chacun de prévoir le devenir de sa dépouille, et donc prévoir de donner son corps à la science. V° T. corr. Domfront, 21 déc. 1945, S. 1947. 2. 65, note R. Nerson, Gaz. Pal. 1946. 1. 153, RSC 1946. 237, obs. L. Hugueney ; Emile GARÇON, *Code pénal annoté, par ROUSSELET, PATIN et ANCEL*, 3 vol., 2e éd., 1952-1959, sous art. 360, nos 18 et 56 ; René GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 5, 3e éd., 1913-1924, no 2291, p. 741.

²³⁵ Le praticien ne peut donc pas aller « se fournir » en cadavres comme bon lui semble : celui qui violerait des sépultures pour obtenir des sujets d'anatomie ne pourrait invoquer une justification pénale pour empêcher l'application de l'art. 225-17 du Code pénal.

²³⁶ C. civ., art. 55 et s.

²³⁷ Tel est le cas lorsqu'aucun document officiel ne permet d'établir avec certitude l'âge, parce que l'individu n'est pas identifié ou lorsque les documents produits paraissent discutables.

ou non d'un régime dérogatoire qui lui est favorable²³⁸. J'ai participé à un projet de recherche financé²³⁹ sur l'estimation de l'âge du mineur qui a donné lieu à un colloque dont les actes ont été publiés²⁴⁰ et j'ai rédigé un commentaire d'arrêt récent²⁴¹. Les tests osseux n'ont pas fini d'occuper les juristes et je continuerai à affiner mes recherches. En effet, si le législateur impose que le doute doit profiter à l'intéressé, l'arrêt commenté de la chambre civile de la Cour de cassation en date du 3 octobre 2018 propose une interprétation souple de l'article 388 du Code civil qui semble permettre à un juge de considérer que la certitude de la majorité (reposant essentiellement sur des tests osseux eux-mêmes commandés par l'existence d'un doute sur la minorité résultant des documents d'identité produits) puisse suffire à exclure la minorité d'un individu. La question d'un potentiel contre-pied de l'article 388 du Code civil, qui serait implicitement esquissé par la Cour, doit être posée. La solution serait/sera t-elle identique en l'absence de tout document, officiel ou non, produit ?

D'autre part, il s'agit de l'utilisation de l'ADN comme preuve de la commission d'une infraction. Mon implication récente dans le projet financé par la Mission Droit et Justice, « L'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures judiciaires », dirigé par le Professeur Bruno Py²⁴², m'a permis d'être doublement sollicitée sur la question du corps (de l'ADN précisément) instrument de preuve dans les procédures pénales, qu'il s'agisse de permettre l'identification de l'auteur d'une infraction ou l'identification d'une victime. Je suis d'abord intervenue dans un colloque portant sur « Le procès pénal à l'épreuve de la génétique » dont les actes seront prochainement publiés²⁴³. Ensuite, j'ai été sollicitée pour la réalisation d'un chapitre dans l'ouvrage « *Les usages de l'ADN dans les pratiques policières et judiciaires en France* » (à paraître), dirigé par Joëlle Vailly. Nous allons également publié un ouvrage codirigé avec trois autres collègues de l'Université de Lorraine portant sur ADN & Justice –

²³⁸ Comme la procédure pénale pour un mineur auteur d'une infraction (V° l'ordonnance relative à l'enfance délinquante du 2 février 1945) ou comme le placement à l'aide sociale à l'enfance (C. act. soc. et des fam., art. L. 122-1 et s.) et la procédure d'assistance éducative (C. civ., art. 1181 et s.).

²³⁹ Projet conjoint CNRS-Université de Lorraine, PEPS Mirabelle, projet porté par M. Le Professeur Bruno PY, « *L'Imagerie Médicale et l'estimation de l'AGE du mineur – IM-AGE* ».

²⁴⁰ Julie LEONHARD, « L'importance de la détermination de l'âge du mineur en droit pénal : « quand on aime, on ne compte pas » », in IM-AGE – L'imagerie médicale et l'estimation de l'âge du mineur, Bruno PY et Laurent MARTRILLE (dir.), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2017, pp. 23-46.

²⁴¹ Julie LEONHARD, « Quand les tests osseux l'ont dans l'os... », comm. Cass. Civ. 1ère, 3 oct. 2018, n°18-19.442, RDS 2018, n°87, pp. 99-101.

²⁴² « L'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures pénales », Mission Droit et Justice, 2015-2017.

²⁴³ Julie LEONHARD, « *La place de l'ADN dans le procès pénal* », Cahiers Droit, Sciences & technologies, 2019, à paraître.

L'utilisation de l'empreinte génétique dans les procédures judiciaires²⁴⁴. Cet ouvrage repose, d'une part, sur les interventions proposées lors d'une journée d'études portant sur la preuve ADN et le procès pénal, organisée par l'Institut François GénY de l'Université de Lorraine les 8 et 9 juin 2017 et, d'autre part, sur des contributions complémentaires permettant d'étendre la réflexion à toutes les procédures judiciaires. Dans un contexte sociétal où la preuve scientifique est parfois encensée par les non-spécialistes, il est très éclairant d'évaluer l'intérêt effectif du recours à l'exploitation de l'ADN dans les procédures judiciaires afin de déterminer ses perspectives d'évolution, voire d'expansion. J'ai également dirigé un mémoire de Master 1 sur le sujet²⁴⁵ et je suis membre depuis 2017 du comité de suivi de thèse de Geoffrey VIBRAC qui travaille sur le corps et la preuve pénale²⁴⁶.

2) Le corps moyen

Le corps « moyen » du dopage. Le corps peut également être étudié en tant que moyen dans l'étude de certaines infractions. Au service de la délinquance, le corps est instrumentalisé en ce qu'il est le support de commission de l'infraction. Tel est le cas pour les infractions relatives au dopage dans le domaine sportif sur lesquelles j'ai écrit un chapitre dans l'ouvrage dirigé par le Professeur François Vialla en 2014²⁴⁷. L'étude du dopage dans le sport pose de nombreuses questions encore non résolues. La première de ces interrogations est celle de sa définition, qui ne fait l'objet que d'un consensus limité. Le dopage ne semble se définir qu'à travers son interdit : il est la violation des règles antidopage figurant à l'article L. 232-9 du Code du sport²⁴⁸. Le Code mondial antidopage lui-même dispose que le dopage se définit « *comme une ou plusieurs violations des règles antidopage énoncées aux articles 21 à 28 du Code* »²⁴⁹. Grâce au recours à certaines substances dopantes, un sportif peut améliorer ses performances et triompher sournoisement de ses adversaires restés à l'écart de ces produits interdits. Ce manque

²⁴⁴ Julie LEONHARD, Mathieu MARTINELLE, Catherine MENABE et Bruno PY (dir.), ADN & Justice – L'utilisation de l'empreinte génétique dans les procédures judiciaires, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », décembre 2019.

²⁴⁵ Gérard MBA-ELLA (Master 1 – promotion 2017-2018), *La preuve ADN et les fichiers*.

²⁴⁶ Geoffrey VIBRAC, *Corps humain et preuve pénale*, sous la direction de B. PY, 3^{ème} année

²⁴⁷ Julie LEONHARD, « Le dopage du sportif et le droit pénal », in *Les assises du corps transformé : le sportif*, François VIALLA (dir.), Les études hospitalières, 2014, pp. 265-282. Il s'agit de la publication d'actes d'un colloque organisé quelques années plus tôt, agrémentés de contributions supplémentaires, dont la mienne.

²⁴⁸ C. sport, art. L232-9 : « *Il est interdit à tout sportif : 1° De détenir ou tenter de détenir, sans raison médicale dûment justifiée, une ou des substances ou méthodes interdites figurant sur la liste mentionnée au dernier alinéa du présent article ; 2° D'utiliser ou tenter d'utiliser une ou des substances ou méthodes interdites figurant sur la liste mentionnée au dernier alinéa du présent article. (...) La liste des substances et méthodes mentionnées au présent article est celle qui est élaborée en application de la convention internationale mentionnée à l'article L. 230-2 ou de tout autre accord ultérieur qui aurait le même objet et qui s'y substituerait. Elle est publiée au Journal officiel de la République française* ».

²⁴⁹ Code mondial antidopage, art. 1.

de loyauté dans le déroulement des compétitions sportives amatrices ou professionnelles, apparaît non seulement comme moralement condamnable, mais pose également la question de la répression pénale du sportif et de son entourage. J'ai dirigé un mémoire de Master 2 sur les sanctions répressives non pénales du dopage sportif humain²⁵⁰.

Le corps « moyen » du clonage. Une autre situation où le corps se trouve être le moyen de commission d'un interdit est le clonage. Dans les *Grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, ouvrage dirigé par le Professeur François Violla, j'ai ainsi rédigé un chapitre sur le clonage en 2013. Fortement concerné par les progrès de la science et de la médecine appliqués dès le commencement de la vie, le CCNE, dans un avis n°54 du 22 avril 1997, s'est prononcé sur le clonage reproductif et s'est fermement opposé à la technique. Il réaffirme la distinction fondamentale qui doit être établie entre le clonage non reproductif de cellules humaines incapables d'engendrer par elles-mêmes des êtres humains, de pratique courante et ancienne en recherche et analyse biomédicales, et le clonage reproductif destiné à aboutir à la naissance d'un enfant. Pour le Comité, le remplacement dans l'espèce humaine de la procréation par une méthode de reproduction faisant appel aux techniques du clonage constituerait, sur le plan biologique, symbolique, philosophique et juridique une aberration dont il faut à tout prix se protéger, une réelle rupture avec la condition humaine actuelle. L'absence de référence expresse au clonage dans la législation française ne doit pas s'analyser comme un obstacle juridique à sa prohibition et le CCNE laisse au législateur le soin d'apprécier la réelle nécessité d'une incrimination explicite. Objet de « *débats en dentelle* »²⁵¹, le clonage thérapeutique place le juriste devant de nouveaux questionnements : « *d'une part, légitimer la création d'embryons dans un but non procréatif le conduit à s'interroger sur le statut de l'embryon, et donc sur l'étendue de la protection légale de la vie dès son commencement ; d'autre part, il est permis de se demander si le clonage thérapeutique peut être autorisé sans attenter au cadre légal en matière de recherches sur l'embryon* »²⁵². L'éventuelle question de sa légalisation, relève dès lors, pour grande partie de la notion d'embryon et de son statut, une légendaire *pulchra quaestio*.

²⁵⁰ Céline STOEFFER (Master 2 Droit privé général – promotion 2018-2019), *Les sanctions répressives (non pénales) du dopage du sportif humain*.

²⁵¹ Florence BELLIVIER, « Réflexions au sujet de la nature et de l'artifice dans les lois de bioéthique », LPA 2005, n° 35, p. 11.

²⁵² Patricia HENNION-JACQUET, « Réflexions sur la révision des lois de bioéthique : vers la légalisation du clonage thérapeutique ? », RDSS 2008, p. 1061.

III. L'intégrité de la personne

Du corps à la personne. Force est de constater que le corps ne pouvait pas rester le seul sujet de mes recherches. L'humain n'est pas qu'une enveloppe charnelle, mais a bel et bien une âme que le droit prend en considération, d'où l'existence des droits de la personnalité. Rapidement et logiquement se sont alors imposés d'autres thèmes de recherche dépassant les seules questions juridiques relatives au corps humain. Aussi, l'image du corps et l'enregistrement des informations relatives à la personne ont permis de m'interroger sur l'intégrité de la personne. Ces recherches, plus maigres d'un point de vue quantitatif, complètent mes analyses et enrichissent mes réflexions. La protection des données personnelles du patient malade est par exemple devenue aussi importante que la protection de son intégrité physique.

Par conséquent, deux thèmes distincts de ma recherche portent sur l'intégrité de la personne : l'image de la personne (A) et les données de la personne (B). Une fois encore l'originalité souhaitée de la démarche consiste à proposer des réflexions en droit de la santé, en droit pénal et en droit de la santé.

A. La personne représentée

Les travaux menés sur les représentations de la personne présentent une caractéristique commune en ce qu'ils viennent compléter les réflexions proposées sur l'intégrité corporelle (l'image du malade et du cadavre) et celles produites sur l'intégrité sexuelle (l'image sexuelle de la personne). Pour plus de cohérences scientifique il est proposé de présenter d'abord l'étude de l'image du vivant (1), puis celle du mort (2).

1) L'image du vivant

L'image sexuelle du vivant. Les représentations sexuelles sont venues rapidement enrichir les réflexions conduites sur les infractions sexuelles par un premier chapitre d'ouvrage co-écrit avec mon directeur de thèse en 2009 portant que les représentations artistiques du sexe²⁵³, puis la thématique a été abordée dans un colloque organisé par l'IRENEE (Université de Lorraine) dont les actes ont donné lieu à publication en 2011²⁵⁴. J'ai également écrit un chapitre dans un

²⁵³ Julie LEONHARD et Bruno PY, « Le sexe et sa représentation artistique », in *Homme-femme : de quel sexe-êtes-vous ?*, Lucile GUITIENNE et Marlène PROST, (dir.), PUN, 2009, coll. « épistémologie du corps », pp. 151-160.

²⁵⁴ Julie LEONHARD, « La nudité toute nue », in *Le Sexe et la Norme*, Nathalie DEFFAINS et Bruno PY, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2011, pp. 85-138.

ouvrage scientifique sur l'image patrimonialisée des acteurs pornographiques²⁵⁵, jointe au présent dossier²⁵⁶.

L'art érotique est, pour bon nombre de civilisations, l'occasion de représenter des scènes sexuelles soit pour rendre un culte à l'acte de reproduction, soit par plaisir de la transgression, soit par simple goût esthétique. La Vénus callipyge est tantôt objet de vénération, tantôt objet de réprobation. Les représentations artistiques à connotation sexuelle sont souvent critiquées ou tournées en ridicule, pour des raisons d'ordre culturel, religieux ou moral. Elles suscitent parfois une volonté de prohibition, principalement, par des personnes qui n'en supportent pas la vue. En la matière, le régime de censure, tant administratif que pénal, des œuvres, a suivi l'évolution des mœurs de la société laquelle se réfère à la sensibilité objective d'un spectateur moyen, sensibilité qui varie selon les époques. Ainsi, il est intéressant d'observer que ce qui était interdit autrefois ne l'est plus nécessairement aujourd'hui. Ce qui conduit alors à s'interroger sur le Droit contemporain, donc sur la place actuelle de l'art et de la liberté de création en matière de représentation de la sexualité. Peut-on aujourd'hui tout montrer ? A l'évidence la réponse est négative. Si l'évolution des mœurs a élargi le champ du permis, entraînant de la sorte une plus large diffusion des œuvres à caractère sexuel, et ce notamment dans le champ littéraire, certaines sont toujours censurées au nom de la protection des mineurs. Le contrôle des œuvres artistiques ne trouve pas sa justification dans la protection de l'intégrité physique, puisque l'art n'implique aucun contact physique, mais dans la suggestion qu'elles peuvent susciter dans l'esprit du spectateur. Quant à la nature des œuvres concernées, il est frappant de considérer que la littérature, même explicitement suggestive, bénéficie d'une indulgence croissante, alors même que l'image reste fortement suspecte. On relèvera avec malice que le Droit reflète certains paradoxes qui caractérisent le regard de la société sur la sexualité des mineurs. Le mineur peut librement accéder à une vie sexuelle à partir de l'âge de quinze ans. Il lui est possible de s'adonner aux délices de la chair sans craindre les foudres de la loi. Pourtant, il lui faudra attendre la majorité pour prétendre contempler certaines représentations, y compris artistiques, de faits qu'il a toute latitude de pratiquer. La protection du regard du mineur serait-elle une obsession majeure ?

L'image du malade. Si les représentations sexuelles de la personne nourrissent la recherche, l'image du malade est elle aussi un sujet ayant retenu mon attention en raison de mes recherches

²⁵⁵ Julie LEONHARD, « L'image patrimonialisée des acteurs pornographiques », in *Corps et Patrimoine*, Guylène NICOLAS (dir.), LEH, coll. « Les cahiers du droit de la santé », 2014, pp. 315-340.

²⁵⁶ 4^{ème} publication significative jointe, p. 137 et s.

en droit de la santé sur le malade. L'image en général constitue un élément d'illustration et d'authentification quasi incontournable des faits rapportés par les journalistes²⁵⁷. Émission de télévision relatant la vie d'enfants handicapés mentaux vivants dans un établissement spécialisé, diffusion dans un magazine people de la photographie d'un enfant d'acteur célèbre couché dans un lit d'hôpital, ou encore d'une comédienne en fauteuil roulant poussé par son mari devant un établissement de soins... autant d'exemples qui manifestent l'attrait sensible de la presse pour les représentations de corps malades. Le goût contemporain exacerbé pour le sensationnalisme et la transparence, ajouté à l'appétence particulière (principalement justifiée par la peur, la prévention ou la soif de connaissances) pour les différentes pathologies, conduisent à une banalisation de la diffusion en boucle d'images de malades identifiables. L'exercice de la médecine pose la problématique de la pudeur depuis toujours, l'acte de soin supposant toujours *a minima* un regard, *a maxima* un geste, sur le corps dénudé du soigné²⁵⁸. La nudité, totale ou partielle, est une apparence que la personne malade prend fréquemment lors des consultations médicales, des actes de soin ou des hospitalisations. Et le malade, plus facilement exposé qu'une personne bien portante à la question de sa pudeur, peut vivre plus ou moins difficilement cette situation, pourtant nécessaire à sa santé : « (...) *la nudité est une posture qui peut être ambiguë, voire gênante, pour la personne examinée* »²⁵⁹. Si la personne malade admet d'exposer son corps souffrant, parfois dénudé, aux professionnels de santé, puisque c'est pour son bien, il est des hypothèses dans lesquelles elle peut devoir vivre une divulgation de son image, de l'image de son corps affaibli, malade, douloureux, aux yeux de la société entière. Ce n'est plus alors seulement un manque d'intimité inhérent au contexte médical et nécessaire à la prise en charge du patient, mais une intrusion, une immixtion dans son intimité, qu'il n'a pas nécessairement souhaité. En matière de diffusion d'image de malade, c'est la fonction de témoignage, de révélation visuelle, de l'image qui intervient. Selon l'adage juridique²⁶⁰, *da nihi factum, dabo tibi jus*²⁶¹, l'image du malade est prise en compte et sanctionnée par le Droit pénal *via* deux qualifications pénales : le délit d'atteinte à l'intimité de

²⁵⁷ Cour européenne des droits de l'homme, 23 sept. 1994, *Jersild c. Danemark*, série A, n°298, § 31, *R.U.D.H* 1995, p. 4 : « (...) *par les images, les médias audiovisuels peuvent transmettre des messages que l'écrit n'est pas apte à faire passer (...), ceux-ci ont des effets souvent beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite* ».

²⁵⁸ Bernard HOERNI, *Pratique médicale et sexualité*, rapport, CNOM, déc. 2000 : « *L'examen clinique se fait en général sur un patient dénudé et comporte des contacts intimes entre mains et doigts du praticien et régions sensibles du corps du patient : en particulier examen des seins chez la femme, des parties génitales avec touchers pelviens dans les deux sexes, mais aussi autres zones érogènes selon les individus* ».

²⁵⁹ Sophie HOCQUET-BERG et Bruno PY, *La responsabilité du médecin*, Ed. Heures de France, coll. « Droit professionnel », 2006, n°247.

²⁶⁰ Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrétien, coll. « Domat Droit privé », 3^e éd. 2005, p. 381, n°113 : « *L'adage est présent dans le droit comme une parole de sagesse* ».

²⁶¹ « *Donnez-moi les faits, je vous donnerai le droit* ».

la vie privée²⁶² et/ou le délit de violation du secret professionnel²⁶³. Elles ont fait l'objet d'une communication dans un colloque dont les actes ont donné lieu à une première publication en 2011²⁶⁴. J'ai codirigé la publication d'une réédition de l'ouvrage, revue et augmentée, paru dernièrement²⁶⁵.

2) L'image du mort

L'image du mort. Les recherches ne sont pas limitées à la seule image de la personne et visent également les représentations de cadavres qui soulèvent des problèmes spécifiques. Pour certaines époques, l'image du cadavre évoquait davantage une intrigue de romans policiers qu'une utilisation médiatique. L'emploi du mot « cadavre » exaltait assurément l'imaginaire des amateurs de polars et courtoisait leurs appétences littéraires particulières²⁶⁶. Pourtant, l'attrait pour le mort dépasse la seule littérature policière. Selon les époques et les lieux, les produits artistiques diffèrent, mais la mort a toujours captivé avec véhémence les sociétés et animé arduement les artistes. Les nombreuses représentations de corps souffrants, sanglants, macabres ou morts, imagés ou explicites en attestent. De nos jours, on ne compte plus les multiples publications d'images de cadavres, des diffusions nationales ou transnationales : la photographie de Bob Kennedy gisant dans le sang quelques secondes après son assassinat en 1968, les photographies des camps de concentration pendant la seconde guerre mondiale, les photographies de gens brûlés pendant la guerre du Vietnam, ...²⁶⁷. La médiatisation d'informations relatives aux personnes décédées n'est pas nouvelle. Depuis longtemps les journalistes relatent les circonstances de la mort d'une personne (accident, homicide, suicide...) ou font état dans les rubriques nécrologiques de l'« *histoire de vie du disparu* »²⁶⁸. En revanche,

²⁶² C. pén., art. 226-1 et 226-2.

²⁶³ C. pén., art. 226-13.

²⁶⁴ Julie LEONHARD, « L'image du malade, une protection pénale bien portante ? », in *La Pudeur et le Soin*, Bruno PY (dir.), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2011, pp. 29-52.

²⁶⁵ Julie LEONHARD et Bruno PY (dir.), *La Pudeur et le Soin – 2^{ème} édition revue et augmentée*, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », octobre 2019.

²⁶⁶ Par ex. : Agatha CHRISTIE, « *Un cadavre dans la bibliothèque* », 1942, (*The body in the library* dans l'édition originale britannique). L'œuvre rencontra un franc succès dès sa parution. Le roman a fait l'objet de plusieurs éditions et rééditions, dont certaines très récentes (chez Le livre de poche jeunesse en 2008) et de plusieurs adaptations télévisées.

²⁶⁷ François FOURMENT (dir.), « La médiatisation de la personne décédée », *Légipresse*, 2007, n°243, II, p. 91 et s. : « *Si le décès peut être considéré, pour la personne physique, comme la sortie de scène juridique, il n'en est pas du tout de même de la scène médiatique. Sous cette rampe-là, le mort continue, parfois bien longtemps après son dernier souffle, à jouer un rôle* ».

²⁶⁸ François FOURMENT, « La médiatisation de la personne décédée », *ibidem* : « *Il suffit d'ouvrir la plupart des journaux locaux pour se rendre compte que la différence de nature entre l'article biographique et celui relatant les circonstances de la mort d'une personne se retrouve dans la forme même de la publication. Accident mortel, homicide, éventuellement suicide spectaculaire sur la voie publique, trouveront leur compte rendu dans la page des "Faits divers" avec, si possible, un ton neutre et distancié propre aux articles factuels. Placée souvent dans*

la médiatisation d'image de cadavre est apparue plus tardivement et s'est accrue progressivement. Longtemps restée volontairement invisible ou dissimulée, la mort connaît aujourd'hui un « dévoilage » complet, principalement traduit par l'attrait contemporain sensible de la presse pour les représentations de cadavre²⁶⁹, « *ce reflet de reflet* »²⁷⁰. La protection du souvenir du mort peut s'analyser non seulement comme une prérogative des vivants (respect du testament, protection de la mémoire des morts), mais aussi comme un attribut du défunt, sous entendant l'idée d'un respect dû aux morts. Les recherches menées s'attachent principalement à la délimitation de la protection du cadavre « victime » de l'exploitation de son image. « *Bien que mort, le corps du défunt recèle une part d'humanité et à ce titre, doit être protégé* »²⁷¹. Aussi, après être intervenue sur l'image du cadavre dans un colloque en 2009 dont les actes ont été publiés en 2011²⁷², j'ai accepté une intervention dans un colloque organisé à Sète en 2015 qui a également été l'occasion de traiter du sujet²⁷³.

B. La personne examinée

La notion d'examen pourrait renvoyer à l'idée d'une consultation médicale et des différents actes de soins nécessaires à l'élaboration d'un diagnostic. Il s'agit pourtant ici d'évoquer plutôt les éventuelles observations susceptibles d'être effectuées sur une personne et de définir ce qu'il advient des informations ainsi obtenues qu'il s'agisse d'étudier le secret professionnel (1) ou les dossiers et fichiers (2).

1) La personne épiée

Les données secrètes. On trouve une trace d'élaboration de règles sur le secret il y a plus de 2000 ans avec le serment d'Hippocrate²⁷⁴. Le secret est une limitation ou une interdiction à la circulation des informations, à la diffusion des informations. De l'étanchéité du secret, de son existence et de sa force dépend la confiance. Tous les professionnels de santé sont soumis au secret professionnel par l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique et sa violation est

une autre page, sous la rubrique de la localité où vivait le défunt, la nécrologie, elle, n'évoquera que brièvement les circonstances de la mort pour ne s'intéresser, sur un ton plus chaleureux, qu'à l'histoire de la vie du disparu ».

²⁶⁹ L'ancien slogan de la revue Paris-Match, « *Le poids des mots, le choc des photos* », témoigne de la puissance abstraite des images ; « *Une image vaut mille mots* », Confusius.

²⁷⁰ Françoise RINGEL et Emmanuel PUTMAN, « *Après la mort...* », D. 1991, chron. p. 243.

²⁷¹ Bruno PY, *La mort et le droit*, PUF, coll. « Que sais-je », n°3339, 1999, p. 123.

²⁷² Julie LEONHARD, « *Cadavre à la une – regards du droit pénal sur l'image du cadavre* », in *La Mort et le Droit*, Bruno PY (dir.), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2011, pp. 207-226.

²⁷³ « *La protection pénale du corps mort* », colloque « Droits et vie du Corps mort », organisé les 12 et 13 mars 2015 à Sète par le Centre européen d'Études et de Recherche Droit et Santé (Université de Montpellier 1).

²⁷⁴ Serment d'Hippocrate, version dite de Montpellier, 2000 ans avant Jésus Christ : « *Admis dans l'intérieur des maisons, mes yeux ne verront pas ce qui s'y passe, ma langue taira les secrets qui me seront confiés, et mon état ne servira pas à corrompre les mœurs, ni à favoriser le crime...* ».

prohibée par l'article 226-13 du Code pénal. Le secret professionnel trouve son fondement dans un intérêt privé, mais aussi dans un intérêt collectif²⁷⁵. Il est garant de la confiance du patient envers le professionnel de santé qu'il consulte. Après une première intervention dans un colloque en 2011²⁷⁶ sur le secret professionnel et le VIH, j'ai accepté une communication dans un colloque organisé en 2019 par le Barreau d'Aix-en-Provence sur le secret professionnel et les réseaux sociaux²⁷⁷. Des exemples de « dérapages » sur les réseaux sociaux sont régulièrement publiés dans la presse : aux États-Unis début 2015 une infirmière a été congédiée parce qu'elle a annoncé sur son Twitter la naissance et le prénom de l'enfant d'une actrice célèbre qui souhaitait la discrétion autour de son accouchement ; à Fortaleza (Brésil) en 2014 une infirmière a perdu son emploi après avoir publié sur YouTube une vidéo réalisée avec son smartphone de la star du football Neymar qui était hospitalisée ; en France en 2016 une infirmière de la région parisienne a posté un commentaire sur Facebook relatif à la présence d'un animateur télé dans son hôpital, etc. Aussi la question est d'actualité et les réseaux sociaux sont devenus une opportunité pour chacun de s'exprimer « en toute liberté ». Le livre blanc publié par l'Ordre des médecins en 2011 appelle à la prudence²⁷⁸. Répondre à la problématique de la question du secret professionnel et des professionnels de santé sur les réseaux sociaux implique de dissocier selon les réseaux sociaux et surtout selon l'auteur de l'écrit (personne ou non tenue au secret).

Je suis également membre depuis 2017 du comité de suivi de thèse de Valérie Olech qui travaille sur le secret professionnel et les nouvelles technologies et soutient son travail en décembre 2019²⁷⁹.

Le secret professionnelle et le Grenelle des violences conjugales. Dernièrement, c'est la question des modifications proposées par le Grenelle des violences conjugales²⁸⁰ à propos du

²⁷⁵ Émile GARÇON, *Code pénal annoté de 1810*, Sirey, note sous art. 378 : « Si la loi sanctionne la violation du secret, c'est pour garantir à chacun d'entre nous la possibilité d'avoir un médecin pour soigner son corps, un prêtre pour soigner son âme et un avocat pour son intérêt, en ayant en avance confiance en ces gens ».

²⁷⁶ « Secret professionnel et annonce du diagnostic VIH », colloque « Le VIH – questions de droit », organisé le 13 sept. 2011 par la Coordination Régionale de lutte contre l'infection VIH – Lorraine.

²⁷⁷ « Le secret médical et les réseaux sociaux », colloque « IV^{ème} rencontre du Droit de la santé – Le secret médical », organisé par le Barreau d'Aix-en-Provence le 9 nov. 2018.

²⁷⁸ Ordre national des médecins, *Livre blanc – Déontologie médicale sur le Web*, 2011 : « S'agissant plus spécialement des réseaux sociaux, il faut bien comprendre que l'affichage sur un « mur » revient à un déshabillage devant une fenêtre sans rideau : il n'y a peut-être pas de vis-à-vis (zone dite privée) et les internautes ne sont pas obligés d'accéder à « votre » mur, ou plutôt celui concédé par le réseau, mais le risque existe et une fois le document, photo ou texte, récupéré par un de vos « amis », vous êtes devant un papier qui part au vent sans jamais pouvoir l'arrêter ! ».

²⁷⁹ Valérie OLECH, *L'influence des technologies de l'information et de la communication sur la notion de secret professionnel ; application à l'e-santé*, sous la direction de B. PY, 4^{ème} année.

²⁸⁰ Propositions présentées le 25 novembre 2019.

secret professionnel qui sont au cœur de mes préoccupations. Le Premier ministre a lancé le 3 septembre 2019 un Grenelle des violences conjugales. La démarche, ambitieuse et historique, poursuit de nobles objectifs : identifier les dysfonctionnements actuels et proposer des solutions efficaces destinées à renforcer la lutte contre les violences conjugales. Si beaucoup des mesures suggérées ne peuvent qu'être saluées (comme le renforcement des formations, initiale et continue, des forces de l'ordre, des professionnels de l'éducation et des professionnels de santé), d'autres interrogent déjà, comme la proposition de permettre à tout soignant de porter à la connaissance des autorités sans l'accord de la victime des faits de violences conjugales en cas de risque sérieux de renouvellement de celles-ci (proposition du groupe justice et du groupe violences intrafamiliales). La modification envisagée de l'article 226-14 2° du code pénal questionne du fait que l'accord de la victime ne serait plus nécessaire. Un éditorial²⁸¹ et un article de vulgarisation ont été écrit sur cette question. Cette nouvelle conception de l'actuelle exception au secret professionnel, bien plus (trop ?) étendue, paraît lourdement contestable, et ce pour au moins trois motifs.

En raison du caractère général du secret professionnel d'abord. Emile Garçon rappelait déjà en son temps l'intérêt social du secret professionnel, justifiant qu'il soit d'ordre public : « *Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourrait accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable* »²⁸². La mission des soignants se concentre sur les soins et le respect du secret professionnel assure la condition nécessaire de la confiance, garante de ces soins. Une dénonciation aux autorités sans consentement de la victime mettrait à mal l'indispensable confiance que doit avoir tout patient envers tout professionnel de santé quel qu'il soit. Et elle malmènerait en conséquence les soins, voire pourrait même dissuader certaines victimes de consulter un soignant au risque que les faits soient révélés sans leur consentement.

En raison de son caractère nébuleux ensuite. Le cadre juridique de la dénonciation imaginée semble insuffisamment précis. La mesure prévoit une dénonciation sans accord de la victime uniquement « *en cas de risques sérieux de renouvellement des violences conjugales* ». Quand et comment un risque, par nature incertain et imprévisible, commence-t-il à devenir sérieux et donc pourrait autoriser la révélation des faits aux autorités ? Le principe de légalité criminelle,

²⁸¹ Julie LEONHARD, « Éditorial : Grenelle des violences conjugales et secret professionnel : efficacité ou démesure ? », RDS 2019, n°93, à paraître ; « 3 questions à Julie Leonhard sur les Grenelles des violences conjugales », 28 nov. 2019, Le club des juristes – L'actualité au prisme du droit (blog).

²⁸² Émile GARÇON, Code pénal annoté, 1901, art. 378, n°7.

clef de voute du droit pénal (c. pen., art. 111-4), exige des textes clairs et précis afin d'éviter toute ambiguïté et d'assurer la sécurité juridique. Aussi, si la mesure devait être adoptée, en dépit des critiques formulées, elle ne pourrait être libellée en ces termes trop flous.

En raison de son efficacité incertaine enfin. Les professionnels de santé peuvent déjà aujourd'hui dénoncer des faits de violences sans le consentement de la victime, lorsque celle-ci est « *un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique* » (c. pen., art. 226-14 2°). Or, le rapport sur les morts violentes d'enfants au sein des familles – évaluation des services sociaux, médicaux, éducatifs et judiciaires concourant à la protection de l'enfance, de mai 2018, réalisé par le ministère des affaires sociales, le ministère de la justice et le ministère de l'éducation nationale, met en exergue la très faible quantité des dénonciations faites par les professionnels de santé. Ce n'est pas parce que la loi les autorise à dénoncer, qu'ils dénoncent en pratique. Le caractère nécessairement incertain des suspicions, la crainte de faire une erreur, la peur de perdre la confiance des parents et de ne plus pouvoir soigner le patient mineur, le caractère éloigné du soin et l'absence de formation sont autant de raisons identifiées. Autoriser la dénonciation ne garantit en rien qu'elle soit mise en œuvre et donc ne certifie pas de l'efficacité du système. Et prévoir des formations ne suffit pas non plus à assurer l'efficacité.

Tout moyen visant à renforcer la lutte contre les violences conjugales doit évidemment être recherché et proposé pour que le fléau puisse être enrayé. Il ne s'agit pas ici de freiner la démarche entreprise. La prudence appelle seulement à ne pas conseiller une mesure aussi périlleuse juridiquement qu'incertaine, voire dangereuse, en pratique : la fin ne doit pas justifier tous les moyens et surtout ceux peu profitables.

2) La personne enregistrée

Les données enregistrées dans un dossier. Les données d'une personne, et en particulier les informations identifiantes d'une personne, peuvent parfois faire l'objet d'une transcription. Les activités de recherche se sont alors étendues à deux problématiques : les dossiers médicaux du patient et la question des fichiers créés par le Droit.

Le dossier pharmaceutique occupe une place prioritaire dans mes recherches. Toujours dans la logique de venir compléter les recherches menées par l'axe santé de l'IFG, il m'importait de développer ce sujet de recherches qui entre en résonance avec les réflexions produites par mes

collègues sur les autres dossiers médicaux, principalement le DMP²⁸³. Le dossier pharmaceutique est un outil créé par les pharmaciens pour les pharmaciens. Si l'Ordre national des pharmaciens travaille depuis 2005 sur le dossier pharmaceutique, c'est la loi du 30 janvier 2007²⁸⁴ qui l'a créé officiellement²⁸⁵ et qui a désigné l'Ordre comme responsable de sa mise en place²⁸⁶. Officiellement, la conception du DP a été imaginée de sorte que les droits du patient soient respectés, de la création du DP, à son fonctionnement et son utilisation. Pourtant un certain nombre d'atteintes aux droits du patient sont susceptibles de nourrir les contentieux et de susciter des interrogations. Il s'agit principalement de l'exigence du consentement du patient quant à l'ouverture de son dossier, de l'alimentation du dossier par les pharmaciens et de l'hypothèse du majeur incapable de se déplacer qui a besoin d'une copie de son dossier. Toutes ces questions ont déjà été abordées dans un premier colloque national²⁸⁷ organisé par l'IFG et Télésanté Lorraine en 2017 et dans un second colloque international²⁸⁸ organisé à Téhéran (Iran) la même année. Dans cette dernière manifestation, il s'agissait surtout de démontrer les intérêts juridiques de l'outil et ses faiblesses à améliorer. Les problématiques continuent à interroger, principalement en raison des modifications législatives fréquentes sur le dossier pharmaceutique et seront assurément au centre de mes recherches futures.

Les données enregistrées dans un fichier. La question des fichiers occupe également une partie des activités de recherche. Si un patient peut consentir à l'enregistrement de ses données dans un dossier, il existe également des hypothèses plus générales, en dehors de la santé, où le droit a prévu que les données d'un individu soient consignées dans un fichier. L'hypothèse a principalement été approchée grâce à ma participation au projet de recherche financé par la Mission Droit et Justice portant sur « L'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures judiciaires », puisque mon rôle a principalement été attaché à l'étude du fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG), objet de ma communication au colloque organisé par l'IFG en 2017 dans le cadre du projet, dont les actes sont en cours de

²⁸³ Colloque sur le DMP mené en 2005 ; Dossier « Les enjeux du DMP », Bruno PY (dir.), RDGM 2006, n°20 ; thèse de droit privé de Caroline ZORN-MACREZ, *Données de santé et secret partagé : pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées*, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2010.

²⁸⁴ Loi n°2007-127 du 30 janvier 2007 ratifiant l'ordonnance n°2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique (1) (Titre résultant de la décision du Conseil constitutionnel n°2007-546 DC du 25 janvier 2007), JORF du 1 févr. 2007, p. 1937.

²⁸⁵ C. sécurité soc., art. L. 161-36-4-2.

²⁸⁶ C. santé publ., art. L. 4231-2.

²⁸⁷ « Le dossier pharmaceutique respectueux des droits des usagers », colloque « Accès aux données de santé : des pratiques aux risques juridiques », organisé le 26 avril 2017 par l'IFG (Université de Lorraine et Télésanté Lorraine).

²⁸⁸ « Le dossier pharmaceutique », colloque « 5^{ème} congrès de droit médical « Le Droit pharmaceutique », organisé les 13 et 14 décembre 2017 à Téhéran (Iran).

publication dans un ouvrage que je codirige²⁸⁹. Créé par la loi du 17 juin 1998²⁹⁰, le FNAEG est un outil au service de la police et de la gendarmerie dans la recherche et l'identification des auteurs d'infractions. La matière pénale contient aujourd'hui de nombreux fichiers²⁹¹ et les étudier pourrait parfois laisser pantois. En effet, il existe non seulement des fichiers pour la police et la gendarmerie (FAED²⁹², FIJAISV²⁹³, TAJ²⁹⁴, etc.), pour la Justice (le casier judiciaire²⁹⁵ est l'un des fichiers judiciaires les plus connus par exemple), mais aussi pour l'administration pénitentiaire (APPI²⁹⁶, etc.). Qui plus est, outre les fichiers créés par la loi, et donc connus et répertoriés, des fichiers « de terrain » apparaissent... La CNIL recensait 58 fichiers en 2009, 80 en 2011, 93 en 2013, dont 45% étaient en attente d'avoir une assise légale²⁹⁷. Notre travail a précédemment démontré que lorsqu'une empreinte génétique est obtenue, elle peut être exploitée. Et que le prélèvement, le traitement et la valeur probante de l'empreinte ADN soulèvent nombre d'interrogations. La question du FNAEG, de son contenu et de son accès en écriture et en lecture, est tout autant sujette à complexité et parfois, incertitudes. L'alliance de la police nationale, de la gendarmerie nationale, de la justice et de l'informatique comporte inéluctablement des risques en termes de libertés fondamentales des individus. Que le fichier soit utile ou pas, utilisé ou non, il pose des difficultés techniques et

²⁸⁹ Bruno PY, Julie LEONHARD, Mathieu MARTINELLE et Catherine MENABE (dir.), *ADN & Justice – L'utilisation de l'empreinte génétique dans les procédures judiciaires*, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », décembre 2019.

²⁹⁰ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, JO du 18 juin 1998, p. 9255.

²⁹¹ Etienne LESAGE, « Compte-rendu de la réunion du 12 avril 2012 – commission Famille du barreau de Paris », La grande bibliothèque du Droit : « Entrer dans le monde des fichiers est une expérience qui semble sans fin et mystérieuse, presque labyrinthique ».

²⁹² Le FAED (fichier automatisé des empreintes digitales) a été créé en 1987 (Décret n° 87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur).

²⁹³ Le FIJAISV (fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes) a été créé par la loi du 9 mars 2004 (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité) et constituait à l'origine un outil destiné à la prévention des infractions sexuelles commises sur des mineurs et à la recherche et l'identification de leurs auteurs. Son champ d'application a été particulièrement étendu par la loi du 12 décembre 2005 (Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales).

²⁹⁴ Le TAJ (traitement d'antécédents judiciaires), est le successeur des fichiers STIC (système de traitement des infractions constatées) et du JUDEX (système judiciaire de documentation et d'exploitation), définitivement supprimés le 31 décembre 2013. Il a été créé par le décret n° 2012-652 du 4 mai 2012 relatif au traitement d'antécédents judiciaires.

²⁹⁵ Le garde des Sceaux Rouher, convaincu de l'efficacité d'une collecte rationnelle des données nominatives, décide par circulaire du 6 novembre 1850, d'instaurer le casier judiciaire. Puis, c'est la loi du 5 août 1899 qui officialise le casier judiciaire et les différents bulletins.

²⁹⁶ Le fichier APPI (application des peines, probation et insertion) permet de gérer les informations relatives aux mesures judiciaires d'application des peines prononcées par les magistrats en charge de l'application des peines et suivies par les personnels des services pénitentiaires d'insertion et de probation. Il a été créé par le décret n° 2011-1447 du 7 novembre 2011 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « application des peines, probation et insertion » (APPI).

²⁹⁷ <https://www.cnil.fr>

juridiques²⁹⁸. L'étude que nous avons menée au sein des juridictions meurthe-et-mosellanes sur la période 2003-2013, ainsi que l'article publié dans l'ouvrage codirigé permettent de mettre en exergue ces complexités.

Sans toutes les évoquer, notons au moins la principale surprise relative à l'alimentation incertaine du fichier. En effet, l'étude menée en 2003-2013 produit des résultats surprenants quant à l'alimentation du FNAEG. En effet, sur les 401 affaires de la base de données, 191 peuvent donner lieu à inscription dans le fichier (135 en matière délictuelle et 56 en matière criminelle). En matière délictuelle, il s'agit surtout des infractions de violences volontaires (aggravées ou non), des trafics de stupéfiants et des infractions contre les biens. En matière criminelle, il s'agit principalement de faits de viols (aggravés ou non) et d'homicides (aggravés ou non). Un écart entre les prélèvements de traces et indices effectués et l'alimentation réelle du fichier peut être, voire devrait toujours être, constaté, puisque l'ADN peut servir à d'autres fins que l'alimentation du FNAEG. Mais le décalage ne devrait pas être trop important. Or, sur les 191 affaires susceptibles de fichage, seules 79 ont réellement donné lieu à un prélèvement (47 en matière délictuelle et 32 en matière criminelle), sans qu'il ne soit possible de déterminer ni dans quel but il a été décidé (aux seules fins du fichage ?), ni combien de ces prélèvements ont été exploités puis enregistrés au FNAEG. Ce résultat, surprenant par son ordre de grandeur, interroge davantage encore lorsqu'il est mis en comparaison avec les affirmations des acteurs de la procédure pénale, qui (procureurs interrogés, greffiers, policiers et gendarmes) affirment que le fichage serait systématique lorsqu'il peut être réalisé²⁹⁹.

²⁹⁸ Florence BELLIVIER, « Infractions sexuelles et empreintes génétiques », Rev. Trim. Dr. Civ. 2000, p. 468 : « on ne voit pas pourquoi, sinon, pour plus de sûreté, on ne ficherait pas tous les citoyens indépendamment même de la commission d'une infraction ».

²⁹⁹ Bruno PY, *L'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures judiciaires : étude de dix années de pratique en Meurthe-et-Moselle (2003-2013)*, Mission Droit et Justice, 2017.

PARTIE 2 : PERSPECTIVES DE RECHERCHE

Affiner l'étude des valeurs sociales. Tous les projets de recherche projetés ambitionnent de prendre une hauteur de vue différente, notamment en ce qu'il est souhaité s'intéresser davantage aux valeurs sociales protégées. Les infractions deviennent de plus en plus l'expression légale de la volonté de protéger une valeur fondatrice substantielle. Le choix de la valeur sociale, présente en filigrane dans une infraction, traduit un choix d'opportunité du législateur et soulève parfois la question de la pertinence, notamment en termes de politique pénale. Jean Carbonnier distinguait traditionnellement les effets instrumentaux des effets symboliques d'une loi³⁰⁰. L'effet instrumental de la loi pénale, correspondant aux finalités utilitaires, est de permettre une répression. L'effet symbolique, lui, traduit l'identification de certaines valeurs protégées par le Droit pénal. Ainsi, si le Droit pénal consiste avant tout en un droit de punir, son application permet de déduire quelles sont les valeurs sociales qu'il protège. Rien ne garantit mieux les valeurs reconnues par une société que la manière dont elle les protège et les impose par son système législatif.

Le respect du principe posé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* », implique que le législateur cherche à protéger une valeur essentielle de la société lorsqu'il choisit de sanctionner un comportement par une peine. Cette valeur explique la loi d'incrimination, elle est la *ratio legis*. Elle est ainsi tout à la fois l'intérêt protégé par l'infraction, ce qui la fonde, et ce qui rend la peine nécessaire. Le fait de rechercher le fondement d'une infraction dépasse cependant le seul cadre de la nécessité de la peine. L'intérêt protégé sert de guide aux juges qui doivent interpréter les termes de la loi pour l'appliquer. Enfin, l'imprécision d'un intérêt protégé a des conséquences en termes de politique législative. Lorsqu'il s'agit d'une valeur éthique difficile à traduire en intérêt juridique, le législateur préfère en effet incriminer point par point les actes qui le menacent, plutôt que de se risquer à édicter une disposition générale incertaine, centrée sur la violation d'un intérêt trop vaguement défini. À l'opposé, la multiplication d'infractions apparues dans des contextes différents au sein d'une même

³⁰⁰ Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2^e éd. 2004, p. 400 : « *Le vrai pourrait bien être que le symbole se dégage, s'exhale de la partie instrumentale de la loi, et que ce n'est pas quand il a été voulu par le législateur qu'il réussit le mieux à le devenir, mais bien quand les sujets de la loi sentent sa force de symbole à travers un texte apparemment prosaïque. Réciproquement, reconnaissons que les symboles sont en danger de s'évanouir lorsqu'ils ne sont pas soutenus par des dispositions instrumentales* ».

thématique répressive peut amener à brouiller la perception de leur intérêt protégé. Tel est le phénomène que connaissent par exemple les infractions sexuelles contemporaines (avec la création de l'outrage sexiste³⁰¹ par la loi n°2018-703 du 3 août 2018 par exemple). Or, cette perte de lisibilité conduit à s'interroger sur l'évolution des valeurs essentielles que le droit pénal cherche à protéger et sur les politiques pénales contemporaines.

Les travaux de recherche effectués jusqu'alors, et surtout récemment, questionne la cohérence des choix faits par le législateur. Certaines paraissent floues, pour d'autres la protection est plurielle (et les doublons interrogent sur leurs utilités), pour d'autres encore le populisme pénal semble avoir influencé le texte, etc. La majorité des projets souhaite s'accompagner d'études sur les valeurs sociales, nouveau « fil rouge » des recherches à venir, au-delà des seules recherches en droit pénal. Il est par exemple envisagé de rechercher si l'autonomie personnelle ne serait pas devenue une nouvelle valeur sociale guidant la plume du législateur tant en droit pénal qu'en droit de la santé.

A la frontière avec cette étude des valeurs sociales, en filigrane de chacun des projets de recherche à venir, il est envisagé un projet collectif autour des circonstances aggravantes en droit pénal des personnes. Leur nombre conséquent, leur lien avec les valeurs sociales, l'existence de doublon, les difficultés techniques et juridiques y afférant semblent être autant de raisons justifiant l'existence d'un projet de recherche. Encore non définie dans ses modalités concrètes, les prochains mois devront être l'occasion de creuser cette idée et de lui faire prendre forme.

Des recherches approfondies aux recherches nouvelles. A court ou moyen terme, les travaux de recherche futurs ambitionnent de renforcer les recherches réalisées sur l'intégrité sexuelle (I) et sur l'intégrité corporelle (II), mais aussi de développer une nouvelle thématique de recherche sur le corps enfermé (III) et d'ouvrir à des projets en droit comparé (IV). Ces projets ne sont pas exhaustifs, mais se présentent comme les étapes-clefs projetées pour conserver et affermir la dynamique de recherche. Ils sont essentiellement des activités de recherches collectives et seront agrémentées de publications individuelles au gré de l'actualité législative et jurisprudentielle.

³⁰¹ C. pen., art. 621-1.

I. L'affermissement des recherches sur l'intégrité sexuelle

Les infractions sexuelles demeureront au cœur des recherches futures. Les évolutions législatives récentes permettent de prétendre que le terrain sera encore propice aux recherches juridiques dans les années à venir. Aussi, il est imaginé plusieurs activités de recherche visant à approfondir les réflexions déjà produites :

- Un projet de thèse en convention CIFRE avec le CRIAVS-Lorraine et le Centre psychothérapique de Nancy portant sur « La prise en charge juridique des délinquants sexuels » est à l'étude pour l'année 2020-2021. Les premiers échanges permettent d'assurer la viabilité financière du projet.
- La poursuite de colloques annuels organisés avec le CRIAVS-Lorraine. Le partenariat récent instauré avec le CRIAVS-Lorraine conduit à déterminer ponctuellement des sujets de réflexion susceptibles de constituer un thème de colloque intéressant et actuel. Aussi, sans que ne soient fixées les futures problématiques qui nous réuniront, conserver et faire grandir ces cycles de colloques sera l'une de mes préoccupations.
- Un projet de colloque (avec publication des actes) sur les représentations en droit sur la sexualité est imaginé dans la lignée du premier colloque organisé sur le thème sur la sexualité des mineurs. Il s'agira d'élargir les réflexions au-delà de la seule question du mineur et de l'étendre à l'opportunité du droit pénal en la matière.

II. La consolidation des recherches sur l'intégrité corporelle

Le corps malade occupe à présent un pan de recherche conséquent que je souhaite renforcer dans les années à venir. Plusieurs partenariats permettent de projeter à court ou moyen terme des activités de recherche distinctes visant toutes à amplifier mes activités de recherche sur l'intégrité corporelle.

Si la majorité des projets se concentreront sur les soins prodigués grâce aux produits de santé, il n'est pas souhaité voir ce thème de recherche être exclusif :

- Un projet de thèse en contrat doctoral est à l'étude par la Région Grand-Est (réponse attendue mi 2020). Rédigé par le Professeur Bruno Py et moi-même, le projet de thèse de droit privé, « *La santé transfrontalière : la libre circulation des soignants, des soignés et des produits* », a d'ores-et-déjà obtenu un financement à 50% par l'ARS Grand-Est. Ce projet doctoral a pour ambition d'étudier les règles juridiques qui permettent aux pouvoirs publics d'améliorer l'offre de soin en zone transfrontalière.

- Un projet de thèse en CIFRE est en cours de rédaction avant d’être proposé à l’ANRT. En codirection avec le Professeur François Vialla, la thèse portera sur l’accès aux soins. L’accès aux soins, souvent étudié sous le prisme de l’égalité de traitement entre les citoyens, constitue une préoccupation majeure et d’une particulière actualité. Les pouvoirs publics et le législateur tentent d’affiner constamment et de garantir cet accès aux soins (à l’instar de la loi du 24 juillet 2019). Depuis peu, les revendications classiquement posées en termes d’accès aux soins, se muent parfois en une exigence de choix de traitement. Aussi, la thèse ambitionne de non seulement définir les contours nouveaux de l’accès aux soins, mais de questionner son éventuelle métamorphose (vers l’accès à tel ou tel traitement spécifique).
- Un ouvrage scientifique en codirection. Il résulte de ma collaboration passée avec le Professeur François Vialla avec lequel nous projetons de codiriger un ouvrage sur « Les Grandes décisions du droit pharmaceutique » en 2020. Un accord de la maison d’édition LEH a déjà été obtenu. Dans la lignée des ouvrages *Les grandes décisions en droit médical*³⁰² ou *Les grands avis du CCNE*³⁰³, il s’agit de sélectionner les principales décisions en droit pharmaceutique et d’offrir au lecteur un commentaire succinct et précis. Au-delà de l’état du droit applicable en la matière, l’ouvrage vise aussi à identifier les zones de certitudes et d’incertitudes.
- Une rubrique au répertoire pénal Dalloz – Droit pénal et procédure pénale, à proposer, portant sur « Le droit pénal des produits de santé ». Le droit pénal des produits de santé souffre d’un nombre limité de recherches publiées, pour la plupart datées.
- Un manuel sur « Le droit pénal de la santé – Les actes et les produits » : dans la lignée du répertoire pénal Dalloz imaginé, il est souhaité publier un manuel sur le droit pénal de la santé à quatre mains. Le Professeur Bruno Py rédigerait la partie relative aux actes de soin et moi la partie consacrée aux produits de santé.
- Une participation aux colloques mondiaux de droit médical qui ont lieu tous les deux ans. Dans la continuité des méthodes de recherche rencontrées lors de mon doctorat, il est imaginé proposé aux doctorants que je dirige actuellement et aux autres à venir de participer à ces colloques internationaux. L’épreuve d’une communication en anglais et la confrontation avec les autres systèmes législatifs en droit de la santé constituent des expériences riches et formatrices pour tout jeune chercheur. Convaincue que la direction d’une thèse doit aussi, si les perspectives le permettent, ouvrir à d’autres activités de

³⁰² François VIALLA, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2014.

³⁰³ Eric MARTNEZ et François VIALLA, *Les grands avis du CCNE*, LGDJ, 2013.

recherche que le seul travail de doctorat (prioritaire), je souhaite perpétuer la tradition et offrir cette chance aux étudiants en thèse sous ma direction.

Comme indiqué dans la première partie de ce travail, il est indéniable que les travaux de recherche portant sur l'intégrité corporelle puissent s'étendre pour l'avenir aux violences volontaires et involontaires.

A ce titre, j'ai accepté de participer à un projet de recherche portant sur « Les violences obstétricales saisies par le droit », porté par Elsa Supiot et Anne Simon (Université Paris - La Sorbonne). Ce projet de recherche a été retenu en septembre par la Mission Droit et Justice dans le cadre de l'appel à projets blancs 2019. Ce projet ambitionne d'examiner en détail les différents actes actuellement englobés dans l'expression « violences gynécologiques et obstétricales » afin de restituer à chacun sa ou ses qualifications juridiques et de pouvoir étudier les régimes de responsabilités civile, disciplinaire et pénale y afférant. Fonctionnant par binôme sur chacune des trois responsabilités, je suis membre du « groupe pénal ». De nombreux déplacements sur Paris sont à prévoir, mais c'est surtout un accès aux décisions de Justice (collectées par un membre recruté pour cette mission) qui permettra d'effectuer une étude empirique conséquente sujette aux réflexions. L'objectif du projet louable porte sur l'identification et la clarification du cadre juridique applicable aux violences gynécologiques et obstétricales. A l'évidence, il s'agira d'envisager les atteintes au corps et/ou à la personne (et non exclusivement celles relatives au corps de la parturiente).

Dans la lignée de l'actuelle prise de conscience sociétale et étatique sans précédent des violences faites aux femmes, un projet de recherche portant sur les violences conjugales devrait être prochainement imaginé. A l'heure où l'écriture de ces lignes se termine, les contours de cette recherche semble encore incertaine, mais l'intérêt pour le sujet est assuré.

III. Le développement de recherches sur le corps enfermé

Les activités de recherches actuelles n'ont pas encore permis de développer autant que souhaité initialement le sujet du corps enfermé. Il n'a pu être qu'approché par certaines productions et

par la direction de 15 mémoires (Master 2 – Master 1 – DU)³⁰⁴ dont 8 en cours³⁰⁵. Aussi, afin de satisfaire un intérêt certain pour le sujet, une réponse à l'appel à projets 2019 de la Mission de recherche Droit et Justice a été proposée en collaboration avec Sabrina Lavric et Catherine Ménabé, deux collègues maîtres de conférences en droit privé et sciences criminelles de l'Université de Lorraine. Notre projet portait sur les Mixités en prison et visait dans un premier temps à dresser un état des lieux théorique et pratique des mixités et situations de non mixités (imposées par la loi ou nées *de facto*) susceptibles d'évolutions positives. Les notions de mixité et de prison y étaient entendues largement. Le projet proposait d'étudier toutes les hypothèses de mixité qui peuvent conduire à réunir ou séparer des détenus (hommes/femmes ; majeurs/mineurs ; condamnés/prévenus ; auteurs d'infractions sexuelles, auteurs d'infractions terroristes ; détenus radicalisés ; détenus souffrant d'un trouble mental, etc.) et d'étendre les réflexions d'une part aux établissements voisins des établissements pénitentiaires (CEF, UHSI, UHSA, etc.) et d'autre part aux pays voisins ayant opté pour des logiques différentes. Dans un second temps, la recherche désirait s'interroger sur les raisons qui imposent la mixité ou son absence afin de mieux évaluer son opportunité. A l'issue de ces deux premières étapes, le projet entendait proposer des modifications du droit jugées opportunes sur les mixités et les moyens efficaces de les mettre en place.

Le projet n'ayant pas été retenu, nous avons décidé de ne pas complètement l'abandonner. Déjà parce que l'intérêt pour la thématique est toujours très marqué chez chacune d'entre nous. Ensuite parce que nous bénéficions déjà d'accords des professionnels de terrain (pour aller visiter les établissements et les rencontrer). Aussi, nous sommes en train de procéder à la collecte d'autres fonds financiers et envisageons deux journées de colloque dont les actes seront publiés.

³⁰⁴ Anne-Coralie WEBER (Master 2 Droit pénal – promotion 2017-2018), *Le placement sous surveillance électronique mobile, une prison sans barreau* ; Andréa DIDIER (Master 1 pénal – promotion 2017-2018), *Le régime et les alternatives à la peine privative de liberté comme vecteur de réinsertion et de dissuasion pour la personne condamnée* ; Manon POIROT (DU criminologie – promotion 2017-2018), *Les parachutages en prison : l'exemple du centre pénitentiaire de Nancy-Maxéville* ; Morgane RICHARD (DU Criminologie – promotion 2017-2018), *Désistance : un parcours de vie* ; Justine MOHR (Master 1 droit pénal – promotion 2014-2015), *Le rôle de la sanction pénale dans le système répressif français* ; Lucile SCHUMACHER-PERRIN Lucile (Master 1 droit pénal – promotion 2014-2015), *La radicalisation en prison* ; Damien THOUVENOT (Master 1 droit pénal – promotion 2014-2015), *Mesures de sûreté ordonnables en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental* ; cf. annexe 4, p. 89 et s.

³⁰⁵ Lou-Ann CAMMARATA (Master 2 Droit pénal – promotion 2019-2020), *La dangerosité en prison* ; Laëtitia DOYOTTE (DU criminologie – promotion 2019-2020), *Le maintien des liens familiaux en prison : un lien vers l'extérieur au-delà des murs* ; Clara FERRY (Master 2 Droit pénal – promotion 2019-2020), *Le maintien des liens familiaux en prison* ; Poema GUEZENNEC (DU criminologie – promotion 2019-2020), *La détention provisoire et la présomption d'innocence* ; Lisa PORTO (Master 2 Droit pénal – promotion 2019-2020), *Les détentions à domiciles* ; Natacha RICHERT (DU Criminologie – promotion 2019-2020), *La radicalisation en prison* ; Florine TARRAL (Master 2 Droit pénal – promotion 2019-2020), *Les détenus terroristes* ; Julie THIRIAT (DU Criminologie – promotion 2019-2020), *La prévention de la radicalisation en prison* ; cf. annexe 4, p. 89 et s.

Afin de ne pas faire ombrage à la Mission Droit et Justice et par respect pour ses décisions, nous avons décidé d'opter pour un angle de recherche quelque peu différent : les minorités en prison. La première journée portera sur les détenus mineurs et les détenues femmes (novembre 2020) et la seconde sur les détenus dangereux (mars 2021). A l'évidence, les axes de réflexion de ces deux journées dépasseront la seule question de la mixité pour refléter toute la prise en charge pénitentiaire de ces catégories de détenus. Il s'agira toujours de confronter théorie et pratique et de dresser un état des lieux afin de s'interroger sur d'éventuelles modifications du droit opportunes.

Des sujets de mémoires en lien direct avec ce nouvel angle de recherche seront proposés aux étudiants de Master 1 droit pénal et Master 2 droit pénal de la Faculté de droit, sciences économique et gestion de l'Université de Lorraine, tels que « L'affectation des détenus présentant des troubles mentaux en prison », « La prise en charge pénitentiaire des détenus radicalisés », ou encore « Les quartiers de confiance en prison ».

Par ailleurs, bien que le lien avec la recherche soit plus éloigné, Mme Catherine Ménabé et moi envisageons de créer un MOOC (*massive open online courses*), ou formation en ligne ouverte à distance, sur les droits des détenus. Plus proche dans l'esprit du concept de formation que de celui de recherche, ce projet de MOOC est d'ores-et-déjà pensé pour non seulement permettre la valorisation de certains travaux de recherche des personnes impliquées (dans le choix des supports), mais également pour faire naître des sujets de mémoires de recherche (Master 2 – Master 1 et DU), voire des sujets thèses de doctorat.

Enfin, il est imaginé proposer régulièrement des sujets de colloques susceptibles d'intéresser l'administration pénitentiaire (afin de l'y associer) et de renforcer les recherches sur le corps enfermé au-delà de la seule question de la mixité. Le rapport sur le sens et l'efficacité des peines déposé en janvier 2018 rédigé par Julie Minkowski (avocate au barreau de Paris et présidente du club des femmes pénalistes) et Bruno Cotte (ancien président de la chambre criminelle de la Cour de cassation et ancien magistrat à la Cour pénal internationale), ainsi que la projet de réforme de la Justice 2018-2022 qui contient de nombreuses dispositions relatives au devenir de la peine privative de liberté, laissent à croire que les sujets de recherche ne manqueront pas d'être nombreux. Le réseau de partenaires actuels, universitaires et professionnels du droit, semble lui aussi idéal pour constituer des programmes de journées d'études approfondies.

IV. L'ouverture des recherches en droit comparé

Les recherches actuelles ne se sont pas encore suffisamment ouvertes à des analyses en droit comparé. Forte des connaissances sur le droit français, je souhaite, à moyen ou long terme, concevoir un projet de recherche sur les infractions sexuelles comportant un important volet de droit comparé. Un projet d'ANR constituerait le support idéal à ce type de recherches. Aussi, je considère comme indispensable de projeter une telle activité de recherches à plusieurs années afin de mûrir davantage l'idée et de pouvoir prétendre répondre aux strictes exigences d'un ANR.

Le droit comparé pourrait aussi être une perspective intéressante pour un projet portant sur les violences conjugales.

ANNEXE 1 - CURRICULUM VITAE

Julie LEONHARD

Née le 25.05.1983 à Lunéville (Meurthe-et-Moselle, France)

215 route de Cerville, 54 110 LENONCOURT ; 06 60 32 70 10 ; julie.leonhard@univ-lorraine.fr

Maître de conférences en Droit privé et Sciences criminelles

Faculté de pharmacie, Université de Lorraine

Institut François Gény (IFG) – EA7301

CARRIERE ET DIPLÔMES

• Mutation MCF Droit privé et Sciences criminelles, Faculté de Pharmacie, Université de Lorraine	2014
• Recrutement MCF Droit pharmaceutique, Faculté de Pharmacie, Université Lille2 – Droit et Santé	2012
• Qualification Section 01 – Droit privé et Sciences criminelles	2012
• Doctorat de Droit privé et Sciences criminelles, <i>Nancy-Université</i>	2006-2011
« Étude sur la pornographie pénalement prohibée », sous la dir. de B. PY, Université de Lorraine	
• Attachée Temporaire d'Enseignement et de Recherche, <i>Nancy-Université</i>	2009-2011
• Allocataire Monitrice d'Enseignement et de Recherche, <i>Nancy-Université</i>	2006-2009
• Diplôme Inter-Universitaire de Droit Médical, <i>Nancy-Université</i>	2007
• D.E.A. de Droit privé, option Sciences criminelles, <i>Nancy-Université</i>	2006
• Maîtrise de Droit privé option carrière judiciaire, <i>Nancy-Université</i>	2005
• Licence de Droit privé, <i>Nancy-Université</i>	2004
• D.E.U.G. de Droit, <i>Nancy-Université</i>	2003

RESPONSABILITES ADMINISTRATIVES

• Directrice adjointe du Master 2 Droit de la santé (dirigé par M. Le Pr. B. PY), Université de Lorraine	2017-2019
• Directrice adjointe du DU Droit de la santé (dirigé par M. Le Pr. B. PY), Université de Lorraine	2017-2019
• Directrice adjointe du DU Droit et responsabilité des professions paramédicales (dirigé par M. Le Pr. B. PY), Université de Lorraine	2017-2019

AUTRES ACTIVITES ADMINISTRATIVES

• Membre du Conseil scientifique du laboratoire, Université de Lorraine	2018-2019
• Membre du Comité consultatif électoral, Université de Lorraine	2017-2019
• Membre de la M.S.H. Lorraine, axe 5 « Santé, bien être, qualité de vie et handicap », Nancy-Metz	2006-2012

ACTIVITES COLLECTIVES DE RECHERCHE

• Co-organisation du colloque « <i>Les pratiques avancées en santé</i> », 8 mars 2019, IFG, UL	2019
• Co-organisation du colloque « <i>Les femmes, les mineurs et le terrorisme</i> », 5 et 6 déc. 2018, IFG, UL	2018
• Organisation du colloque « <i>Mineur et sexualité en institution : Représentation(s) et Droit</i> », 29 juin 2018, IFG, UL	2018
• Co-organisation du colloque « <i>Les déontologies</i> », 16 mars 2018, IFG, UL	2018
• Co-organisation « <i>Des Grandes décisions de Droit pharmaceutiques</i> », VIALLA F. et LEONHARD J., LGDJ, à paraître	2016-2019
• Organisation du colloque « <i>Violences sexuelles : entre vérité et mensonge</i> », 21 et 22 oct. 2016, IFG, UL	2016
• Co-organisation des mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, « <i>Droit médical et Éthique médicale : regards contemporains</i> », PY B., VIALLA F. et LEONHARD J., (dir.), LEH, 2015	2015
• Participation au projet de recherche, Mission de Recherche Droit & Justice, « <i>L'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures judiciaires : étude de dix années de pratiques en Meurthe-et-Moselle (2003-2013)</i> », IFG-ISCIMED, Université de Lorraine	2015-2017
• Participation au projet conjoint CNRS-Université de Lorraine, PEPS Mirabelle, « <i>L'Imagerie Médicale et l'estimation de l'AGE du mineur – IM-AGE</i> », IFG-ISCIMED, Université de Lorraine	2015-2016
• Participation au projet de Recherche GIP Justice, « <i>Principe de précaution et incertitude scientifique, l'émergence d'une responsabilité spécifique dans le champ sanitaire</i> », CRDP, Université Lille2	2012-2014
• Membre du comité « STAFF médecine légale » - Groupe d'étude sur la médecine légale, la médecine pénitentiaire et le Droit, collaboration Faculté de Droit de Nancy et U.H.S.I. de Nancy	2009-2011
• Membre du C.E.R.C.L.A.B (Centre de recherche sur les clauses abusives), Nancy-Université	2006-2011

1. DIRECTION D'OUVRAGES SCIENTIFIQUES (DOS)

- *Les femmes, les mineurs et le terrorisme*,
LEONHARD J. et MENABE C. (dir.), 2019, à paraître.
- *ADN & Justice - L'utilisation de l'empreinte génétique dans les procédures judiciaires*,
LEONHARD J., MARTINELLE M., MENABE C. & PY B. (dir), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », décembre 2019.
- *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*,
LEONHARD J. et OLECH V. (dir.), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », novembre 2019.
- *La Pudeur et le soin – 2^{ème} édition revue et augmentée*,
LEONHARD J. et PY B. (dir.), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », octobre 2019.
- *Mélanges en l'honneur de Gérard MEMETEAU – Droit médical et Éthique médicale : regards contemporains*,
PY B., VIALLA F. et LEONHARD J. (dir). LEH, 2015.
- *La loi pénale & le Sexe*,
DARSONVILLE A. et LEONHARD J. (dir.), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2015.

2. CHAPITRES DANS DES OUVRAGES SCIENTIFIQUES (OS)

- « Étude empirique sur la place de l'ADN dans les procédures pénales »
In Les usages de l'ADN dans les pratiques policières et judiciaires en France, VAILLY J. (dir.), 2019, à paraître.
- « La place de l'ADN dans le procès pénal »,
In Le procès pénal à l'épreuve de la génétique, SUPIOT E. (dir.), Cahiers Droit, Sciences & Technologies 2019, à paraître
- « L'image du malade, une protection pénale bien portante ? »,
In La Pudeur et le soin – 2^{ème} édition revue et augmentée, LEONHARD J. et PY B. (dir), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2019, pp. 91-112.
- « Les infractions sexuelles et la morale : de l'amour à la haine ? »
In Sexualités, Droit, Société : vers la notion de droits sexuels ?, GIAMI A. et PY B. (dir.), éd. Archives contemporaines, 2019, pp. 91-104
- « La pénalisation des clients de la prostitution : une infraction discutée ou un mal discutable ? »,
In Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François SEUVIC – Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains, PY B. et STASIAK F. (dir.), PUN, 2018, pp. 299-314.
- « La lutte contre la contrefaçon de médicaments en France – « Sécurité rapprochée » ou « Mission Impossible » ? »,
In Mélanges en l'honneur de Gérard MEMETEAU – Droit médical et Éthique médicale : regards contemporains, PY B., VIALLA F. et LEONHARD J. (dir). LEH, 2015, vol. II, pp. 393-412
- « L'image patrimonialisée des acteurs pornographiques »,
In Corps et Patrimoine, NICOLAS G. (dir.), LEH, coll. « Les cahiers du droit de la santé », 2014, pp. 315-340.

- « Le dopage du sportif et le Droit pénal »,
In Les assises du corps transformé : le sportif, VIALLA Fr. (dir), Les études hospitalières, 2014, pp. 265-282.
- « Le clonage »,
In Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique, MARTINEZ E. et VIALLA Fr. (dir.), LGDJ, 2013, pp. 482-492.
- « Les massages : jeux de mains, jeux de vilains – Regards du Droit sur l'art du toucher »,
In Mélanges en l'honneur de Marie-France CALLU, GIRER M. et ROUSSET G. (dir.), LGDJ, 2013, pp. 223-246.
- « Les handicaps mis à nu - Regards du Droit pénal sur la nudité publique des personnes handicapées »,
In Des sexualités et des handicaps – Questions d'intimités, PY B. (dir.), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2013, pp. 171-205.
- « L'image du malade, une protection pénale bien portante ? »,
In La Pudeur et le soin, PY B. (dir), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2011, pp. 87-108.
- « Le sexe et sa représentation artistique »,
Co-écrit avec B. PY, *in Homme-femme : de quel sexe-êtes-vous ?*, GUITIENNE L. et PROST M., (dir.), PUN, 2009, coll. « épistémologie du corps », pp. 151-160.

3. ARTICLES DANS DES REVUES AVEC COMITÉ DE LECTURE (ACL)

Articles :

- « Éditorial : Grenelle des violences conjugales et secret professionnel : efficacité ou démesure ? »
RDS 2019, n°93, à paraître
- « Les contours juridiques de la dispensation de médicaments à un mineur »,
Panorama de Droit pharmaceutique 2018, pp.197-210.
- « La distribution de médicament sous le regard du juge pénal – Analyse partielle de la *lex penaliter medicamentum* »,
RDS 2012, n°50, pp. 34-38.
- « L'obligation d'assurance du pharmacien d'officine »,
RDS 2012, n°48, pp. 453-466.

Notes et commentaires (jurisprudence et textes) :

- « La réparation intégrale du préjudice sexuel pour la victime d'un accident du travail en cas de faute inexcusable de l'employeur »,
Comm. de Civ. 2^{ème}, 4 avril 2019, n°18-13.704, RDS 2019, pp. 634-636.
- « Une technique discutée, une pratique validée »,
Comm. de Civ. 1^{ère}, 21 dec. 2018, n°18-20.480 et de CC, 21 mars 2019, QPC n°2018-768 ; RDS 2019, n°89, pp. 420-423.
- « La cryothérapie sous les feux des tribunaux ou comment la cryothérapie semble réduite en cendres »,
Comm. de trib. corr. 13 juill. 2017, n°minute 2359/18, n°parquet : 18155000126 ; RDS 2019, n°87, pp. 53-57.
- « Quand les tests osseux l'ont dans l'os... »,
Comm. de Cass. Civ. 1^{ère}, 3 oct. 2018, n°18-19.442 ; RDS 2018, n°87, pp. 99-101.
- « Du toucher pelvien à l'agression sexuelle »,
Comm. de Cass. Crim., 18 oct. 2017, n° 16-85.186 ; AJ pen. janv. 2018, p. 39.
- « Du toucher vaginal au toucher trivial »,
Comm. de Cass. Crim., 18 oct. 2017, n° 16-85.186 ; RDS 2018, n°81, p. 62-65.

- « Un référentiel pour la réduction des risques liés à la prostitution : entre protection et morale », RDS 2017, n°77, pp. 443-446.
- « "Pas lu" ... Paludisme ! », Comm. de Cass. crim., 24 nov. 2015, n° 14-87.689 ; RDS 2016, n°70, pp. 211-214.
- « Toxicomanie : un arrêt loin d'être stupéfiant », Comm. de Cass. crim., 21 oct. 2015, n° 14-82.832 ; RDS 2016, n°69, pp. 65-71.
- « Le masseur kinésithérapeute et l'utilisation de l'échographe... », RDS 2015, n°68, pp. 813-816.
- « Le « Baume du Tigre » : médicament ou pas ? », Comm. de Cass. crim., 8 juill. 2015, n° 14-83.624 ; RDS 2015, n°68, pp. 857-861.
- « Les avatars de l'inscription obligatoire à l'Ordre pour les masseurs-kinésithérapeutes... », Comm. de Cass. crim., 18 nov. 2014, n° 13-88.246 ; RDS 2015, n°65, pp. 415-417.
- « Sexualité et intimité des usagers - Le regard de l'enseignant-chercheur en droit », JA 2015, n°530, p. 42.
- « De la détermination de la définition juridique du médicament à travers le délit d'exercice illégal de la profession de pharmacien », Comm. de Cass. Crim., 10 déc. 2013, n° 12-86.079, 12-86.080, 12-86.081 (1^{re} espèce) et Cass. Crim., 21 janv. 2014, n° 12-87.377 (2^{nde} espèce) ; RDS 2014, n°58, pp. 1160-1166.
- « Définition communautaire du médicament – A propos de la notion de médicaments « issus de » certains procédés biotechnologiques », Comm. de CJUE, 11 avril 2013, aff. C-535/11 ; RDS 2013, n°55, pp. 649-652.
- « Suspension de mise sur le marché pour des dispositifs médicaux – question de l'application d'une garantie d'assurance », Comm. de Cass. com., 20 nov. 2012, n° 11-27.033 ; RDS 2013, n°52, pp. 236-237.

4. COMMUNICATIONS AVEC ACTES DANS UN CONGRÈS INTERNATIONAL (C-ACTI)

- « La lutte internationale contre la contrefaçon de médicaments : une étude de la répression internationale », L'Harmattan, 2015.
Colloque : *Nouveaux enjeux éthiques autour du médicament en Afrique*, 1er et 2 juillet 2013, Centre Droit Éthique et Santé de l'UCAD et de l'UMI 233 TRANSVIHMI de l'IRD, Dakar.

5. COMMUNICATIONS AVEC ACTES DANS UN CONGRÈS NATIONAL (C-ACTN)

- « La place de la preuve ADN dans le procès pénal », *In Le procès pénal à l'épreuve de la génétique*, SUPIOT E. (dir.), Cahiers Droit, Sciences & Technologies, 2019, à paraître.
Colloque : *Le procès pénal à l'épreuve de la génétique*, 19 nov. 2018, organisé par l'Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne.
- « La qualification juridique de la pornographie », *In Droit et Pornographie*, Le Réseau Européen de Recherche en Droits de l'Homme (RERDH), Mare & Martin, janv. 2019, à paraître.
Colloque : *Pornographie et Droit*, 30 nov. et 01 déc. 2017, organisé par le Réseau européen de recherche en droits de l'homme (Université de Limoges).
- « Le fichage de l'empreinte génétique »
In ADN & Justice – L'utilisation de l'empreinte génétique dans les procédures judiciaires, LEONHARD J., MARTINELLE M., MENABE C. & PY B. (dir), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2019.

Colloque : *L'utilisation de l'ADN dans les procédures judiciaires : étude de 10 années de pratiques en Meurthe-et-Moselle - Premiers résultats, premières avancées*, 23 mars 2016, organisé par l'Institut François Gény (Université de Lorraine).

• « Représentations du Droit sur la sexualité du mineur : droit et non droit », *In Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, LEONHARD J. et OLECH V. (dir.), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2019, pp. 9-25.

Colloque : *Mineur et sexualité en institution : représentation(s) et droit*, 29 juin 2018, organisé par l'Institut François Gény (Université de Lorraine), le CRIAVS Lorraine et le Réseau éducatif de Meurthe-et-Moselle.

• « Le droit pénal au secours de la prohibition de la gestation pour autrui ? », *In La protection de la personne née d'une PMA impliquant un tiers*, DUMAS S. (dir.), Cahiers Droit Sciences et technologies, 2017, n°7, pp. 85-92.

Colloque : *La protection de la personne née d'une PMA impliquant un tiers*, 10 juin 2016, organisé par l'Institut François Gény (Université de Lorraine).

• « L'importance de la détermination de l'âge du mineur en droit pénal : Quand on aime on ne compte pas »,

In IM-AGE - L'imagerie médicale et l'estimation de l'âge du mineur, PY B. et MARTRILLE L. (dir.), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2017, pp. 23-46.

Colloque : *IM-AGE - L'imagerie médicale et l'estimation de l'âge du mineur*, 11 décembre 2015, organisé par l'Institut François Gény (Université de Lorraine).

• « Les plantes médicales de Nouvelle Calédonie : pour ou contre une inscription à la pharmacopée ? »,

In Le Droit de la santé en Nouvelle Calédonie, NICOLAS G. (dir.), 2017, pp. 274-281.

Colloque : *Le droit de la santé en Nouvelle-Calédonie : de la médecine traditionnelle à la bioéthique*, 3,4 et 5 juillet 2014, Université de la Nouvelle-Calédonie

• « Les médicaments contrefaits : l'eldorado du tourisme médical ? »,

In Forum Shopping médical, BRACH-THIEL D. & THIERRY J.-B. (dir.), Presses Universitaires de Lorraine, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2015, pp. 55-75.

Colloque : *Forum Shopping medical*, 14 février 2014, organisé par l'Institut François Gény – Institut de Sciences Criminelles et de Droit médical (Université de Lorraine).

• « Le délit de harcèlement sexuel : une infraction guérie du « mal » des mots ? »,

In La Loi pénale et le Sexe, DARSONVILLE A. et LEONHARD J. (dir.), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2015, pp. 139-254.

Colloque : *La loi pénale et le sexe*, 15 nov. 2013, organisé par le CRDP-LERADP (Centre de recherche Droits et Perspectives du Droit – L'Équipe de Recherches Appliquées au Droit privé), Université Lille 2.

• « Cadavre à la Une – Regards du Droit pénal sur l'image de cadavre »,

In La Mort et le Droit, PY B. (dir), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2011, pp. 207-226.

Colloque : *La Mort et le Droit*, 7 juillet 2009, CRDP-ISCRIMED (Centre de Recherche de Droit privé – Institut de Sciences Criminelles et de Droit médical), Faculté de Droit de Nancy.

• « La nudité toute nue »,

In Le Sexe et la Norme, DEFFAINS N. et PY B. (dir), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2011, pp. 85-138.

Colloque : *La liberté sexuelle : nouvelles limites ?*, 18 et 19 octobre 2007, Faculté de Droit de Nancy.

• « L'image du malade, une protection pénale bien portante ? »,

In La Pudeur et le Soins, PY B. (dir), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2011, pp. 29-52.

Colloque : *La Pudeur et le Soins*, 28 mars 2008, CRDP-ISCRIMED (Centre de Recherche de Droit privé – Institut de Sciences Criminelles et de Droit médical), Faculté de Droit de Nancy.

• « De la marchandisation du sexe à la marchandisation du genre »,

In Les assises du corps transformé : le genre, Fr. VIALLA (dir), Les études hospitalières, 2010, pp. 301-315.

Colloque : *Les assises du corps transformé : le genre*, 16 et 17 octobre 2009, Faculté de Droit de Montpellier.

6. COMMUNICATIONS ORALES SANS ACTES DANS UN CONGRÈS INTERNATIONAL OU NATIONAL (C-COM)

- « La probation à la française : d’hier à aujourd’hui »,
Colloque : Les 20 ans de la création des SPIP, Service pénitentiaire d’insertion et de probation de Moselle, 15 octobre 2019
- « Propos conclusifs »
Colloque : *Les pratiques avancées en santé*, 8 mars 2019, organisé par l’Institut François Gény (Université de Lorraine).
- « Propos conclusifs »
Colloque : *Les femmes, les mineurs et le terrorisme*, 5 et 6 décembre 2018, organisé par l’Institut François Gény (Université de Lorraine).
- « Le secret médical et les réseaux sociaux »,
Colloque : *IVème rencontre du Droit et de la santé – Le secret médical*, 9 novembre 2018, organisé par le Barreau d’Aix-en-Provence.
- « Table ronde sur la répression des clients de la prostitution »,
Colloque : *Deux ans après, quelles applications pour la loi du 13 avril 2016 sur la pénalisation des clients de la prostitution ?*, 6 avril 2018, organisé par l’Institut François Gény (Université de Lorraine), le Centre de droit pénal (Université Jean Moulin) et le Centre droits et perspectives du Droit (Université Lille2).
- « Pourquoi et comment réécrire un Code de Déontologie ? »
Colloque : *Les déontologies*, 16 mars 2018, organisé par l’Institut François Gény (Université de Lorraine).
- « Le cadre légal de la personne de confiance »
Colloque : *1er congrès international de droit de la santé – « Droits des malades, droit de la santé, droit de l’assurance maladie »*, 16-17 décembre 2017, Ispahan (Iran).
- « Le dossier pharmaceutique »,
Colloque : *5ème congrès de droit médical « le droit Pharmaceutique »*, 13-14 décembre 2017 à Téhéran (Iran).
- « L’inceste – aspects juridiques »,
Colloque : *L’inceste*, 18 mai 2017, organisé par Interpsy (Université de Lorraine) et le Centre de ressources des intervenants auprès des auteurs de violences sexuelles (CRIA VS) de Lorraine.
- « De la protection à l’accompagnement : la reconnaissance d’un statut d’assistant sexuel et ses différentes déclinaisons juridiques »
Colloque : *Sexualité, autonomie et handicaps : freins et perspectives*, 4-5 mai 2017, organisé par le Centre droits et perspectives du Droit (Université Lille2).
- « Le dossier pharmaceutique respectueux des droits des usagers ? »,
Colloque : *Accès aux données de santé : des pratiques aux risques juridiques*, 26 avril 2017, organisé par l’Institut François Gény (Université de Lorraine) et Télésanté Lorraine.
- « La pénalisation des clients de prostitution »,
Colloque : *Handicap et Sexualité : entre prostitution et accompagnement*, 22 avril 2016, organisé par l’Institut François Gény (Université de Lorraine).
- « Les interdits et la Morale en Droit français »
Colloque : *Droits de l’homme et sexualité : vers la notion de droits sexuels ?* 21 avril 2016, organisé par l’Institut François Gény (Université de Lorraine) et l’INSERM-équipe « Genre, Sexualité, Santé » (CESP-U1018).
- « Le cadre légal de la personne de confiance »
Colloque : *La personne de confiance*, 7 avril 2017, organisé par l’Institut François Gény (Université de Lorraine).

- « Sexualité et Droit : évolution ou révolution ? »,
Colloque : *Les assises du corps transformé : du corps substitué au corps augmenté*, 9-10 octobre 2015, Centre Rabelais à Montpellier.
- « Évaluation et probation »,
Colloque : *La probation en France : évolutions en cours*, 12-13 novembre 2015, organisé par l'Institut François Gény – Institut de Sciences Criminelles et de Droit médical (Université de Lorraine).
- « La protection pénale du corps mort »,
Colloque : *Droits et vie du Corps Mort*, 12-13 mars 2015, Sète, organisé par le Centre européen d'Études et de Recherche Droit et Santé (Université Montpellier 1).
- « La circulation du médicament en détention »,
Colloque : *Santé en détention*, 27 mars 2015, organisé par l'Institut François Gény – Institut de Sciences Criminelles et de Droit médical (Université de Lorraine).
- « Les responsabilités civile et administrative et travail en équipe »,
Colloque : *Travail en équipe et responsabilités*, 28 mars 2014, organisé par l'Institut François Gény – Institut de Sciences Criminelles et de Droit médical (Université de Lorraine).
- « Le circuit du médicament dans les EHPAD »,
Colloque : *Circuit du médicament*, 19 avril 2013, organisé par l'Institut François Gény – Institut de Sciences Criminelles et de Droit médical (Université de Lorraine).
- « Les limites de la responsabilité pénale du médecin en cas d'accident médical »,
Colloque : *Faut-il repenser le Droit des accidents médicaux ?*, 17 décembre 2013, organisé par le Centre de Droit privé et de Sciences criminelles d'Amiens (Université de Picardie).
- « Le rôle de la faute en Droit français »,
Colloque : *Journée d'étude internationale sur les droits du patient : comparaison franco-belge-luxembourgeoise*, 14 décembre 2012, organisé par l'Institut François Gény – Institut de Sciences Criminelles et de Droit médical, (Université de Lorraine).
- « Médicament, sexualité et Droit »,
Colloque : *Santé et Sexualité*, 16 novembre 2012, organisé par la MSH Lorraine, Axe 5 « Santé, qualité de vie et handicap ».
- « Secret professionnel et annonce du diagnostic VIH »,
Colloque : *Le VIH – questions de droit*, organisé par le COREVIH (Coordination Régionale de lutte contre l'infection VIH), 13 septembre 2011.
- « Chemical castration : a forced participation of sex offenders to biomedical research »
Colloque : *18ème Congrès Mondial de Droit Médical*, 8-11 août 2010, Palais des Congrès, Zagreb, Croatie.
- « Le droit à découvert ou le traitement juridique de la nudité »
Colloque : *Le traitement juridique du sexe*, 6 novembre 2009, organisé par l'Institut d'études de droit public, Sceaux.
- « Quelle prévention des infections/maladies sexuellement transmissibles au travers de la pornographie ? »
Colloque : *17ème Congrès international de droit médical*, 17-21 octobre 2008, Palais des congrès, Pékin, Chine.
- « Quel encadrement juridique des messages de santé publique ? »
Colloque : *17ème Congrès international de droit médical*, 17-21 octobre 2008, Palais des congrès, Pékin, Chine.
- « Une recherche biomédicale : les inhibiteurs de libido »,
Colloque : *Les 20 ans de la loi Huriet-Sérusclat*, 19 et 20 décembre 2008, organisé par le Centre de Recherche de Droit privé – Institut de Sciences Criminelles et de Droit médical (Nancy-Université).
- « Cancer et Sexualité : entre Eros et Thanatos »,
Colloque : *Sciences humaines et cancérologie*, 12 juin 2008, organisé par la Faculté de Lettres de Besançon.

- « La prostitution, une rescapée du système judiciaire français ? », Séminaire : ACCORPS, 8 oct. 2008, Faculté de Lettres de Nancy.

7. AUTRES PRODUCTIONS

- « 3 questions à Julie Leonhard sur les Grenelles des violences conjugales », 28 nov. 2019, Le club des juristes – L’actualité au prisme du droit (blog).
- « Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles : quel avenir pour l’article 2 ? », 24 mai 2018, Le club des juristes – L’actualité au prisme du droit (blog).
- « 3 questions à Julie Leonhard sur la plainte pour viol contre Gérald Darmanin », 8 févr. 2018, Le club des juristes – L’actualité au prisme du droit (blog).
- *Étude sur la pornographie pénalement prohibée*, Thèse de droit privé et sciences criminelles, nov. 2011, Université de Lorraine (non publiée).
- Interview pour l’article « Si je baise dans la rue, je risque quoi légalement ? », Par Renée CREUSARD, 26 avril 2010, Rue 89.
- « Traiter une dyspnée réfractaire : discussion éthique »
Josyane BEHAR, Catherine COURTAULT, Marlène DIONISIO, Mireille KEMP, Ivan KRAKOWSKI, Julie LEONARD, Bertrand MARRION, Fabienne MOUTANGE, Angeline NUE, Bruno PY, Hubert ROUSSELOT, Cherry SCHRECKER, Joseph STINES, *Médecine Palliative*, 2009, Vol 8, n° 5, pp. 258-265.
- « Le cadre juridique de la prise en charge des auteurs d’agressions sexuelles »
Note de synthèse, Mission commandée par la Haute Autorité de Santé, projet piloté par Anne PONSEILLE (Faculté de droit de Montpellier 1) et Bruno PY (Faculté de droit de Nancy2), 2008.
- « Pornographie »,
In Dictionnaire du corps, B. ANDRIEU (dir.), CNRS édition, 2007.
- *Les femmes auteurs ou complices d’infractions sexuelles*,
Mémoire de D.E.A. de Droit pénal et de Sciences criminelles, 2006, Nancy-Université (non publié).

1. TRAVAUX DE THÈSE

Titre de la thèse : *Étude sur la pornographie pénalement prohibée*

Directeur de thèse : M. Bruno PY (Pr 01, UL)

Section CNU : Droit privé et sciences criminelles (01)

Soutenance de la thèse : le 5 novembre 2011

École doctorale : SJPEG, UL

Composition du jury :

- Monsieur Michel DANTI-JUAN, Professeur de Droit privé à l'Université de Poitiers (Rapporteur)
- Monsieur Emmanuel PIERRAT, Avocat au Barreau de Paris
- Monsieur Bruno PY, Professeur de Droit privé à l'Université de Poitiers³⁰⁷ (Directeur de thèse)
- Madame Diane ROMAN, Professeur de Droit public à l'Université F. Rabelais de Tours (Rapporteur)
- Monsieur Jean-François SEUVIC, Professeur de Droit privé à l'Université de Nancy 2 (Président)

Résumé de la thèse : Toute image de la sexualité n'est pas susceptible de constituer une infraction pénale. Elle ne revêt un caractère pénal que si elle est pornographique et que, soit elle représente un mineur, soit elle est susceptible d'être vue ou perçue par un mineur. La notion de pornographie doit être entendue restrictivement : elle implique nécessairement la représentation d'un acte sexuel qui inclue directement un organe sexuel, c'est-à-dire un pénis, un vagin, ou un anus. Toute autre représentation échappe à la répression, quelle que soit son utilisation. Les comportements prohibés pourront être justifiés par la liberté d'expression (érigée en fait justificatif), sans que l'image (la représentation ou le message) ne perde son caractère pornographique. Ne sera pas pénalement responsable la personne qui accomplira un des actes prohibés s'il existe un caractère artistique ou scientifique ou une information légitime du public.

Plan sommaire de la thèse :

Première Partie : La recherche d'une définition de la pornographie pénalement prohibée

Titre 1 : La pornographie prohibée : une notion non définie

Chapitre 1 : Le flou intrinsèque de la notion

Chapitre 2 : La précision extrinsèque de la notion

Titre 2 : La pornographie prohibée : une notion à définir

Chapitre 1 : L'importance d'une définition pénale

Chapitre 2 : La recherche de précisions objectives

Deuxième Partie : La recherche d'une simplification du régime de la pornographie pénalement prohibée

Titre 1 : La pornographie prohibée : un régime mal défini

Chapitre 1 : La prohibition du regard sur la sexualité du mineur

Chapitre 2 : La prohibition du regard du mineur sur la sexualité

Titre 2 : La pornographie autorisée : un régime à définir

Chapitre 1 : La recherche des limites de la prohibition

Chapitre 2 : Vers une frontière lisible entre deux pornographies ?

³⁰⁷ Depuis le 1 septembre 2011 ; avant cette date MCF de Droit Privé à l'Université de Nancy 2 ; mutation à l'Université de Lorraine en 2013-2014.

2. ORGANISATION DE COLLOQUES

2018	<ul style="list-style-type: none">• Co-organisation du colloque « <i>Les femmes, les mineurs et le terrorisme</i> », 5 et 6 déc. 2018, IFG, UL
2018	<ul style="list-style-type: none">• Organisation du colloque « <i>Mineur et sexualité en institution : Représentation(s) et Droit</i> », 29 juin 2018, IFG, UL
2018	<ul style="list-style-type: none">• Co-organisation du colloque « <i>Les déontologies</i> », 16 mars 2018, IFG, UL
2016	<ul style="list-style-type: none">• Organisation du colloque « <i>Violences sexuelles : entre vérité et mensonge</i> », 21 et 22 oct. 2016, IFG, UL
2013	<ul style="list-style-type: none">• Co-organisation du colloque « <i>La loi pénale et le sexe</i> », 15 nov. 2013, CRDP, Université de Lille 2

3. AUTRES ACTIVITÉS DE RECHERCHE

Depuis 2018	<ul style="list-style-type: none">• Membre de la Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, CCI Lorraine
Depuis 2013	<ul style="list-style-type: none">• Membre du comité éditorial des PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », dirigée par M. Le Pr. B. PY
2019-2022	<ul style="list-style-type: none">• Participation au projet de recherche, Mission de Recherche Droit & Justice, <i>Les violences gynécologiques et obstétricales saisies par le droit</i>, Institut des Sciences juridiques et philosophique de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
2015-2017	<ul style="list-style-type: none">• Participation au projet de recherche, Mission de Recherche Droit & Justice, « <i>L'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures judiciaires : étude de dix années de pratiques en Meurthe-et-Moselle (2003-2013)</i> », IFG-ISCRIMED, Université de Lorraine
2015-2016	<ul style="list-style-type: none">• Participation au projet conjoint CNRS-Université de Lorraine, PEPS Mirabelle, « <i>L'Imagerie Médicale et l'estimation de l'AGE du mineur – IM-AGE</i> », IFG-ISCRIMED, Université de Lorraine
2015	<ul style="list-style-type: none">• Co-organisation des <i>Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et Éthique médicale : regards contemporains</i>, PY B., VIALLA F. et LEONHARD J., (dir.), LEH, 2015
2012-2014	<ul style="list-style-type: none">• Participation au projet de Recherche GIP Justice, « <i>Principe de précaution et incertitude scientifique, l'émergence d'une responsabilité spécifique dans le champ sanitaire</i> », CRDP, Université Lille2
2008	Participation à la rédaction d'une note de synthèse pour la Haute Autorité de Santé portant sur « Le cadre juridique de la prise en charge des auteurs d'agressions sexuelles », ISCRIMED (Faculté de Droit de Nancy II) et CEERDS (Faculté de droit de Montpellier 1)
2009-2011	<ul style="list-style-type: none">• Membre du comité « STAFF médecine légale » - Groupe d'étude sur la médecine légale, la médecine pénitentiaire et le Droit, collaboration Faculté de Droit de Nancy et U.H.S.I. de Nancy
2006-2011	<ul style="list-style-type: none">• Membre du C.E.R.C.L.A.B (Centre de recherche sur les clauses abusives), Nancy-Université
2006-2009	<ul style="list-style-type: none">• Membre du Comité d'éthique du Centre Alexis Vautrin, CHU Nancy

ANNEXE 4 – ACTIVITES D'ENCADREMENT

• ENCADREMENT DE THESE DE DOCTORAT (DROIT PRIVE ET SCIENCES CRIMINELLES) :

2018	<p>Obtention d'ACT pour :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Mathilde BONNARD, <i>L'obligation de se soigner</i>, codirection avec B. PY - Iliana COGNET-PONOMAREFF, <i>Le droit pénal ultra-marin</i>, codirection avec B. PY - Charlène COLLET, <i>La liberté d'installation des professionnels de santé : entre incitation et contrainte, l'accompagnement</i>, codirection avec B. PY, contrat doctoral Grande Région
Depuis 2018	<p>Comité de suivi de thèse de :</p> <ul style="list-style-type: none"> - BUCKI Éline, <i>La dématérialisation des données de santé</i>, sous la direction de B. PY, 1^{ère} année - PELTIER-HENRY Mélodie, <i>Les neurosciences en droit pénal</i>, sous la direction de B. PY et G. TILLEMENT, 2^{ème} année
Depuis 2017	<p>Comité de suivi de thèse de :</p> <ul style="list-style-type: none"> - BRASSELET Renato, <i>La circulation de la donnée à caractère personnel relative à la santé : Disponibilité de l'information et protection de la vie privée</i>, sous la direction de B. PY, 5^{ème} année (soutenance le 3 décembre 2018) - DIAHOU TSANGA Préjudice, <i>L'influence des devoirs déontologiques sur la responsabilité du médecin</i>, sous la direction de S. HOCQUET-BERG, 2^{ème} année - OLECH Valérie, <i>L'influence des technologies de l'information et de la communication sur la notion de secret professionnel ; application à l'e-santé</i>, sous la direction de B. PY, 4^{ème} année - VIBRAC Geoffrey, <i>Corps humain et preuve pénale</i>, sous la direction de B. PY, 3^{ème} année

• ENCADREMENT DE THESE D'EXERCICE (PHARMACIE) :

Les premières années à l'UFR Pharmacie de l'Université de Lorraine ont permis, grâce aux différents cours magistraux repris et créés, de constituer peu à peu un climat de confiance avec les étudiants en pharmacie, peu habitués jusqu'alors aux enseignements en droit. Diriger des thèses d'exercice en pharmacie s'est alors imposé naturellement. Il s'agit soit de répondre aux propositions faites par les étudiants de la filière officine, soit de leurs proposer des sujets de thèses d'exercice en droit de la santé. L'encadrement du travail de recherche de ces étudiants, sur une ou deux années selon les cas, se réalise seule ou en codirection avec un enseignant-chercheur en pharmacie. Obtenir une HDR me permettra de pouvoir également assurer la présidence des jurys de thèse d'exercice.

6 thèses d'exercice ont déjà été soutenues sous ma direction ; 8 sont en cours d'élaboration.

Thèses d'exercice soutenues	
Faculté de Pharmacie, Université de Lorraine	
Codirection : Transfert et regroupement d'officines dans un projet commun : un pôle de santé privé	DRESSE Jean-Nicolas Soutenu (26/11/19)
Codirecteur : C. CAPDEVILLE ATKINSON, PR pharmacologie, Faculté de Pharmacie, UL	
Les réalités judiciaires du non-respect des obligations du pharmacien d'officine	GERARD Donovan Soutenu (19/11/19)
La dispensation de médicaments à un patient mineur à l'officine	BOTZUNG Alissa Soutenu (12/02/19)

<u>Codirection</u> : <i>Projet d'entreprise : utilisation du « référentiel de pharmacie d'officine » de la SFPC pour mettre en place un projet professionnel personnel ; mon officine idéale</i> Codirecteur : J. GRAVOULET, Pharmacien d'officine, Pr. associé, Faculté de Pharmacie, UL	COGNATA Sandrine Soutenue (10/09/18)
<u>Codirection</u> : <i>Impact sur la santé des nouvelles législations et réglementations en matière de protection de données personnelles</i> Codirecteur : A. LAMBERT, MCF 85, Faculté de Pharmacie, UL	BOLOT Paul Soutenue (05/06/18)
<u>Codirection</u> : <i>Pratique de la substitution médicamenteuse hospitalière</i> Codirecteur : R. BASSO, Pharmacien hospitalier	MICLOT Benjamin Soutenue (14/11/17)
Thèse d'exercice en cours Faculté de Pharmacie, Université de Lorraine	
<i>L'évolution du cadre juridique des dispositifs médicaux implémenté aux outils informatisés</i> Première inscription en 2018	AKLISSI Cornelis Soutenance prévue En 2019-2020
<u>Codirection</u> : <i>Place du pharmacien d'officine dans la prise en charge des patient(e)s victimes de violences conjugales : entretiens avec des victimes et questionnaire d'état des lieux des pratiques avec rédaction de fiche de conduite à tenir</i> Première inscription : mai 2019 Co-directeur : Julien GRAVOULET	BOULAY Amélie Soutenance prévue En 2020-2021
<u>Codirection</u> : <i>Comparaison du système officinal français avec le système officinal canadien</i> Première inscription : mai 2019 Co-directeur : Julien GRAVOULET	CARREAU Eléonore Soutenance prévue En 2020-2021
<i>Lutte contre la contrefaçon : mise en place de la sérialisation chez les différents acteurs de la santé</i> Première inscription en 2019	LEKMI Juba Soutenance prévue En 2020-2021
<u>Codirection</u> : <i>Manuel pratico-pratique de l'auto-inspection en officine</i> Première inscription en 2019 Co-directeur : Pierre-Olivier JACQUOT, pharmacien	LINIERE Alban Soutenance prévue En 2020-2021
<i>La dispensation à l'officine et le patient toxicomane – réflexions juridiques, sociologiques et perspectives</i> Première inscription en 2017	LOMBARD Salomé Soutenance prévue En 2019-2020
<u>Codirection</u> : <i>Le médicament connecté : Présentation de Abilify Mycite et enjeux de la protection des données personnelles</i> Première inscription en 2018 Codirecteur : Brigitte LEININGER, Pr. Faculté de Pharmacie, UL	MORCHE Pierre-Louis Soutenance prévue En 2020-2021
<i>Comparaison des métiers de pharmacien militaire et de pharmacien d'officine</i> Première inscription en 2017	ROCHAS Chloé Soutenance prévue En 2019-2020

• ENCADREMENT DE MEMOIRES (DROIT PRIVE ET SCIENCES CRIMINELLES) :

Depuis le début de la carrière, le choix a été fait de suivre plusieurs promotions d'étudiants chaque année dans la réalisation de leur travail de mémoire. J'ai ainsi dirigé près de quatre-vingt mémoires de recherche de Master 2, de Master 1 et de DU confondus :

- 32 mémoires de Master 2 dans 5 Master 2 différents de 3 UFR distinctes : Master 2 Droit pénal et Sciences criminelles (Faculté de Droit, Sciences Économiques et de Gestion de Nancy, Université de Lorraine), Master 2 Droit de la santé (Faculté de Droit, Sciences Économiques et de Gestion de Nancy, Université de Lorraine), Master 2 Droit privé général (Faculté de Droit, Sciences Économiques et de Gestion de Nancy, Université de Lorraine), Master 2 Droit des établissements de santé (Faculté de Droit

et Science politique, Université Montpellier), Master 2 Droit et Politiques de santé (Faculté des Sciences politiques, juridiques et sociales– Université de Lille 2).

- 10 mémoires de recherche de Master 1 dans le Master 1 Droit privé et Sciences criminelles (Faculté de Droit, Sciences Économiques et de Gestion de Nancy, Université de Lorraine).
- 37 mémoires de recherche de DU dans 3 DU différents (Faculté de Droit, Sciences Économiques et de Gestion de Nancy, Université de Lorraine) : DU Criminologie, DIU Droit médical, DU Droit et responsabilités des professions paramédicales.

Les sujets sont soit choisis par les étudiants parmi une liste de suggestions, soit proposés spontanément par eux. Dans cette dernière hypothèse, le choix d’accepter ou non la direction repose sur un double critère d’expertise scientifique et d’intérêt scientifique. Objectivement, orienter les étudiants vers des collègues qui ont une véritable expertise dans un champ de recherche est toujours une priorité. Subjectivement, la curiosité scientifique pour un champ d’étude est toujours un moteur puissant.

Les sujets traités par les étudiants dans les mémoires de recherche portent tous sur des thèmes de droit pénal, ou de droit de la santé, ou de droit pénal de la santé. Ils se rapportent à mes centres d’intérêts scientifiques, caractère essentiel pour fournir une direction minutieuse et approfondie de leurs travaux.

Afin d’assurer une direction sérieuse, plusieurs choix ont été opérés. D’une part, le fait d’instaurer un suivi régulier (envoi de mails périodiques – une fois par mois – en plus des réponses aux sollicitations spontanées et de fixation d’un calendrier prévisionnel avec chaque étudiant en fonction de ses impératifs et de ses possibilités). D’autre part, le choix d’un nombre limité de directions chaque année (une dizaine de mémoires environ par an – Master 2, Master 1 et DU – en plus des directions de thèses d’exercice en pharmacie et de thèse de doctorat en droit privé et sciences criminelles), ce qui me conduit à régulièrement solliciter d’autres collègues de l’IFG pour assurer des directions de mémoires de recherche (très souvent de jeunes collègues recrutés). Ces « règles personnelles » de fonctionnement ne me conduisent jamais à laisser un étudiant en difficulté. Ainsi, pour l’année universitaire 2019-2020, j’ai d’ores-et-déjà accepté de diriger 4 mémoires de Master 2 et 11 mémoires de DU et j’ai orienté 4 d’étudiants vers d’autres collègues.

<i>Master 2 Droit de la santé</i> ³⁰⁸		
Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion – Université de Lorraine		
2018-2019	<i>Levier de la rénovation de notre système de santé ou nouveau leurre ?</i>	FOLTZ Romuald
	<i>Les essais cliniques</i>	LIOGER Adèle

³⁰⁸ Nouvelle appellation depuis septembre 2018 ; anciennement Master 2 Droit de l’entreprise médicale, pharmaceutique et dentaire.

	<i>De l'élaboration à sa commercialisation : la dangerosité du médicament à usage humain au cœur de la réglementation Nationale et Européenne</i>	THIRION Ambroise
	<i>La prévention de la contrefaçon des médicaments en France</i>	TORLOTIN Julien
2017-2018	<i>Le statut juridique de l'assistance médicale à la procréation</i>	BONNARD Mathilde
	<i>La communication du masseur-kinésithérapeute et la déontologie</i>	NAU Bertrand
	<i>Le circuit du médicament en hospitalisation à domicile</i>	PAGANO Manon
	<i>Le pharmacien d'officine et les stupéfiants</i>	PECORINO Fanny
2016-2017	<i>L'examen des contrats par le conseil départemental de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Meurthe-et-Moselle</i>	ROGER Aline
	<i>L'encadrement éthique et juridique des actes médicaux de conformation sexuée pratiqués sur des mineurs</i>	VAN LOON Valentine
2014-2015	<i>La procédure d'inscription au tableau de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes</i>	ATESCI Korhan
	<i>Le mode d'exercice du pharmacien libéral</i>	OSETE Lucas
Master 2 Droit pénal et Sciences criminelles		
Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion – Université de Lorraine		
2019-2020 (en cours)	<i>Les trafics de stupéfiants et les professionnels de santé</i>	AOUN Naama
	<i>La dangerosité en prison</i>	CAMMARATA Lou-Ann
	<i>Les détentions à domicile</i>	PORTO Lisa
	<i>Les détenus terroristes</i>	TARRAL Florine
2018-2019	<i>Le maintien des liens familiaux en prison</i>	FERRY Clara
	<i>La religion en prison</i>	POIROT Manon
	<i>La femme enceinte en droit criminel</i>	THOUVENOT Delphine
	<i>La cybercriminalité à caractère pornographique</i>	ZHAO Giovanni
2017-2018	<i>Les violences sexuelles sur mineurs</i>	BEAUDOUX Louison
	<i>Les professionnels de santé auteurs d'infractions sexuelles</i>	PARIS Ondine
	<i>L'image de la Justice pénale</i>	TRAP Agathe
	<i>Le placement sous surveillance électronique mobile, une prison sans barreau</i>	WEBER Anne-Coralie
	<i>Le trafic de stupéfiants en détention</i>	WOURMS Sophie
2015-2016	<i>Le marché noir des stupéfiants et des psychotropes</i>	SCHERMA Giovanni
	<i>Les infractions relatives à la pudeur</i>	THOUVENEL Damien
2014-2015	<i>La faute pénale et le sportif</i>	ANDRES Romain
	<i>La pédopornographie</i>	BERTHELOT Joy
Master 2 Droit privé général		
Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion – Université de Lorraine		
2018-2019	<i>Le consentement du mineur victime d'infractions sexuelles</i>	CHOLEY Marilou
	<i>Les sanctions à caractère répressif (non pénales) du dopage sportif humain</i>	STOEFFER Céline
2016-2017	<i>Cyber-harcèlement et revenge porn</i>	DZIERZYNSKI Camille
2014-2015	<i>Le VIH et le Droit pénal</i>	LEVISSE Marie-Apolline
Master 1 Droit pénal et Sciences criminelles ³⁰⁹		
Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion – Université de Lorraine		
2018-2019	<i>Étude de l'efficacité du stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants</i>	COLLIAT Louise
	<i>Le délit de tromperie et l'affaire Poly Implant Prothese</i>	LEPOIX Léa
	<i>Formation des gardiens de la paix et la confiance de la population</i>	POUTEAUX Ulysse
2017-2018	<i>Le régime et les alternatives à la peine privative de liberté comme vecteur de réinsertion et de dissuasion pour la personne condamnée</i>	DIDIER Andréa

³⁰⁹ Nouvelle appellation depuis septembre 2018 ; anciennement Master 1 Droit privé, option Droit pénal et Sciences criminelles.

	<i>La preuve ADN et les fichiers</i>	MBA-ELLA Gérard
	<i>L'évolution du droit pénal au regard des mœurs sexuelles</i>	ULRICH Julie
2014-2015	<i>La lutte contre la récidive d'infractions de violences conjugales, quel traitement pour les auteurs</i>	BONIFACE Julien
	<i>Le rôle de la sanction pénale dans le système répressif français</i>	MOHR Justine
	<i>La radicalisation en prison</i>	SHCUMACHER-PERRIN Lucile
	<i>Mesures de sûreté ordonnables en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental</i>	THOUVENEL Damien
Master 2 Droit des établissements de santé Faculté de Droit et Science politique, Université Montpellier 1		
2014-2015	<i>Les médicaments et les scandales sanitaires</i>	DUFOUT Camille
2012-2013	<i>L'accès au médicament/au soin au Rwanda</i>	BROUARD Marie
Master 2 Droit et Politiques de santé Faculté des Sciences politiques, juridiques et sociales – Université de Lille 2		
2013-2014	<i>L'histoire de l'expertise médico-légale</i>	SPYCHALA Céline
DU Criminologie Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion – Université de Lorraine		
2019-2020 (en cours)	<i>Les violences sexuelles entre mineurs</i>	CRAUCK Manon
	<i>Le maintien des liens familiaux en prison : un lien vers l'extérieur au-delà des murs</i>	DOYOTTE Laëtitia
	<i>La détention provisoire et la présomption d'innocence</i>	GUEZENNEC Poema
	<i>La pédopornographie</i>	MONTEIROS Natacha
	<i>La radicalisation en prison</i>	RICHERT Natacha
	<i>La prévention de la radicalisation en prison</i>	THIRIAT Julie
2017-2018	<i>Les parachutages en prison : l'exemple du centre pénitentiaire de Nancy-Maxéville</i>	POIROT Manon
	<i>Désistance : un parcours de vie</i>	RICHARD Morgane
DU Droit de la santé³¹⁰ Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion – Université de Lorraine		
2018-2019	<i>Les majeurs protégés et l'hospitalisation</i>	CIRELLI Laëtitia
	<i>Les soins contraints</i>	LEPOIX Léa
	<i>Les masseurs-kinésithérapeutes et la vaccination</i>	MEHL Mathieu
	<i>Médecins et pharmaciens face aux addictions médicamenteuses</i>	SERRIERE Nathalie
2017-2018	<i>Le constat de viol aux urgences</i>	BEDEL-BAUMONT Sophie
	<i>Le droit au refus de soin</i>	FRICKER Anne
2014-2015	<i>Les responsabilités dans l'affaire des surirradiations du Centre hospitalier d'Épinal</i>	GENOT Séverine
	<i>La publicité des professionnels de santé – l'exemple des chirurgiens-dentistes</i>	PASTWA Élise
2010-2011	<i>L'information du patient au regard de la loi du 4 mars 2002</i>	HERRES Francis
	<i>Le droit de la mineure enceinte</i>	ZAMARON-SERIN Frédérique
DU Droit et responsabilités des professions paramédicales Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion – Université de Lorraine		
2019-2020 (en cours)	<i>Infirmiers et soins ambulatoires : la gestion de la multidisciplinarité</i>	DESCAMPS Amélie
	<i>La dignité du patient au bloc opératoire</i>	FEDI Jean-Christophe
	<i>Le refus de soin aux urgences</i>	RIVOAL Xavier
	<i>Le consentement en psychiatrie</i>	VOINSON Emilie
2018-2019	<i>La prise en charge de la douleur</i>	KARAOUET Souria
	<i>La gestion de l'imprévu au bloc opératoire</i>	LALLEMAND Aude
	<i>Florilège des fautes paramédicales</i>	LORENZER Cécile

³¹⁰ Nouvelle appellation depuis septembre 2019 ; anciennement DIU Droit médical.

2017-2018	<i>Le consentement des personnes atteintes de maladies neurodégénératives</i>	COLAS Marie-Astrid
	<i>La formation juridique des infirmiers</i>	FOLTZ Romuald
	<i>Les prescriptions médicales : conditions et responsabilités</i>	PIQUE Tamara
2016-2017	<i>Accidents d'exposition au sang</i>	ARMENGOL Alexandre
	<i>Les directives anticipées</i>	MARINI Christelle
2015-2016	<i>La responsabilité de l'infirmière dans l'acte de transfusion</i>	GIDENNE Sidonie
	<i>Les réseaux sociaux, secret professionnel et vie privée</i>	KRUSZYNSKI Joël
2014-2015	<i>Le droit de refus du patient</i>	JADID Latif
	<i>La césarienne en urgence</i>	PARISOT-MARTIN Nathalie
2013-2014	<i>Intérêts du contrat de soins en dialyse</i>	BORER Aline
	<i>Circuit du médicament informatisé et responsabilités paramédicales</i>	CAQUEL-BASTIEN Ingrid
	<i>La responsabilité juridique de l'infirmière anesthésiste</i>	DUPANLOUP Danièle
	<i>Préparation des doses à administrer – déconditionnement et reconditionnement des spécialités pharmaceutiques</i>	JEANNOEL Édith
	<i>Exercice illégal de l'infirmier et mise en danger d'autrui Illustration au bloc opératoire</i>	OTTAVY Pascal
	<i>Compétences juridique et matérielle de l'infirmier : quelles évolutions souhaitables ?</i>	SCHLICK Sophie
2012-2013	<i>Frontières des compétences entre ergothérapie et kinésithérapie</i>	BOUCHEZ Anne-Lucie
	<i>Contention et handicap mental</i>	HENRY Gaëlle
2010-2011	<i>La responsabilité professionnelle de l'infirmière anesthésiste</i>	DUPANLOUP Danièle
	<i>Le statut juridique de la personne de confiance</i>	REYGNIER Christine
2009-2010	<i>L'autorité parentale et le soin</i>	RATAJCZAK Valérie
2008-2009	<i>La traçabilité du soin dans les services d'imagerie</i>	CESSA Michèle
	<i>L'aide-soignant et le masseur kinésithérapeute</i>	CROCI Lionel

• **PARTICIPATION A DES JURYS (THESES ET MEMOIRES) :**

L'année 2018 a été l'occasion de participer à un premier jury de soutenance d'une thèse de doctorat en droit privé à l'Université de Paris Descartes³¹¹.

Par ailleurs, depuis le début de la carrière, le choix a été fait, chaque année, de participer aux jurys de soutenance des mémoires en droit privé et sciences criminelles de plusieurs promotions d'étudiants.

J'ai ainsi siégé dans plus de cinquante mémoires de recherche (dirigés par des collègues) de Master 2 et de DU confondus :

- 18 mémoires de Master 2 dans 3 Master 2 différents (Faculté de Droit, Sciences Économiques et de Gestion de Nancy, Université de Lorraine) : Master 2 Droit pénal et Sciences criminelles, Master 2 Droit de la santé, Master 2 Droit privé général.
- 37 mémoires de recherche de DU dans 2 DU différents (Faculté de Droit, Sciences Économiques et de Gestion de Nancy, Université de Lorraine) : DIU Droit médical, DU Droit et responsabilités des professions paramédicales.

³¹¹ Thèse de M. Richard KHAN SHAGHAGHI LEGRAND portant sur « *La régulation de l'accès aux médicaments (aspects de droit comparé)* », université Paris-Descartes, sous la direction de M. Philippe COURSIER.

Une fois encore, le choix est fait de n'offrir mes services que pour des mémoires sur lesquels mon expertise scientifique est susceptible de procurer un réel intérêt pour l'évaluation des travaux des étudiants.

Depuis 2014, je siège également dans des jurys de soutenances de rapports de stages dans le cadre du Master 2 Droit de la santé et du Master 1 Droit privé et sciences criminelles (Faculté de Droit, Sciences Économiques et de Gestion de Nancy, Université de Lorraine). Le volume est d'environ 20 soutenances annuelles (moitié-moitié).

Thèses de recherche en droit privé et sciences criminelles Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion, Université de Lorraine		
2018-2019	<i>La régulation de l'accès aux médicaments – Aspects de droit comparé</i> Directeur : Philippe COURSIER, MCF droit privé, Université Paris-Descartes	KHAN SHAGHAGHI-LEGRAND Richard
Thèses d'exercice en Pharmacie Faculté de Pharmacie, Université de Lorraine		
2018-2019	<i>Le monopole pharmaceutique à l'épreuve du droit européen : enjeux et perspectives d'évolution</i> Directeurs : et C. CAPDEVILLE ATKINSON, PR pharmacologie, Faculté de Pharmacie, UL Et Y. PETIT, Pr. Droit public, UL	PAJEOT Cécile Soutenance le 3 mai 2019
Master 2 Droit pénal et Sciences criminelles Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion – Université de Lorraine		
2018-2019	<i>La pédophilie dans l'Eglise</i> Directeur : Catherine MENABE, MCF droit privé, UL	BRISSON Louise
	<i>Les femmes et le terrorisme islamiste</i> Directeur : Catherine MENABE, MCF droit privé, UL	MANZIAT Margaux
	<i>Les moyens de communication de la personne détenue avec l'extérieur</i> Directeur : Geneviève TILLEMENT, MCF droit privé, UL	PEREZ Charlène
	<i>La Justice en matière de violences conjugales</i> Directeur : Catherine MENABE, MCF droit privé, UL	SCHMITT Amélie
2017-2018	<i>Le droit pénal face aux superstitions et croyances culturelles</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	COGNET-PONOMAREFF Iliana
	<i>La place des femmes détenues dans l'univers carcéral</i> Directeur : Catherine MENABE, MCF droit privé, UL	MOUREY Marine
	<i>L'amour et le crime</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	RAHYR Solenn
	<i>Éléments corporels et scellés : approche formelle sur les difficultés de preuve</i> Directeurs : Jean-François SEUVIC, PR. droit privé, UL ET Laurent MARTRILLE, MCU médecine légale, UL	REY Léa
2016-2017	<i>Alcoolisme et toxicomanie : entre soin et peine</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	DESCLES Maëlle
	<i>Le droit à l'espoir</i> Directeur : Sabrina LAVRIC, MCF droit privé, UL	GUOERY Héloïse
2015-2016	<i>La preuve et les éléments corporels (hors ADN)</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	BLIN Maeva
	<i>L'affaire Grégory au travers de ses errements médiatiques et judiciaires</i> Directeur : Delphine BRACH-THIEL, MCF droit privé, UL	EL HANBALI Jazaa
2014-2015	<i>Le droit pénitentiaire, théorie et pratique sous l'influence de la loi pénitentiaire</i> Directeur : Jean-Baptiste THIERRY, MCF droit privé, UL	GERRIET Roxanne

Master 2 Droit privé général		
Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion – Université de Lorraine		
2016-2017	<i>La perpétuité réelle</i> Directeur : Catherine MENABE, MCF droit privé, UL	BERNARD Marine
Master 2 Droit de la santé³¹²		
Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion – Université de Lorraine		
2018-2019	<i>Le secret professionnel et le refus de soin</i>	DE LIMA Lisa
2016-2017	<i>Le droit de la prostitution au regard de la loi du 13 avril 2016</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	LEBON Pierre
	<i>L'information du patient</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	SCHREIBER Polina
2013-2014	<i>Société civile de moyens et contrat d'exercice en commun</i> Directeur : Jean-Baptiste THIERRY, MCF droit privé, UL	MELINE Maxime
DU Droit de la santé³¹³		
Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion – Université de Lorraine		
2017-2018	<i>La consultation, l'information et le consentement éclairé du patient en vue d'une infiltration rachidienne</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	BLUM Alain
	<i>Restitution des corps et restauration tégumentaire</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	BOUCHY Brigitte
	<i>Le sapiteur en Justice</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	SIMON Cyrille
2014-2015	<i>Le consentement éclairé en obstétrique</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	MACQUET Christine
	<i>La loi autorisant l'expérimentation des maisons de naissance</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	MAUREL Julie
	<i>Le partage d'informations pour améliorer les conditions de vie des patients en pédopsychiatrie – l'exemple de l'aménagement de la scolarité</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	PEREIRA Caroline
2010-2011	<i>Liberté sexuelle et Droit criminel</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	LUPINSKA Joanna
	<i>La fin de vie et l'euthanasie</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	SALMON Jean-Pierre
DU Droit et responsabilités des professions paramédicales		
Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion – Université de Lorraine		
2018-2019	<i>Le rapport protocoles et prescriptions</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	DEKEIREL Sabine
	<i>L'encadrement juridique des tests psychologiques</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	DIRENBERGER Paul
	<i>La protection des données : le passage du papier au numérique</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	SORO Françoise
2017-2018	<i>L'isolement en psychiatrie</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	BELTRAMI Stéphanie
	<i>Secret professionnel et PMI</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	LAMULLE Laëtitia
	<i>Le secret professionnel des soignants, police et administration pénitentiaire</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	LAPP Aymeric
	<i>Utilisation du dossier patient informatise en établissement sanitaire et secret professionnel</i>	PETITJEAN Céline
2016-2017	<i>Rôle propre du manipulateur en électroradiologie - Quel avenir ?</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	ZARFANI Karim

³¹² Nouvelle appellation depuis septembre 2018 ; anciennement Master 2 Droit de l'entreprise médicale, pharmaceutique et dentaire.

³¹³ Nouvelle appellation depuis septembre 2019 ; anciennement DIU Droit médical.

	<i>Encadrement des stagiaires : quelles responsabilités ?</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	ZILLIG Laurence
2015-2016	<i>La procédure de l'arrêt de thérapeutique active</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	BAKPA Amélie
	<i>Le partage de données, sécurité et secret professionnel</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	HUSSON Aline
2014-2015	<i>Secret professionnel et système de traitement informatisé</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	GOUDOT Brigitte
	<i>Secret professionnel et relations avec la famille – usage du téléphone</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	KERVAN - BEAUGNIER Juliette
2013-2014	<i>Soins du détenu</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	CRIVELLI Karine
	<i>Obligation d'information et place de la famille</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	MEDAN Linda
	<i>Secret partagé et protection de l'enfance</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	RESCHMANN Frédéric
	<i>Collaboration interprofessionnelle en milieu carcéral (et/ou santé mentale)</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	THEVENON Philippe
2012-2013	<i>Le consentement éclairé de l'adolescent</i> Directeur : Jean-Baptiste THIERRY, MCF droit privé, UL	ALLAIN Marie-Laure
	<i>Professionnels de santé et Facebook</i> Directeur : Jean-Baptiste THIERRY, MCF droit privé, UL	HEYOB Angelina
	<i>La protection des professionnels de santé face à la violence</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	LOUIS Isabelle
2010-2011	<i>Sapeurs-pompiers et infirmiers</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	GAUDRIN Denis
	<i>La responsabilité des étudiants au cours de leurs formations</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	NURDIN Valérie
	<i>L'information des patients a posteriori</i> Directeur : Jean-Baptiste THIERRY, MCF droit privé, UL	REMY Murielle
	<i>L'enseignement du droit dans les formations paramédicales</i> Directeur : Jean-Baptiste THIERRY, MCF droit privé, UL	WILLAUME Frédérique
2009-2010	<i>La responsabilité juridique des étudiants en soins infirmiers</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	MAITROT Jean-Baptiste
2008-2009	<i>La mort au bloc opératoire</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	DONNATE Lydie
	<i>La pudeur et le soin</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	HARDT Katia
2006-2007	<i>Les contentieux en manipulation kinésithérapie : la qualité de l'acte</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	RAFFIN Sylvie
	<i>Prise en charge de la douleur en radiologie : droit ou devoir ?</i> Directeur : Bruno PY, PR. droit privé, UL	TOUSSAINT Laurent

ANNEXE 5 - LES CINQ PUBLICATIONS SCIENTIFIQUES SIGNIFICATIVES

Afin de pouvoir refléter au mieux les recherches menées et le mémoire d'HDR, le choix est fait d'opter pour des publications de nature variée (contributions dans des mélanges, articles et chapitres d'ouvrages scientifiques) portant sur les différentes thématiques étudiées (l'intégrité corporelle, l'intégrité sexuelle, l'intégrité de la personne) dans plusieurs disciplines du droit (droit pénal, droit de la santé, droit pénal de la santé). Il s'agit de pouvoir symboliser au mieux le champ des recherches : « Du corps à l'individu : la protection de l'intégrité ».

Des mots-clefs, insérés entre crochets après chaque référence, renvoient aux subdivisions du mémoire et permettent au lecteur de situer plus facilement les publications dans l'organisation des recherches pensée pour le futur mémoire. Ces cinq articles, considérés comme les plus significatifs par l'auteur, sont reproduits dans leur ordre chronologique décroissant de publication :

- « La pénalisation des clients de la prostitution : une infraction discutée ou un mal discutable ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François SEUVIC – Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains*, Bruno PY et Frédéric STASIAK (dir.), PUN, 2018, pp. 299-314. [Intégrité sexuelle – corps touché – corps négocié – corps du client]
- « Les contours juridiques de la dispensation de médicaments à un mineur », *Panorama de Droit pharmaceutique* 2018, pp. 197-210. [Intégrité corporelle – corps malade – corps soigné – corps soigné par les produits]
- « L'importance de la détermination de l'âge du mineur en droit pénal : quand on aime, on ne compte pas », in *IM-AGE – L'imagerie médicale et l'estimation de l'âge du mineur*, Bruno PY et Laurent MARTRILLE (dir.), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2017, pp. 23-46. [Intégrité corporelle – corps instrumentalisé – corps objet – corps objet de preuve]
- « L'image patrimonialisée des acteurs pornographiques », in *Corps et Patrimoine*, Guylène NICOLAS (dir.), LEH, coll. « Les cahiers du droit de la santé », 2014, pp. 315-340. [Intégrité de la personne – personne représentée – image du vivant – image sexuelle]
- « Les massages : jeux de mains, jeux de vilains – regards du droit sur l'art du toucher », in *Mélanges en l'honneur de Marie-France CALLU*, Marion GIRER et Guillaume ROUSSET (dir.), LGDJ, 2013, pp. 223-246. [Intégrité corporelle – corps malade – corps soigné – corps soigné par les actes]

1. « La pénalisation des clients de la prostitution : une infraction discutée ou un mal discutable ? »

In Mélanges en l'Honneur du professeur Jean-François SEUVIC – Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains, Bruno PY et Frédéric STASIAK (dir.), PUN, 2018, pp. 299-314.

La pénalisation des clients de la prostitution : une infraction discutée ou un mal discutable ?

Julie LEONHARD

MCF Droit privé et Sciences criminelles, Université de Lorraine
IFG- EA7301

La prohibition générale du recours à la prostitution : une infraction discutée. La prostitution est un sujet de préoccupation constant dans nos sociétés. A tel point que la détermination précise des origines historiques du « plus vieux métier du monde » semble délicate, voire chimérique³¹⁴. L'ancienneté du commerce charnel ne traduit toutefois pas une désuétude du phénomène : la prostitution est toujours non seulement une pratique actuelle, mais également une préoccupation constante du législateur, pour ne pas dire brûlante. L'interdit récent de tout recours à la prostitution, autrement appelé la pénalisation des clients de la prostitution, en est un parfait manifeste. Après avoir fait l'objet de longs débats, sociétaux³¹⁵ et juridiques³¹⁶, pendant presque cinq ans, l'interdiction de l'achat d'actes sexuels a été insérée dans le Code pénal³¹⁷ par la loi du 13 avril 2016 visant à renforcer le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées³¹⁸. Cette loi intervient 70 ans après, jour pour jour, la

³¹⁴ Bruno PY, « Prostitution – Proxénétisme – Racolage », Rep. Pén. Dalloz, mars 2013, n° 4 et s. : « *Chercher les origines historiques de la prostitution est une opération quasiment impossible compte tenu de l'ancienneté rapportée de cette pratique. (...) On la signale dans tous les peuples d'Orient, déjà trois mille ans avant notre ère* ».

³¹⁵ V° le manifeste des 343 salauds à l'initiative de Frédéric BEIDGEBER, Eric ZAMMOU, Nicolas BEND et Ivan RIOUFOL. Un manifeste baptisé « *Touche pas à ma pute* » en octobre 2013, pour protester contre le projet de loi de l'époque et en référence évidente au manifeste des 343 salopes en 1974 de Simone BEAUVOIR à propos de l'interruption volontaire de grossesse.

³¹⁶ La proposition de loi relative à la lutte contre le système prostitutionnel avait été enregistrée à l'Assemblée nationale le 10 oct. 2013 et faisait suite à une proposition de loi visant à l'abrogation du délit de racolage public enregistrée au Sénat le 2 oct. 2012 et adoptée en première lecture le 28 mars 2013. V° : Éloi CLEMENT, « Les hésitations du droit français sur la prostitution des majeurs », RSC 2015, p. 813 ; Caroline FLEURIOT, « Prostitution : les députés adoptent à nouveau la pénalisation des clients », Dalloz Actualité, 8 févr. 2016 ; Caroline FLEURIOT, « Prostitution : les députés rétablissent la pénalisation du client », Dalloz Actualité, 4 juin 2015 ; Caroline FLEURIOT, « Prostitution : les députés adoptent la pénalisation des clients », Dalloz Actualité, 5 déc. 2013.

³¹⁷ C. pén., art. 611-1 al. 1 : « *Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe* ».

³¹⁸ Loi n°2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, JORF du 14 avril 2016, texte n°1. Aux côtés des mesures d'accompagnement proposées aux personnes prostituées, visant pour l'essentiel à leur permettre de sortir de la prostitution (CASF, art. L. 121-9), cette loi sanctionne l'achat de tout acte sexuel et dépénalise le racolage. V° : Raphaëlle PARIZOT, « La prostitution, infraction sans texte », RSC 2016, p. 373 : « *Même si la personne prostituée ne peut plus être poursuivie pour racolage, le législateur ne se montre pas pour autant plus indulgent à l'égard de la prostitution. En effet, ses fourches caudines ne visent plus la personne prostituée, mais le client* ».

loi du 13 avril 1946 dite Marthe Richard³¹⁹ tendant à la fermeture des maisons de tolérance et au renforcement de la lutte contre le proxénétisme. La France rejoint ainsi le camp des pays européens sanctionnant les clients de personnes prostituées, aux côtés de la Suède – pionnière en 1999³²⁰, de la Norvège, de l’Islande et du Royaume-Uni.

La question de l’interdiction ou non de la prostitution n’est pas nouvelle. Face au phénomène prostitutionnel, trois types de réponses juridiques sont possibles : la prohibition (la répression de la prostitution), la réglementation (l’encadrement et l’organisation de la prostitution) ou l’abolition (absence d’organisation juridique). A la fermeture des maisons closes en 1946, le Droit pénal français n’a choisi ni de prohiber directement la prostitution ni de la réglementer (système abolitionniste), mais d’interdire de nombreux comportements périphériques³²¹. Cette position du législateur, reflet d’une certaine ironie, est considérée par certains auteurs comme étant « *la marque d’une politique prohibitionniste qui ne dit pas son nom* »³²².

La prohibition du recours à la prostitution n’est, elle aussi, pas nouvelle. En effet, depuis la loi du 4 mars 2002 relative à l’autorité parentale³²³ sont pénalement punissables les clients de mineurs prostitués³²⁴. Puis, avec la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure³²⁵, l’interdit du recours à la prostitution de mineurs³²⁶ est étendu à la prostitution des personnes « *d’une particulière vulnérabilité due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse* »³²⁷. Ce délit, puni de trois ans d’emprisonnement et de 45 000 € d’amende est susceptible de circonstances aggravantes³²⁸. Notons que la loi du 13 avril 2016 a remplacé l’expression « *déficience physique ou psychique* » par la notion plus explicite, mais tout aussi sensible, de « *handicap* ». Et dans les deux hypothèses, tout comme dans le nouvel interdit de recours général à la prostitution, la personne prostituée est la victime de l’infraction et ce sont bien les potentiels clients qui sont les auteurs punissables.

La création secondaire d’un référentiel des risques liés à la prostitution. Faisant suite à la loi du 13 avril 2016, est paru le 2 mars 2017 le décret approuvant le référentiel national des risques en direction des personnes prostituées et complétant le code de la santé publique³²⁹. Aux côtés de la pénalisation des clients de la prostitution, la loi du 13 avril 2016 prévoit des mesures d’accompagnement proposées aux personnes prostituées, visant pour l’essentiel à leur permettre de sortir de la prostitution³³⁰. Pour compléter ce volet social et sanitaire, le législateur annonçait également la création prochaine d’un référentiel national de réduction des risques destiné à lutter contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes en situation de prostitution. Très attendu, ce référentiel voit le jour quelques semaines seulement avant la date anniversaire de la loi du 13 avril 2016. Le ministre des affaires sociales et de la santé propose

³¹⁹ Loi n°46-685 du 13 avril 1946 dite Marthe Richard tendant à la fermeture des maisons de tolérance et au renforcement de la lutte contre le proxénétisme, JORF du 14 avril 1946, p. 3138.

³²⁰ V° Axel GYLDEN, « Prostitution : le modèle suédois », L’Express, 3 mars 2003. Bruno PY, « Prostitution – Proxénétisme – Racolage », Rep. Pén. Dalloz, mars 2013, n° 31 : « *La Suède, dans le cadre d’un plan gouvernemental baptisé « Kvinnofrid » (la paix des femmes), a décidé d’une révision du Code pénal (L. 1998-408 entrée en vigueur le 1^{er} janv. 1999) qui pénalise l’achat de services sexuels* ».

³²¹ Notamment le proxénétisme et le racolage.

³²² Raphaëlle PARIZOT, « La prostitution, infraction sans texte », RSC 2016, p. 373.

³²³ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l’autorité parentale, JORF du 5 mars 2002, p. 4161.

³²⁴ V° l’affaire dite « Zahia » qui a mis en cause, en 2010, des joueurs de l’équipe de France de l’époque qui ont été clients d’une prostituée mineure, Melle Zahia.

³²⁵ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, JORF n°66 du 19 mars 2003, p. 4761.

³²⁶ C. pén., art. 225-12-1 al. 1, rédaction antérieure à la loi du 13 avril 2016.

³²⁷ C. pén., art. 225-12-1 al. 2, rédaction antérieure à la loi du 13 avril 2016.

³²⁸ C. pén., art. 225-12-1 al. 2

³²⁹ Décret n°2017-281 du 2 mars 2017 approuvant le référentiel national des risques en direction des personnes prostituées et complétant le code de la santé publique JORF n°0055 du 5 mars 2017, texte n°12.

³³⁰ CASF, art. L. 121-9 et s.

des modalités d'intervention auprès des personnes prostituées reposant sur un bilan de la situation sanitaire et social des personnes prostituées.

La prohibition générale du recours à la prostitution : la Morale dissimulée. « *Le Droit n'est pas le seul à régler, rythmer la vie de la société, à imposer aux hommes en société une certaine unité de conduite. L'individu est enserré dans plusieurs [autres] réseaux de normes* »³³¹. En effet, les normes qui autorisent, interdisent, prescrivent, régissent les comportements humains en général, la sexualité en particulier, peuvent être de sources différentes : morale, juridique et même religieuse. La Morale se présente comme une « *science qui a pour objet les règles de la conduite et les fins de l'action humaine* »³³² et se définit comme un ensemble de principes, de jugements et de conduites qui s'impose à la conscience individuelle ou collective³³³. La société est ainsi régulée par le Droit et par la Morale, qui visent tous deux une bonne coexistence des individus. Mais ce dessein commun ne les empêche pas de présenter des différences notables. La distinction la plus classique se situe au plan de leurs fonctions respectives, car ils ne poursuivent pas les mêmes objectifs. Le Droit vise le Juste, la Morale le Bien. La Morale désigne la réalisation d'un ordre individuel, alors que la règle de Droit vise la réalisation d'un ordre collectif : à la morale revient le soin de régler les questions de conscience individuelle, à la loi pénale incombe la mission d'interdire les comportements dangereux.

Ces différences n'excluent pas que la loi juridique et la loi morale puissent parfois être liées, et même être concordantes, en accord. Ainsi, la Morale a longtemps influencé le Droit en matière de sexualité³³⁴, jusqu'à ce que leurs divergences les séparent définitivement³³⁵. La morale sexuelle de nos aïeux paraît aujourd'hui archaïque et guindée³³⁶ et le Code pénal de 1994 s'en est affranchi³³⁷. Aucune infraction relative à la sexualité ne devrait donc plus présenter de lien avec la morale. Pourtant, la mesure phare de la loi du 13 avril 2016 semble bien flirter de

³³¹ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, coll. « Champs essais », 1996, p. 114.

³³² Trésor de la langue française informatisé (TILF), dictionnaire de la langue française des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, consulté le 26 août 2011, V^o MORALE. Le TILF est créé par l'ATILF (Analyse et Traitement Informatique de la Langue Française), une unité mixte de recherche associée au CNRS (Centre National de la Recherche Scientifique) et à l'université Nancy2.

³³³ Elle se fonde sur les impératifs du Bien et fournit des règles, des obligations et des valeurs.

³³⁴ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, 1996, p. 116 : « *Les appréciations morales variaient naturellement d'une conscience de juge à un autre, et objectivement elles pouvaient être influencées par le climat du moment* ».

³³⁵ Au fil du temps, les nombreux interdits traditionnels ont vu leurs frontières reculer pour laisser plus de champ au « permis », à une sexualité « libérée » des carcans moraux. Les modifications des mentalités au cours des années 1960-1970, période historique parfois qualifiée de véritable « révolution », ont modifié en partie le système juridique en place avec l'émergence d'une morale du consentement fondée sur l'autonomie individuelle. Les sociétés contemporaines ont entériné la dissociation entre le sexe-procréateur et le sexe-plaisir. Si cette révolution sexuelle ne doit pas être entendue comme un dénouement, une fin en soi, ni même comme un renversement fulgurant des mœurs, nul ne contestera qu'elle a engendré une marche vers une certaine libéralisation du nu et une désacralisation de la sexualité.

³³⁶ Marcela IACUB et Patrice MANIGLIER, *Antimanuel d'éducation sexuelle*, Bréal, 2005, p. 31 : « *Cette morale sexuelle nous semble à la nôtre ce que les voitures à pédales sont aux bolides à moteur, ou les ballons de Phileas Fogg à nos supersoniques* ».

³³⁷ Les interdits en matière sexuelle ne font plus références explicitement à la morale. Ne sont plus interdit aujourd'hui que les comportements sexuels qui portent atteinte à autrui, à savoir : les actes sexuels portant atteinte à l'intégrité physique, sexuelle, d'autrui (c'est-à-dire les actes imposés - viols et agressions sexuelles, mais aussi pour les mineurs de moins de 15 ans les actes consentis) et les actes portant atteinte à l'intégrité psychique d'autrui : le spectacle de la sexualité imposé à la vue d'autrui en général (exhibition sexuelle) ou aux mineurs (l'interdiction de leur montrer de la pornographie), mais aussi le harcèlement sexuel. Le consentement et la protection des mineurs deviennent les deux principaux fondements des infractions sexuelles contemporaines.

nouveau avec la Morale (1), tout comme le référentiel proposé en 2017 oscille entre protection et moralité (2).

1) Une généralisation de l'interdit critiquée

Une infraction dénuée de morale ? Si le vocabulaire de la Morale ne figure plus littéralement dans les textes, la législation relative à la sexualité reste empreinte d'une certaine de morale. Elle n'a été ni abandonnée ni oubliée dans le nouveau Code pénal. Elle demeure présente en filigrane et tend à se développer de plus en plus dans le domaine des infractions sexuelles³³⁸. La loi du 13 avril 2016 en est le parfait manifeste, tant dans son contenu (A) que dans sa portée (B).

A. Le contenu de l'interdit : le doute apparent

L'interdiction d'achat sexuel : un intitulé de loi douteux. La loi du 13 avril 2016 a choisi une subdivision particulière : « *l'interdiction de l'achat d'un acte sexuel* ». Si l'expression ne se retrouve pas dans le corps même de l'interdit³³⁹, elle soulève des interrogations. Au regard d'autres branches du Droit – le Droit des contrats essentiellement – la notion d' « achat d'actes sexuels » paraît incohérente et maladroite³⁴⁰. Puisqu'il ne s'agit « que » d'un intitulé de la loi, et non du libellé de l'infraction, ces dissonances dans les mots de la loi semblent toutefois minimales. Et pourtant l'impact symbolique est fort : en apparence, la loi interdit l'achat d'un acte sexuel et non « *le recours aux services d'une personne qui fournit un acte sexuel* »³⁴¹. La référence à l'achat d'un acte sexuel n'interpelle – et même n'agace – alors plus seulement le Droit civil, mais également le Droit pénal : ne traduit-elle pas une forme sinieuse de morale ? La société entendra « achat du corps » (et même d'une partie du corps, les organes sexuels), et donc marchandisation du corps³⁴², et non « achat d'une prestation sexuelle » (tout comme il est possible d'acheter la force de travail d'un individu).

Une contravention légale : une technique juridique douteuse ? La loi du 13 avril 2016 se distingue également en ce qu'elle crée non pas un délit ou un crime, mais une contravention de la cinquième classe et empiète ainsi sur un terrain en principe dévolu au pouvoir exécutif³⁴³. Toutefois, le Conseil constitutionnel reconnaît depuis 1982 que l'article 37 de la Constitution

³³⁸ V° Coralie COURTAIGNE-DESLANDES, « A la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », droit pen. n°2, février 2013, étude 5. En sus du nouvel interdit de l'article 611-1 du Code pénal, pour en être convaincu, il suffit d'étudier les infractions relatives à la pornographie (C. pén., art. 227-23 et 227-24), la corruption de mineurs (C. pén., art. 227-22) et la diffusion de messages contraires à la décence (C. pén., art. R.624-2) ; ou encore de se rappeler la tentative de réintroduction de l'inceste dans le Code pénal en février 2010, avortée en septembre 2011.

³³⁹ C. pén., art. 611-1.

³⁴⁰ Arnaud CASADO, « Prostitution – Brèves remarques à la lecture de la loi n°2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées », Droit pén. n°6, juin 2016, étude 12 : « *Cette opération juridique, propre au contrat de vente, n'est pas compatible avec la définition prétorienne de la prostitution. En effet, au prisme du droit des contrats, l'activité prostitutionnelle doit être analysée comme une prestation de service. Cette solution, affirmée et réaffirmée au niveau supra-national découle de l'objet de l'obligation du contrat de prostitution. Se prêter à des contacts physiques traduit une obligation de faire et non une obligation de donner, caractéristique du contrat de vente. En outre, il semble juridiquement délicat de considérer les actes sexuels comme des choses ou des biens dont le transfert de patrimoine à patrimoine serait possible* ».

³⁴¹ Arnaud CASADO, « Prostitution – Brèves remarques à la lecture de la loi n°2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées », *ibidem*.

³⁴² Julie LEONHARD, « De la marchandisation du sexe à la marchandisation du genre », in *Les assises du corps transformé : le genre*, VIALLA François (dir), Les études hospitalières, 2010, pp. 301-315.

³⁴³ Constitution, art. 34 et 37 ; C. pén., art. 111-2.

n'a qu'un « *caractère facultatif* »³⁴⁴ : qui peut le moins peut le plus ! Aussi, bien que cela ne soit pas fréquent, la loi crée parfois des contraventions³⁴⁵. Et bien souvent alors, tout comme en la matière, la commission des faits en état de récidive modifie la nature de l'infraction qui devient alors délictuelle³⁴⁶.

Les éléments constitutifs : un contenu douteux. Lorsqu'il s'agit d'étudier le contenu de l'interdit, de véritables difficultés s'amoncellent³⁴⁷. La principale surgit lorsque la contravention de l'article 611-1 du Code pénal est analysée sous le prisme du principe de légalité criminelle, hérité du siècle des Lumières³⁴⁸. Le législateur tient en effet des articles³⁴⁹ 111-2 et 111-3 du Code pénal l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis. Or, la légalité criminelle « *érigée en "garde flou" du droit répressif* »³⁵⁰, pierre angulaire du Droit pénal, semble ici bien malmenée. L'interdit renvoie à deux notions non définies : la prostitution et les relations de nature sexuelle. S'il est possible d'écarter un temps l'obstacle pour la prostitution en se référant à sa définition prétorienne³⁵¹, la gêne demeure avec les relations de nature sexuelle³⁵² : que faut-il comprendre ? Si un coït répond assurément à la notion, qu'en est-il des simples caresses sur les organes sexuels ? Des caresses sur les zones érogènes ? Et même du simple échange de baiser ?

Qui plus est, non seulement il existe donc désormais dans notre Droit pénal une sanction fondée sur l'usage d'une activité non interdite, mais la prohibition du recours à la prostitution pourrait en plus être « contreproductive ». Créé pour et au nom des personnes prostituées, l'interdit pourrait permettre, au contraire, de toujours les sanctionner malgré la disparition du délit de racolage. En effet, le mécanisme de la complicité par provocation³⁵³ semble pouvoir être retenu lorsqu'une personne prostituée incite un client à accepter des relations sexuelles tarifées.

³⁴⁴ Cons. const. 30 juill. 1982, n°82-143 : « (...) la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi ».

³⁴⁵ Pour une intervention similaire du législateur dans le domaine réservé au règlement, voir l'hypothèse de la procédure de l'amende forfaitaire applicable à certains délits (C. proc. pén., art. 495-17) et l'exemple de la conduite sans permis (C. de la route, art. L221-2 depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle).

³⁴⁶ C. pén., art. 225-12-1 al. 1 : « *Lorsqu'il est commis en récidive dans les conditions prévues au second alinéa de l'article 132-11, le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de 3 750 € d'amende* ».

³⁴⁷ Par exemple sur la peine complémentaire du stage de sensibilisation, V° Patrick MISTRETTA, « Requiem pour la non-pénalisation du recours à la prostitution », JCP G n°42, 14 oct. 2013, n°1063. Pour l'efficacité de la peine contraventionnelle en la matière, V° Patrick MORVAN, « Lutte contre la prostitution – Quand le « cave » devient délinquant : la pénalisation des clients de prostituée(s) », JCP G n°17, 27 avril 2016, 487.

³⁴⁸ André GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français », RSC 2007, p. 509 : « *Aux origines du principe de la légalité criminelle, les pénalistes français ne manquent jamais de situer les écrits de Montesquieu, dont ils en font l'inventeur, et de Cesare Beccaria, qui en dégageant sa portée première a jeté les fondements du Droit pénal classique* ».

³⁴⁹ Le principe de légalité criminelle fait l'objet d'une dualité d'expression textuelle. L'art. 111-2 du Code pénal expose le principe de façon positive, alors que l'art. 111-3 du même Code l'expose d'une manière négative.

³⁵⁰ Michaël PLANÇON, *Le flou en droit criminel*, Thèse dactylographiée, Nancy, 2004, n°118.

³⁵¹ Cass. crim. 27 mars 1996, n° 95-82.016 : « *la prostitution consiste, à se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui* ».

³⁵² Julie LEONHARD, *Etude sur la pornographie pénalement prohibée*, Thèse dactylographiée, Nancy, 2011.

³⁵³ C. pén., art. 121-7. Si la complicité par aide ou assistance ne concerne que le complice d'un crime ou d'un délit, complicité, la complicité par instigation vise sans distinction le complice de l'infraction, ce qui fait que cette seconde forme de complicité est générale, même pour les contraventions, de n'importe quelle classe.

Puisque le fait principal existe, lorsque la prestation est effectuée, il suffirait que la provocation préalable soit accompagnée d'une promesse pour être punissable.

B. La portée de l'interdit : l'apparente morale

Quelle valeur sociale ? Bien que le but premier du droit pénal ne soit pas de protéger les individus, mais de punir les auteurs de comportements prohibés, il est admis que rien ne garantit mieux³⁵⁴ les valeurs que reconnaît une société que la manière dont elle les protège et les impose par son système législatif³⁵⁵. Se pose ainsi la question de la valeur sociale de la nouvelle infraction : pourquoi avoir voulu interdire le recours à la prostitution ? Deux professeurs ont tenté de répondre à la question avant même l'entrée en vigueur de la loi : l'un pour la répression (une femme)³⁵⁶ au nom de la dignité et de la protection des personnes se livrant à la prostitution, l'autre contre (un homme)³⁵⁷ au nom de la liberté sexuelle et de l'autonomie du consentement des personnes prostituées. Deux professeurs aux idées *a priori* contraires. *A priori* seulement, car la réalité permet de retenir les deux analyses qui ne s'opposent pas. La première perception s'entend lorsqu'il s'agit de prostitution forcée et la seconde est tout aussi légitime lorsqu'il s'agit de prostitution libre. Une nouvelle critique de la loi du 13 avril 2016 émerge ainsi : pourquoi avoir généralisé l'interdit à toutes les hypothèses de la prostitution alors qu'il n'est pas raisonnable de nier l'existence d'une prostitution librement consentie ? Comment identifier la valeur sociale d'un interdit aussi large ? Cela paraît presque impossible, sauf à admettre qu'il s'agit de prohiber le sexe contre de l'argent au nom de la morale.

Pourquoi interdire le sexe contre de l'argent ? Le rapport étroit entre la Morale et le Droit, une spécificité de l'ancien droit pénal, n'était pas une conception transposable dans les sociétés modernes, laïcisées et pluralistes. Et de fait, l'un des traits les plus caractéristiques de la codification du début du XIX^{ème} siècle réside dans la séparation du Droit d'avec la Morale, « *particulièrement dans le domaine des actes contraires aux mœurs, (...) en réaction avec la législation des siècles précédents (...)* »³⁵⁸. La Morale et le Droit ne couvrent plus depuis exactement les mêmes domaines : tout ce qui est permis n'est pas nécessairement moral et tout ce qui est amoral n'est pas nécessairement illégal. La morale ne devrait plus guider le législateur, encore moins lorsqu'il est question d'un sujet aussi sensible que la sexualité. Or, sous couvert d'un protectionnisme nécessaire des personnes contraintes à la prostitution, la loi du 13 avril 2016 vise à réintroduire de la morale en Droit.

En effet, il ne peut être avancé qu'il s'agit uniquement de renforcer l'arsenal répressif en matière de prostitution forcée, puisque celle-ci peut déjà faire l'objet de poursuites pénales et faire encourir une peine bien plus sévère qu'une contravention de la 5^{ème} classe³⁵⁹. La loi du 13 avril 2016 semble donc bien interdire le sexe contre de l'argent car il serait moralement gênant, voire intolérable. Comment expliquer autrement l'incrimination ? Pourquoi ce nouvel interdit sinon

³⁵⁴ Comme le disait le doyen CARBONNIER (Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2^e éd. 2004, p. 398.), « *toute loi pénale a deux bras : un interdit et une menace contre ceux qui le violeraient, l'incrimination et la pénalité* ». C'est l'effet symbolique de la loi pénale (à ne pas confondre avec son effet instrumental : la répression), qui traduit l'identification de certaines valeurs protégées par le Droit pénal.

³⁵⁵ Henri LECLERC, *Le nouveau Code pénal*, Seuil, coll. « Point », 1994, p. 12 : « *Un Code pénal n'est pas seulement une collection de textes répressifs. Au travers des interdits qu'il définit et de leur gravité relative se dessinent en creux les valeurs qu'une société veut protéger et leur hiérarchie* ».

³⁵⁶ Audrey DARSONVILLE, « Lutter contre la prostitution sous la contrainte », *Dalloz actualités*, 13 janv. 2014.

³⁵⁷ Patrick MISTRETTA, « Requiem pour la non-pénalisation du recours à la prostitution », *JCP G* n°42, 14 oct. 2013, n°1063.

³⁵⁸ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », in *Bonnes Mœurs*, CURAPP (Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie), PUF, 1994, p. 110.

³⁵⁹ C. pén., art. 225-4-1 ; la traite des êtres humains fait encourir une peine de 7 ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

parce qu'il serait plus amoral de faire l'amour contre de l'argent avec un professionnel que pour certain par obligation, par routine, au nom du mariage, par jeu avec un inconnu, pour « avoir la paix » avec son(sa) compagnon (compagne), voire même pour obtenir un bijou ou une montre de son(sa) chéri(e) ? Et il est donc, dans cette logique, tout aussi « moral » de ne plus condamner la personne prostituée (considérée comme la victime), mais le client (le pervers).

2) Une généralisation des risques critiquable

Un référentiel nécessaire ? Bien que la publication d'un référentiel national constitue une entreprise opportune et utilitaire à bien des égards, le décret du 2 mars 2017 repose sur un parti pris discutable : la systématisation de la santé défaillante, physique ou psychique, des personnes se livrant à de la prostitution (A). De plus, outre le défaut, commun à tout référentiel national, d'être insuffisamment précis, le texte présente des imperfections importantes qui devront être rapidement modifiées avant qu'il ne puisse un jour être suggéré qu'il ne s'agissait que de complaisance (B).

A. Un état des lieux trop enflammé

La personne prostituée : une « victime » systématique de la prostitution ? En 2016, le législateur a finalement opté pour le statut de victime plutôt que d'auteur d'infraction, en dépenalisant le racolage et en prohibant tout recours à la prostitution. Une critique de la loi du 13 avril 2016 émerge ainsi : pourquoi avoir généralisé l'interdit à toutes les hypothèses de la prostitution alors qu'il n'est pas raisonnable de nier l'existence d'une prostitution librement consentie ? Toutes les personnes prostituées seraient-elles nécessairement des victimes à protéger ? Le décret du 2 mars 2017 conforte cette hypothèse, la seule réalité vraisemblablement possible, et propose ainsi un référentiel destiné à sortir de la prostitution toutes les personnes et, en cas d'échec, à prévenir les risques pour celles poursuivant malgré tout leur activité.

Des objectifs généraux salutaires mais discutables. Reposant sur ce « nouveau » statut de victime accordé aux personnes en situation de prostitution, le décret du 2 mars 2017 crée un cadre de référence relatif aux activités de réduction des risques visant « à prévenir les dommages sanitaires, psychologiques et sociaux résultant des pratiques prostitutionnelles »³⁶⁰. Pour y parvenir, des objectifs des activités de réduction des risques offertes à toute personne prostituée sont fixés, permettant, s'ils sont atteints, une prise en charge médicale (prévention et amélioration de l'état de santé) et sociale (insertion ou réinsertion sociale). Si la démarche ainsi entreprise ne peut qu'apparaître utile et précieuse pour bon nombre de personnes en situation de prostitution³⁶¹, elle suscite également la critique.

D'une part, toutes les personnes prostituées semblent « suspectées » d'être en situation de vulnérabilité et de subir des dommages psychologiques et sociaux. Sans nier que beaucoup rencontrent de multiples difficultés (économiques également par ailleurs), est-il raisonnable de laisser entendre que non seulement une personne prostituée est nécessairement dans la « misère » sociale mais qu'il est impensable qu'elle ait délibérément choisi de se prostituer (sans que ni son statut social ni sa situation financière ne l'y conduisent), et que donc, elle veut automatiquement en sortir ? Fort heureusement, le ministre ne va pas jusqu'à proposer de les aider à tout prix, voire malgré leur volonté. Notons par ailleurs qu'il est bénéfique que l'un des buts poursuivis consiste à améliorer le recueil de données sur la santé des personnes en situation de prostitution et donc l'état des connaissances : comment répondre aux besoins trop souvent

³⁶⁰ Décret n°2017-281 du 2 mars 2017, annexe 11-3, I.

³⁶¹ Cf. HAS, « Etat de santé des personnes en situation de prostitution et des travailleurs du sexe et identification des facteurs de vulnérabilité sanitaire », janvier 2016.

simplement soupçonnés ou avancés par une partie seulement de la population concernée ? Toutefois, il est regrettable, au vu du dessein général, qui est de lutter contre le système prostitutionnel, qu'aucun objectif d'information auprès du public en général sur les activités prostitutionnelles et leurs potentiels risques, ne soit expressément mis en avant ; seul un dispositif d'information, essentiel cependant, à destination des personnes prostituées est proposé.

D'autre part, le décret paraît également considérer que toute personne prostituée a besoin de soins. C'est sans doute ce postulat qui est le plus contestable. Se livrer à une activité prostitutionnelle ne conduit pas nécessairement à présenter une affection somatique ou psychique. N'est-il pas possible, par exemple, de limiter considérablement les risques infectieux notamment par le port d'un préservatif ? Qui plus est, la prostitution n'est pas une maladie au sens médical dont il faut se prémunir, contrairement à la consommation d'alcool qui peut conduire à l'alcoolisme ou à l'usage de stupéfiant qui peut provoquer de la toxicomanie. Affirmer que l'activité prostitutionnelle est une pratique à risques paraît insuffisant pour justifier une telle posture, sinon que faut-il penser de certaines activités sportives extrêmes, comme le *rooftopping* ou le vélo à flanc de falaise ? Il ne s'agit pas ici de nier l'existence de risques divers pour une personne se livrant à une activité prostitutionnelle, mais de s'interroger sur le fait de considérer toutes les personnes prenant un risque comme « malades ». Que penser du reste de certains des risques évoqués sans lien direct *a priori* avec la prostitution, comme « *les risques associés aux traitements hormonaux des personnes transgenres et aux automédications* » ou « *les risques de santé mentale* » ? Offrir des soins adaptés aux personnes qui en ont besoin ne peut pas et ne doit pas conduire à généraliser l'état de santé des personnes en situation de prostitution.

B. Une proposition trop platonique

Un intérêt : le « partenariat » avec les services de police et de gendarmerie. Le référentiel pour la réduction des risques liés à la prostitution prévoit, dès les premières lignes, un mécanisme d'exclusion de certains interdits : « *les acteurs, professionnels de santé ou du travail social ou membres d'associations, comme les personnes auxquelles s'adressent ces activités doivent être protégés des incriminations d'usage ou des incitations de recours à la prostitution* » « *doivent être protégés des incriminations d'usage ou d'incitations de recours à la prostitution* » et donc doivent se faire connaître des services de police et de gendarmerie. Le ministre ne pouvant créer un fait justificatif incite la déclaration des activités de réduction des risques aux autorités afin d'éviter des poursuites inutiles. La médiation avec les forces de police « *en vue de ne pas empêcher ou compromettre l'effectivité des interventions de réduction des risques* » est également fortement encouragée. Cette proposition présente à l'évidence des intérêts pratiques considérables : il s'agit de ne pas impacter l'efficacité des actions de réductions des risques sans en faire prendre aux personnes impliquées. Rappelons, de plus, que selon l'article 225-6 du Code pénal, est assimilé au proxénétisme le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit « *d'entraver l'action de prévention, de contrôle, d'assistance ou de rééducation entreprise par les organismes qualifiés à l'égard de personnes en danger de prostitution ou se livrant à la prostitution* »³⁶².

De nombreuses failles. Bien que la démarche soit salubre, le présent référentiel national présente quelques défauts qui doivent être évoqués. Le premier d'entre eux résulte dans l'oubli (involontaire ?) de la question du financement de la prise en charge médicale et/ou sanitaire imaginée(s). En partant du postulat, retenu par le ministère, de besoins médicaux et sanitaires chez toutes les personnes prostituées, il aurait été logique de penser et proposer également une

³⁶² Infraction punie de 7 ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

prise en charge financière. L'incertitude demeure : comment seront financés les soins pour les personnes prostituées sans couverture sociale et en difficulté économique ? Et quand bien même les personnes prostituées seraient affiliées à l'assurance maladie, comment garantir l'anonymat³⁶³ sans la gratuité ?

Qui plus est, le décret ne vise que la notion de confidentialité³⁶⁴, sans renvoyer aux règles sur le secret professionnel³⁶⁵, alors même que les professionnels de santé et les travailleurs sociaux sont expressément visés. Confidentialité et secret sont pourtant deux notions distinctes juridiquement, qu'il est risqué de confondre³⁶⁶. D'autant plus qu'il est envisagé que les droits des patients soient rappelés aux personnes prostituées.

Enfin, le référentiel national indique, à juste titre, que les actions de réduction des risques doivent être réalisées « *sans jugement* »³⁶⁷. Si la référence à une prise en charge « neutre » ne peut qu'être encouragée et approuvée, dès lors qu'il est suggéré que la prostitution est à l'origine de bien nombres de pathologies et addictions, il paraît légitime de douter de la réelle et totale objectivité du texte lui-même, et donc des actions proposées. Est-il possible d'affirmer que toutes les personnes prostituées souffrent de l'un de ces maux (même si la réponse est majoritairement positive) ? Est-il impensable d'imaginer que la proposition d'un régime d'aide aussi poussé masque peut-être la volonté de faire disparaître la prostitution (parce que « mauvaise ») du paysage français ? Quelle activité aujourd'hui en France est sans danger ?

CONCLUSION. La pénalisation des clients de la prostitution, une infraction discutée bien avant son insertion dans l'arsenal répressif français, demeure aujourd'hui un interdit discutable tant la Morale semble avoir guidé la plume du législateur. Reste à espérer qu'il ne s'agit là que d'un épisode marginal et non d'une première étape marquant un retour, alors alarmant, de la Morale en Droit pénal. La morale sexuelle, dominante sous l'ancien régime, ne peut ressurgir et conduire le législateur à distinguer, à nouveau, les pratiques sexuelles « normales » licites des pratiques sexuelles « anormales » illicites³⁶⁸. Les bonnes mœurs sont et doivent demeurer dépassées³⁶⁹. « *Le corps est l'instrument par lequel un individu réalise sa liberté* »³⁷⁰ et il doit le rester autant que faire se peut.

³⁶³ Annoncé par le décret n°2017-281 du 2 mars 2017, annexe 11-3, IX.

³⁶⁴ Décret n°2017-281 du 2 mars 2017, annexe 11-3, IX.

³⁶⁵ C. pén., art. 226-13, C. santé publ., art. L. 1110-4 et C. action soc. et des fam., art. L. 411-3.

³⁶⁶ Bruno PY, *Le secret professionnel*, L'Harmattan, 2005.

³⁶⁷ Décret n°2017-281 du 2 mars 2017, annexe 11-3, VIII.

³⁶⁸ V° Danièle LOCHAK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », in *Les bonnes mœurs*, CURAPP-PUF, 1994.

³⁶⁹ Jean-Paul DOUCET, *Dictionnaire de Droit criminel*, V° BONNES MŒURS, site en ligne, consulté le 22 août 2017, <http://ledroitcriminel.free.fr/index.htm> : « *Les mœurs sont les habitudes de vie d'une personne, ou d'un ensemble des personnes. Elles sont considérées comme bonnes ou mauvaises selon qu'elles sont conformes ou contraires aux règles de la morale, et plus particulièrement de la morale sexuelle* ».

³⁷⁰ Pascal LABBÉE, « Le sexe des anges », D. 2001, p. 1913.

2. « Les contours juridiques de la dispensation de médicaments à un mineur »

Panorama de Droit pharmaceutique 2018, pp. 197-210.

Les contours juridiques de la dispensation de médicaments à un mineur

Julie LEONHARD
Faculté de Pharmacie de Nancy, Université de Lorraine
MCF Droit privé et Sciences criminelles
IFG (EA 7301)

Mots-clés : Dispensation – médicament – mineur – consentement – autorité parentale – autonomie – responsabilités

Dispensing - medicines - minor - consent - parental authority - autonomy – responsibilities

Résumé : La dispensation de médicaments à un mineur est une situation que le pharmacien peut être amené à rencontrer régulièrement, qu'il s'agisse d'effectuer une dispensation de médicaments prescrits à un mineur (directement auprès du mineur ou à un de ses représentants légaux), ou de la vente de médicaments de médication officinale à un mineur (au-delà de la seule contraception d'urgence). Les rencontres avec un patient mineur peuvent être multiples et interrogent particulièrement sur l'autonomie juridique du mineur, réelle ou supposée, et sur les responsabilités juridiques du pharmacien d'officine en la matière.

The dispensing of medicines to a minor is a situation that the pharmacist can be live regularly, whether dispensing medicines prescribed to a minor (directly to the minor or to a legal representative), or selling medicinal products to a minor (beyond just the emergency contraception). The meetings with a minor patient can be multiple and question especially about the legal autonomy of minors, real or supposed, and on legal responsibilities of the pharmacist.

« *Enfant* » ou « *mineur* » en droit de la santé ? Le terme « enfant » connaît une double signification en droit. D'une part le mot désigne le lien de filiation qui le relie à une autre personne, indépendamment de son âge³⁷¹. D'autre part il est, selon la convention internationale sur les droits de l'enfant, « *tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* »³⁷². Le terme « enfant » occupe une place prédominante dans la loi en général³⁷³ et beaucoup de dispositions en santé³⁷⁴ visent le « *petit d'homme* »³⁷⁵. En dépit de cette référence majoritaire d'un point de vue

³⁷¹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., 2016, V° ENFANT.

³⁷² CIDE, art. 1. Dans ce dernier sens, le mot « enfant » entre en parfaite résonance avec la notion de minorité.

³⁷³ Le mot « enfant » trouve 2486 occurrences sur le site www.légifrance.fr, contre seulement 1428 pour le mot « mineur », consultation le 24 septembre 2017.

³⁷⁴ Le Code de la santé publique compte lui 290 occurrences au mot « enfant », contre seulement 146 utilisations du mot « mineur ». Ce Code fait surtout référence au terme « enfant » lorsqu'il est question de préciser les règles relatives à la politique de santé (C. santé publ., art. L. 1411-1 et s.) ou les règles relatives à la protection et à la promotion de la santé maternelle et infantile (C. santé publ., art. L. 2111-1 et s.).

³⁷⁵ Jean HAUSER, « Des petits hommes ou des petits d'hommes », in Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI et Rainer FRANCK, *L'enfant et les conventions internationales*, PUL, 1996, p. 471.

quantitatif à la notion d'« enfant », le mot « mineur » semble plus adapté à la problématique de la dispensation de médicaments, puisqu'il vise, de manière objective et univoque, celui qui n'a pas encore atteint la majorité, c'est-à-dire l'âge de dix-huit ans³⁷⁶ ; la naissance et la majorité étant ainsi les frontières de la minorité³⁷⁷ : « *L'enfant est partout, mais il n'existe pas. Seul le mineur existe car notre droit lui reconnaît un statut, même si celui-ci est étouffant* »³⁷⁸. Le droit de la santé, comme les autres branches du droit, a pris acte de la particularité du statut de mineur, qu'il s'agisse de prévoir des règles particulières relatives au consentement au soin pour un mineur ou de lui reconnaître une autonomie grandissante.

Mineur et droit pharmaceutique : la question de la dispensation de médicaments à un mineur. Les rencontres avec un patient mineur à l'officine peuvent être multiples, qu'il s'agisse d'effectuer une dispensation de médicaments prescrits à un mineur ou de la vente de médicaments de médication officinale, voire de dispositifs médicaux ou de produits cosmétiques³⁷⁹. Les problématiques à l'officine, liées au statut du mineur, dépassent dès lors la seule question de la dispensation de médicaments à un mineur, objet de la présente étude³⁸⁰. Du reste, seuls les produits répondant à la définition juridique du médicament dite par fonction³⁸¹ sont ici retenus, c'est-à-dire : « *toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique* »³⁸², qu'il s'agisse d'un médicament soumis ou non à prescription. Cette définition juridique du médicament présente un intérêt certain en ce qu'elle vise les produits qui ont effectivement une finalité thérapeutique ou une

³⁷⁶ Cet âge, qui correspond à celui retenu par la Convention internationale des droits de l'enfant en son article 1^{er}, est le fruit de deux lois : l'une du 12 avril 1906 portant la majorité pénale de seize à dix-huit ans et l'autre du 5 juillet 1974 ramenant la majorité civile de vingt-et-un à dix-huit ans. On peut ajouter la loi du 4 avril 2006 qui fixe la majorité matrimoniale à dix-huit ans pour la femme comme pour l'homme.

C. civ., art. 414 : « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance* ».

³⁷⁷ Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2014, n°5 : « *Lorsqu'il s'agit d'évoquer « le petit d'homme », au sens de sa famille, c'est plutôt l'enfant qui est évoqué ; il en va ainsi en matière de filiation ou d'autorité parentale. En revanche, lorsqu'il s'agit d'évoquer l'exercice des droits de ce « petit d'homme », alors c'est au mineur qu'il sera fait plus volontiers référence* ».

³⁷⁸ Hakim HAMADI, « Le statut européen de l'enfant », in *Le droit et les droits de l'enfant*, Revue Champs libres (n°6), L'Harmattan, 2007, p. 161.

³⁷⁹ Le monopole pharmaceutique (C. santé publ., art. L.1142-1) octroie un champ de produits réservés, quoique parfois partagés, aux pharmaciens. La contrepartie est que le pharmacien ne peut pas vendre tous les produits qu'il souhaite dans son officine : il peut vendre tous les produits inclus dans le monopole pharmaceutique, mais aussi tous les produits figurant sur une liste arrêtée par le ministre chargé de la santé sur proposition du conseil national de l'ordre des pharmaciens (actuel arrêté du 18 janvier 2016 modifiant l'arrêté du 15 février 2002 fixant la liste des marchandises dont les pharmaciens peuvent faire le commerce dans leur officine). La vente d'un article non autorisé constitue une infraction punie de 2 ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende (C. santé publ., art. L. 5424-6).

³⁸⁰ Ne seront pas étudiées ici, par exemple, les questions relatives à la vente de dispositifs médicaux à un mineur, l'alimentation du dossier pharmaceutique du mineur, ou encore de la prise en charge par la sécurité sociale d'un patient mineur à l'officine.

³⁸¹ Sont donc également exclus de la présente étude les médicaments dits par présentation, c'est-à-dire « *toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales* » (C. santé publ., art. L.5111-1 al. 1). La définition du médicament par présentation n'implique pas nécessairement que le produit possède des propriétés curatives ou préventives : il suffit de présenter le produit comme possédant de telles propriétés.

³⁸² C. santé publ., art. L. 5111-1 al. 1.

utilisation diagnostique : elle coïncide avec la définition au sens courant³⁸³ et scientifique³⁸⁴ du mot « médicament ».

La dispensation de médicaments à un mineur : la place centrale du consentement au soin.

La pratique médicale, entendue dans son sens large, requiert indubitablement le consentement du patient pour pouvoir rendre un acte de soin licite³⁸⁵. Depuis la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé³⁸⁶, l'exigence d'un consentement libre et éclairé pour tout acte de soin se retrouve à l'article L.1111-4 du Code de la santé publique. Le corollaire du principe du consentement libre et éclairé du patient consiste en l'obligation d'information du professionnel de santé qui effectue le soin³⁸⁷. A l'officine, la dispensation de médicaments, réel acte de soin³⁸⁸, nécessite ainsi le recueil préalable du consentement libre et éclairé du patient et la délivrance d'informations avant la distribution du produit, comme le rappelle en substance la définition réglementaire de la dispensation³⁸⁹.

Pour tout acte de soin, y compris à l'officine, si le consentement doit être libre et éclairé, il doit surtout émaner du patient. La problématique du consentement et de l'obligation d'informations se complexifient lorsque le patient est mineur. La relation de soins devient tripartite : professionnel de santé – patient mineur – titulaire de l'autorité parentale. Toute la problématique consiste alors à tenter d'adapter un schéma dualiste à une relation tripartite³⁹⁰. La question de la dispensation de médicaments à un mineur n'échappe pas aux difficultés : qui doit consentir à l'officine pour un mineur ? Les titulaires de l'autorité parentale peuvent-ils tout imposer au mineur ? La personne mineure dispose-t-elle parfois d'un pouvoir de décision en matière de médicaments ? Tout comme d'autres actes de soins, la dispensation de médicaments à un mineur interroge particulièrement sur l'autonomie juridique du mineur, réelle ou supposée, et sur les responsabilités juridiques du pharmacien d'officine en la matière. Si le principe de l'incapacité juridique du mineur semble écarter toute hypothèse de dispensation directement à un mineur (I), la loi et la pratique admettent ponctuellement qu'un mineur vienne seul à l'officine pour obtenir certains médicaments (II).

1) Le principe : l'incapacité du mineur à agir seul à l'officine

Les notions de capacité juridique et de soins sont étroitement liées : seule une personne capable juridiquement peut librement consentir aux soins. L'incapacité du mineur à consentir au soin en général a donc une conséquence immédiate à l'officine, l'impossible dispensation à un mineur (A), bien que cette impossibilité ne soit que relative (B).

³⁸³ Trésor de la langue française informatisé (TILF), dictionnaire de la langue française des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, consulté le 24 septembre 2017, V^o MEDICAMENT : « *Substance employée à des fins thérapeutiques pour rétablir l'équilibre dans un organisme perturbé* ».

³⁸⁴ Il s'agit donc des médicaments qui ont obtenu une autorisation de mise sur le marché (AMM) par l'ANSM (agence nationale de sécurité des médicaments et des produits de santé), conformément à l'article L.5111-8 du Code de la santé publique.

³⁸⁵ Bruno PY, « Santé – actes médicaux ordinaires », in *L'enfant et sa famille*, Jérôme CASEY (dir.), Litec Juriscompact, 2003 ; Xavier Pin, *Le consentement en matière pénale*, Thèse de doctorat, Grenoble 2, 1999, dact., Paris, LGDJ, 2002.

³⁸⁶ Loi n^o 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002, p. 4118.

³⁸⁷ C. santé publ., art. L. 1111-2.

³⁸⁸ Le pharmacien d'officine, bien que commerçant effectuant une activité marchande soumise aux impératifs économiques, est un véritable professionnel de santé. V^o Code de la santé publique, 4^{ème} partie « Les professions de santé », Livre 2 « Les professions de la pharmacie et de la physique médicale ».

³⁸⁹ C. santé publ., art. R.4235-48.

³⁹⁰ Bertrand MARRION, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse dactylographiée, Nancy, 2010.

A. Une impossibilité de principe

Le principe : la recherche du consentement des titulaires de l'autorité parentale. Le mineur, en tant qu'incapable juridique, ne peut pas seul consentir à un acte juridique quel qu'il soit, y compris en santé : il doit être représenté. La représentation du mineur non émancipé est légalement prévue par les articles 371 et suivant du Code civil qui imposent que le mineur soit représenté par les titulaires de l'autorité parentale (généralement ses parents) ou par un tuteur. Le législateur estime que le manque de maturité inhérent à la personne mineure en général justifie que les décisions soient prises par un représentant. Ainsi, la minorité est marquée par le règne de l'autorité parentale, définie comme « *un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant (...) pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité est alors compréhensible* »³⁹¹. Les titulaires de l'autorité parentale, prioritairement les père et mère, sont les protecteurs naturels de l'enfant et doivent protéger sa santé. Cette fonction de protecteur de la santé du mineur fonde la justification des prérogatives des parents dans la décision médicale.

Depuis la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale³⁹², l'article 372 du Code civil dispose que « *les père et mère exercent en commun l'autorité parentale* ». C'est donc le principe d'une décision conjointe qui a été posé par le législateur : pour toute décision concernant la santé d'un mineur, tout professionnel de santé doit, en principe, rechercher l'accord des deux titulaires de l'autorité parentale. L'article 371-1 du Code civil prévoit toutefois que « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge, et son degré de maturité* ».

L'exigence du consentement du patient avant tout acte de soin, additionné au principe de la représentation légale du mineur, permettent d'affirmer qu'un patient mineur ne peut être un acteur direct de la dispensation de médicaments à l'officine, qu'il s'agisse de médicaments soumis à prescription ou non. Dans les deux hypothèses, ce sont les titulaires de l'autorité parentale qui doivent non seulement être destinataires des informations et conseils, consentir à l'acte, mais aussi recevoir les médicaments. Même s'il est titulaire de sa propre carte vitale, le mineur ne peut pas seul venir faire exécuter une ordonnance ou acheter des médicaments de médication officinale. Toutefois, en fonction de son âge et de son degré de maturité, ses représentants légaux (ses parents le plus souvent) l'associent à la décision de prendre ou ne pas prendre tel ou tel médicament. Précisons, en outre, que dans l'hypothèse d'une dispensation de médicaments prescrits, le pharmacien ne peut plus ignorer, dans la très grande majorité des cas, que le patient en face de lui est mineur. En effet, l'obligation légale du pharmacien d'officine de renseigner le dossier pharmaceutique (lorsqu'il existe)³⁹³, sauf opposition du patient³⁹⁴, lui permet d'avoir accès à des éléments d'état civil, dont la date de naissance du patient³⁹⁵, et donc de connaître son âge.

Actes usuels et présomption légale d'accord pour l'un des titulaires de l'autorité parentale. Pour faciliter la pratique, le législateur, conscient du risque d'impossibilité matérielle lié à l'exigence d'une codécision systématique des titulaires de l'autorité parentale, a posé, à l'article 372-2 du Code civil, une présomption d'accord parental : « *A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant* ». Il ne s'agit pas là d'une

³⁹¹ C. civ., art. 371-1 al. 1.

³⁹² Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JORF du 5 mars 2002, p. 4161.

³⁹³ C. santé publ., art. L. 1111-23.

³⁹⁴ C. santé publ., art. R. 1111-20-6.

³⁹⁵ C. santé publ., art. R. 11111-20-2, I. 1°.

présomption de pouvoir mais d'une présomption d'accord : il n'est pas acté que l'un des titulaires puisse avoir le pouvoir d'agir seul, mais qu'il agit de concert avec l'autre titulaire de l'autorité parentale.

En santé, cette disposition dispense le professionnel de santé de bonne foi de toute vérification, et permet à l'un des titulaires de l'autorité parentale de décider seul d'un soin usuel. Cette présomption offre ainsi, pour tout professionnel de santé de bonne foi, une sécurité juridique qui l'autorise à accorder à chaque titulaire de l'autorité parentale une certaine confiance. Utile vis-à-vis des couples unis, cette présomption devient indispensable en cas de séparation du couple, renforcée par une séparation géographique. Toutefois, elle est doublement limitée. D'une part, la présomption d'accord ne protège que les tiers de bonne foi. La bonne foi se présument, il appartient alors au titulaire de l'autorité parentale qui reproche à un professionnel de santé d'avoir ignoré un désaccord connu d'établir la mauvaise foi de ce dernier. D'autre part, la présomption d'accord ne vise que les actes usuels. Aucune définition n'ayant été légalement prévue, c'est à la doctrine³⁹⁶ et au juge³⁹⁷ qu'il appartient d'apprécier le caractère usuel de tel ou tel acte de soin. L'analyse des décisions de justice conduit à considérer que l'acte de soin usuel renvoie à un acte courant, non grave et non invasif, de la vie quotidienne, n'engageant pas l'avenir du mineur. Certains actes de soin peuvent alternativement appartenir à l'une ou l'autre catégorie, acte de soin non usuel ou acte de soin usuel, selon le contexte dans lequel ils se réalisent ³⁹⁸.

La dispensation de médicaments à l'officine, qu'il s'agisse de médicaments soumis à prescription ou non, s'analyse ainsi, la plupart du temps, comme un acte usuel. Il s'agit en effet très souvent d'un acte de soin n'engageant pas l'avenir du mineur. Le consentement d'un seul des titulaires de l'autorité parentale suffit donc à permettre la dispensation des médicaments destinés au mineur. Précisons que le pharmacien n'a pas à exiger la présentation d'une preuve de l'exercice de l'autorité parentale (comme une copie du livret de famille) tant qu'il est de bonne foi. Il n'y a que dans l'hypothèse où le pharmacien d'officine est informé du retrait de l'exercice parental (pour l'un ou les deux parents du mineur) qu'il ne sera plus couvert par le concept de bonne foi.

L'impossible délégation de l'autorité parentale. L'article 376 du Code civil pose le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale : la délégation de l'autorité parentale ne peut avoir lieu que par un jugement ou en raison du décès du ou des titulaire(s) de l'autorité parentale. Les écrits signés par les titulaires de l'autorité parentale, permettant à un tiers professionnel de santé

³⁹⁶ V° par ex., Adeline GOUTTENOIRE et Hugues FULCHIRON, « Autorité parentale », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, oct. 2015 (actualisation mai 2017) : « *En fait, le critère pourrait être le suivant : l'acte rompt-il avec le passé et, surtout, engage-t-il, d'une façon ou d'une autre, l'avenir de l'enfant ? Pour répondre à cette question, le tiers devrait apprécier l'acte d'un double point de vue : in abstracto (en soi, l'acte appartient-il plutôt à la catégorie des actes usuels ou non ?) et in concreto (l'acte peut-il être considéré comme usuel relativement à tel enfant et à tels parents particuliers ?) ».*

³⁹⁷ V° CA d'Aix-en-Provence du 28 octobre 2011, *D.* 2012. 2267, obs. Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE, rendue en matière d'assistance éducative. Les juges du fond proposent en l'espèce, une définition des actes usuels entendus comme « *des actes de la vie quotidienne, sans gravité, qui n'engagent pas l'avenir de l'enfant, qui ne donnent pas lieu à une appréciation de principe essentielle et ne présentent aucun risque grave apparent pour l'enfant, ou encore, même s'ils revêtent un caractère important, des actes s'inscrivant dans une pratique antérieure non contestée* ».

³⁹⁸ Par ex. : Cass. 2^{ème} Civ., 25 juill. 2007, *JCP* 2008, IV, 1028 ; *RTD civ.* 2008, p. 99, obs. HAUSER : la Cour de cassation a admis qu'une circoncision peut être un acte usuel si elle relève de la nécessité médicale, mais qu'il en va différemment s'il s'agit d'une circoncision rituelle

V° Adeline GOUTTENOIRE, « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », *AJ fam.* 2010, n°12 : « *La vaccination peut également relever de l'une ou l'autre des catégories selon qu'elle est ou non obligatoire. Aussi la vaccination contre la grippe A/H1N1 exige-t-elle sans aucun doute le consentement des deux parents, comme celle contre l'hépatite B, ou encore celle destinée à prévenir le cancer du col de l'utérus* ».

ou non³⁹⁹ de consentir ponctuellement à des soins pour un mineur n'ont dès lors aucune valeur juridique. Ils ne permettent pas à un professionnel de santé de recueillir un consentement au soin valable⁴⁰⁰. Il faut encore plus écarter toutes les délégations de l'autorité parentale factuelles qui consistent à permettre oralement à un membre de la famille ou à un proche de confiance de consentir à un acte de soin⁴⁰¹.

Appliqué à l'officine, l'interdiction de la délégation de l'autorité parentale n'empêche pas un tiers (membre de la famille ou proche) de venir chercher les médicaments pour un mineur, à la seule condition que le pharmacien recherche le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale et lui fournisse, à lui seul, les informations. Appliqué strictement, la règle exige que le pharmacien ne puisse pas distribuer, par exemple, les médicaments à une grand-mère pour son petit-fils, sans avoir communiqué, y compris par téléphone⁴⁰², avec le père ou la mère du mineur. Le fait que ce ne soit pas l'un des titulaires de l'autorité parentale qui reçoive les médicaments ne pose lui aucune difficulté juridique, puisque l'hypothèse constitue alors un mandat. Le mandat est un contrat qui unit deux personnes⁴⁰³, sans qu'un écrit ne le constate formellement⁴⁰⁴. Cependant, le contrat de mandat ne peut dans aucun cas permettre à un tiers, quel qu'il soit, ni de recevoir les informations pour le compte de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ni de consentir à l'acte⁴⁰⁵. Aussi, un pharmacien qui sait, ou devrait se rendre compte, que la personne munie de l'ordonnance du mineur et de la carte vitale sur laquelle il figure, n'est pas l'un des titulaires de l'autorité parentale peut délivrer les médicaments à ce majeur uniquement après s'être acquitté de ses obligations (informations et recueil du consentement) auprès d'un des titulaires de l'autorité parentale. Il faut noter que le pharmacien ne doit donner aucune information à ce tiers, qui ne peut avoir comme seule mission que d'obtenir et de transporter les médicaments, sauf à commettre une violation du secret professionnel⁴⁰⁶ et à encourir une responsabilité pénale⁴⁰⁷ et une responsabilité disciplinaire⁴⁰⁸.

De la même manière, et pour les mêmes raisons, la solution préconisée par l'Ordre national des pharmaciens dans l'un des cahiers, qui consiste à vérifier par téléphone qu'une personne de la famille du mineur lui a demandé de se rendre à l'officine⁴⁰⁹, suscite la critique. Non seulement la délégation de l'autorité parentale, même ponctuelle, est interdite par la loi, mais le contrat de mandat ne peut jamais être opéré entre un majeur et un mineur⁴¹⁰. Deux arguments de fond qui

³⁹⁹ Il faut ainsi écarter toutes les autorisations d'opération ou d'hospitalisation des mineurs que les parents signent lorsque les enfants vont en colonie de vacances ou autre.

⁴⁰⁰ Hors situation d'urgence bien entendu. Mais dans ce cas, l'écrit ne sera pas le fondement de l'intervention du professionnel de santé, c'est bel et bien la situation d'urgence qui permet d'agir sans le consentement des parents : cf. infra.

⁴⁰¹ Il s'agit par exemple de l'hypothèse de la grand-mère qui emmène son petit-fils pour un rendez-vous avec un dentiste.

⁴⁰² Le consentement n'a pas à être donné par écrit, sauf dispositions légales contraires. V° : C. santé publ., art. L. 1111-2 et L. 1111-4.

⁴⁰³ C. civ., art. 1984.

⁴⁰⁴ C'est le principe du consensualisme : le contrat est formé par la seule rencontre des volontés (C. civ., art. 1172).

⁴⁰⁵ C. civ., art. 1162 : « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ».

⁴⁰⁶ C. santé publ., art. L. 1110-4.

⁴⁰⁷ C. pén., art. 226-13.

⁴⁰⁸ C. santé publ., art. R.4235-5.

⁴⁰⁹ Les cahiers de l'Ordre national des pharmaciens, n°7 « La lutte contre le mésusage du médicament en France », 24 févr. 2015, p. 14 : « *Dispensation à un mineur – (...) Aucun texte n'interdit à un pharmacien d'effectuer la délivrance de médicaments nécessitant une ordonnance à un mineur. Néanmoins, la prudence est de mise. Le pharmacien pourra vérifier par téléphone qu'une personne de sa famille lui a bien demandé de se rendre à la pharmacie. Le pharmacien pourra également apprécier le risque de mésusage* ».

⁴¹⁰ C. civ., art. 1128 : « *Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain* ».

réduisent à néant le conseil, bien que fondé sur la prudence, de l'Ordre. Il existe bel et bien un texte de loi qui interdit à un pharmacien de dispenser des médicaments à un mineur : le code civil.

B. Une impossibilité relative

L'exception au consentement de l'un ou des titulaire(s) de l'autorité parentale : l'urgence.

L'urgence s'apparente en l'espèce au péril vital imminent, c'est-à-dire un péril immédiat de mort ou d'une mutilation permanente⁴¹¹. Cette situation impose aux professionnels de santé d'agir en leur conférant des droits et devoirs spécifiques⁴¹². Aussi, les professionnels de santé peuvent non seulement se passer du consentement des titulaires de l'autorité parentale, mais aussi passer outre un refus de traitement opposé par ces derniers. Le péril vital imminent constitue ainsi un obstacle de droit qui empêche le pharmacien d'officine de satisfaire à l'obligation de recueillir le consentement d'un des titulaires de l'autorité parentale après lui avoir délivré les informations.

La situation de péril doit se distinguer de l'hypothèse d'un seul danger, incertain dans sa réalisation, sa temporalité et sa gravité. Face à un danger, le professionnel de santé ne peut pas écarter la règle du recueil préalable du consentement du ou des titulaire(s) de l'autorité parentale aussi facilement qu'en présence d'un péril. La loi prévoit que le professionnel de santé peut, si le danger est suffisamment réel et grave, saisir le juge des enfants afin de provoquer l'ouverture d'une procédure d'assistance éducative⁴¹³, qui lui permettra de donner les soins qui s'imposent⁴¹⁴. Bien qu'aucune décision de Justice n'ait été trouvée en ce sens, il est possible d'imaginer que le pharmacien d'officine qui constate un danger pour le mineur lors d'une dispensation, fondée sur le refus d'administrer des médicaments à son enfant par exemple, puisse solliciter le juge des enfants.

Hypothèse du mineur émancipé⁴¹⁵. L'émancipation est l'acte par lequel le mineur est affranchi de l'autorité parentale et devient juridiquement capable, comme un majeur, pour tous les actes de la vie civile requérant la majorité légale. Elle résulte d'une décision judiciaire ou de plein droit du mariage⁴¹⁶. La demande d'émancipation judiciaire peut avoir lieu lorsque le mineur a 16 ans et est prononcée par le juge des tutelles, après audition du mineur, s'il y a de justes motifs. Selon l'article 413-6 du Code civil, « *le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile* ». Le mineur cesse alors d'être sous l'autorité de ses père et mère. Il doit néanmoins, pour les actes les plus graves⁴¹⁷, observer les mêmes règles que s'il n'était point émancipé. Aussi, en matière de décision médicale, le mineur émancipé peut consentir librement et seul pour tous les actes usuels. Pour les autres, il demeure sous le régime de la représentation légale⁴¹⁸. Un mineur émancipé peut en conséquence, venir faire exécuter

⁴¹¹ Bruno PY, « Urgence médicale, état de nécessité, et personne en péril », *AJ pénal* 2012, p. 384.

⁴¹² L'obligation de porter secours à personne en péril s'impose à tout citoyen, et plus encore aux professionnels de santé. C'est une obligation légale qui est sanctionnée pénalement (C. pén., art. 223-6).

⁴¹³ C. civ., art. 375-2 et s.

⁴¹⁴ Adeline GOUTTENOIRE, « Dossier « Santé et protection de l'enfant » : Protection de l'enfance et santé », *AJ fam.* 2015, p. 254 ; Anne KIMMEL-ALCOVER, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS* 2005, p. 265.

⁴¹⁵ C. civ., art. 413-1 et s.

⁴¹⁶ Mariage qui a eu lieu avec le consentement des parents.

⁴¹⁷ Comme pour se marier ou se donner en adoption.

⁴¹⁸ Bien qu'il n'existe que peu de doctrine sur le sujet, cette conception se fonde par analogie sur l'analyse de l'émancipation retenue par la doctrine majoritaire à propos des pouvoirs du mineur émancipé sur son patrimoine et sa personne. V° Isabelle CORPART, « Émancipation », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2015.

une ordonnance, ou acheter un médicament de médication officinal seul. Il lui suffit de justifier auprès du pharmacien de son émancipation.

2) Les situations d'exception : le mineur peut agir seul à l'officine

Vers la reconnaissance d'une autonomie du mineur. L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique impose pour tous les professionnels de santé que l'avis du mineur soit parfois recueilli avant tout traitement. Après avoir rappelé que pour les personnes mineures les droits sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale, le texte prévoit : « *Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs* ». Le mineur devient donc un interlocuteur des professionnels de santé. De surcroît, l'article L. 1111-4 du Code de santé publique dispose que « *le consentement du mineur doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ». Si le consentement reste donné en principe par le représentant légal, le professionnel de santé doit s'efforcer de recueillir l'assentiment du mineur en plus. A l'officine, si le patient mineur accompagne le titulaire de l'autorité parentale, le pharmacien doit donc s'efforcer, en fonction de son degré de maturité, de lui donner des informations afin de rechercher son assentiment.

L'autonomie du mineur en droit de la santé, dépasse cette seule implication du mineur aux décisions le concernant. Le législateur prévoit en effet des hypothèses dans lesquelles le mineur ne se contente pas de concourir à la décision médicale, mais d'y consentir seul. A l'officine, plusieurs situations trouvent leur origine dans la loi (A), une autre émane de la pratique (B).

A. Les situations d'exception admises de jure

Une situation précise : la contraception d'urgence⁴¹⁹. La loi du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence⁴²⁰ a prévu la possibilité de délivrer des médicaments non soumis à prescription ayant pour but la contraception d'urgence aux mineures⁴²¹. Le produit peut être prescrit à la mineure, qui agit seule (et désire garder le secret), ou peut-être obtenu sans ordonnance directement à l'officine. Par dérogation, le législateur prévoit ainsi depuis la loi du 13 décembre 2000 que le consentement de la mineure suffit pour obtenir ledit produit⁴²². La minorité, à laquelle est subordonnée la gratuité de la délivrance, est justifiée par une déclaration orale faite au pharmacien par l'intéressée⁴²³. La délivrance par le pharmacien de la contraception d'urgence est précédée d'un entretien préalable avec la mineure afin de lui délivrer des informations : puisqu'elle consent seule et doit fournir un consentement libre et éclairé, cette exigence du législateur ne surprend guère, bien qu'il soit allé plus loin qu'à

⁴¹⁹ Florence TABOULET et Valérie SIRANYAN, « Contraception d'urgence délivrée aux mineures : enjeux de sécurité et de santé publique », *Panorama de Droit pharmaceutique*, 2014, p. 203 et s.

⁴²⁰ Loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence, JORF n°289 du 14 décembre 2000, p. 19830. Le décret du 9 janvier 2002 (Décret n°2002-39 du 9 janvier 2002 relatif à la délivrance aux mineures des médicaments ayant pour but la contraception d'urgence, JORF n°8 du 10 janvier 2002, p. 590), modifié par le décret du 29 juillet 2004 (Décret n°2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code, JORF n°183 du 8 août 2004, p. 14150) prévoit les règles de la dispensation de contraceptif d'urgence et non soumis à prescription médicale

⁴²¹ Depuis le 1er juin 1999, elle est en vente libre dans les pharmacies (C. santé publ., art. L.5134-1 et s.). Mais elle n'a concerné au départ que les femmes majeures.

⁴²² C. santé publ., art. L. 5134-1 – formulé négativement : « *Le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures* ».

⁴²³ C. santé publ., art. D.5 134-2.

l'accoutumé en précisant davantage ses attentes⁴²⁴. Le texte impose en outre la présence d'une personne majeure choisie par le mineur. Précisons qu'afin de garantir le respect de l'anonymat et du secret professionnel, le pharmacien adresse une feuille de soins à la caisse d'assurance maladie ne comportant pas l'identification de l'assuré⁴²⁵.

Le pharmacien bénéficie-t-il d'une clause de conscience concernant l'IVG médicamenteuse ?⁴²⁶ Une telle clause existe pour d'autres professionnels de santé⁴²⁷. La question du refus discrétionnaire du pharmacien a été posée au ministre de la Santé dès 2003. La réponse donnée est claire : « *Le pharmacien ne peut se prévaloir de la clause de conscience figurant à l'article 18 du code de déontologie médicale pour refuser la délivrance de ces produits. Il ne connaît pas l'identité de la patiente et ne participe à aucun moment à l'acte d'IVG* »⁴²⁸. Cette réponse s'inscrit dans le courant des décisions rendues par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens⁴²⁹ sur les « pilules contraceptives ». D'une part la solution consacre l'application de la loi en vigueur en matière d'IVG, dont la constitutionnalité a été admise par le Conseil constitutionnel⁴³⁰. D'autre part, le pharmacien étant un professionnel de santé et un commerçant, la solution trouve un fondement sur la qualité de commerçant : un professionnel de santé bénéficie d'une option de conscience, pas un commerçant, pour lequel le refus de vente, fondé sur un critère subjectif et personnel est interdit⁴³¹ et puni d'une amende de la 5ème classe⁴³².

Une situation générale : l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique. Cette disposition consacre littéralement une autonomie sanitaire du mineur, d'une façon générale. Issu de la loi du 4 mars 2002⁴³³, ce texte permet au mineur d'avoir un accès au soin sans le consentement des titulaires de l'autorité parentale. La relation tripartite décrite précédemment redevient une relation dualiste : médecin - patient mineur, à l'exclusion des titulaires de l'autorité parentale, ou, depuis la loi du 26 janvier 2016⁴³⁴ une relation sage-femme – patient mineur, à l'exclusion des titulaires de l'autorité parentale. La lecture des travaux parlementaires de la loi du 4 mars 2002 permet de préciser que cet article est né de l'envie du législateur de donner au mineur

⁴²⁴ C. santé publ., art. D. 5134-1 al.2. : « *L'entretien permet également au pharmacien de fournir à la mineure une information sur l'accès à une contraception régulière, sur la prévention des maladies sexuellement transmissibles et sur l'intérêt d'un suivi médical. Cette information est complétée par la remise de la documentation dont dispose le pharmacien sur ces sujets. Le pharmacien communique également à la mineure les coordonnées du centre de planification ou d'éducation familiale le plus proche* ». Il s'agit pour le pharmacien de participer à ce que l'événement ne se reproduise plus, de participer à l'éducation de la mineure.

⁴²⁵ C. santé publ., art. D. 5134-3 et D. 5134-4.

⁴²⁶ Elodie GUILBAUD, « La dispensation de contraceptifs et de contraceptifs par le pharmacien d'officine : à l'épreuve de la clause de conscience », *Panorama de Droit pharmaceutique*, 2016, p. 173 et s.

⁴²⁷ Comme pour le médecin : C. santé publ., art. R.4127-18.

⁴²⁸ Réponse du ministre de Santé, n°16517, JOAN, 15 sept. 2003, p. 7173.

⁴²⁹ CNOP, 23 avr. 1996, aff. AD 1710, *Nouv. pharm.* 1996, n° 352, p. 283 ; V. Georges VIALA, *Droit pharmaceutique*, Litec, 2000. Il avait été retenu dans cette décision que les « pilules » étant des médicaments au regard de l'art. L. 511, al. 1er, c. santé publ., leur délivrance au public et leur vente est réservée aux pharmaciens d'officine : « *Dès lors un pharmacien ne saurait sans méconnaître ses devoirs professionnels, refuser de dispenser ces médicaments, produits ou objets contraceptifs dont la demande lui est normalement présentée et sans qu'il puisse invoquer une clause de conscience qui lui interdirait personnellement, pour des raisons morales, de procéder à la vente des médicaments (...)* ».

⁴³⁰ La liberté de la femme dans ce domaine découle de l'article 2 DDHC selon le Conseil constitutionnel.

⁴³¹ C. consommation, art. L.122-1 : « *Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime (...)* ».

⁴³² C. consommation, art. R.121-13. Le refus de vente fondé sur un motif discriminatoire est puni plus sévèrement : C. pén., art. 225-2.

⁴³³ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002, p. 4118.

⁴³⁴ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé (1), JORF n°0022 du 27 janvier 2016, texte 1.

l'accès seul à des soins pour traiter des problèmes d'addiction à l'alcool et/ou aux stupéfiants. Il a toutefois été formulé très largement – sans aller jusqu'à permettre les soins purement esthétiques⁴³⁵ : le mineur peut aujourd'hui faire seul toute « *action de prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure* »⁴³⁶. Précisons que le même droit au secret professionnel pour le mineur que pour la délivrance de la contraception d'urgence est posé, ainsi que la même exigence de la présence d'une personne majeure de son choix. Aucune modalité financière n'est, ici toutefois, prévue.

L'article L. 1111-5 du Code de la santé publique semble mettre en place une véritable autonomie pour le mineur, pour des actes de soins graves (qui s'imposent pour sauvegarder son état de santé). Toutefois, le législateur ne semble pas être allé au bout de sa démarche, puisqu'il a omis, sciemment ou non, de mentionner le pharmacien parmi les personnes visées par le texte. Aussi, seuls le médecin et la sage-femme semblent concernés par cette disposition. Que penser alors d'un mineur qui, parce que le médecin n'aura pu lui délivrer les produits d'urgence qu'il a en stock, vient à l'officine pour faire exécuter seul son ordonnance ? Puisque le pharmacien n'est pas visé par l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique, il ne peut pas effectuer la dispensation : sans texte spécial, le principe de l'incapacité du mineur ne peut pas être écarté. Était-ce là vraiment la volonté du législateur, qu'un mineur puisse avoir accès seul à une ordonnance sans pouvoir espérer seul une dispensation ? L'incohérence du mécanisme ainsi proposé ne peut qu'être soulevée et critiquée. Bien qu'aucun contentieux n'ait pu être identifié, la problématique demeure et semble incertaine. Outre l'absence de modalités financières organisant la gratuité au mineur sans que cela ne constitue un coût pour le professionnel, si un pharmacien exécute une telle ordonnance, il le fait sans réel consentement.

B. La situation d'exception née de facto

La dispensation de médicaments non soumis à prescription : une pratique tolérée par la coutume ?⁴³⁷ L'incapacité juridique du mineur paraît rendre impossible, sauf texte dérogatoire comme pour la contraception d'urgence, la délivrance de médicaments de médication officinale à un mineur. Le seul fait qu'il ait fallu une loi dérogatoire pour les médicaments non soumis à prescription ayant pour but la contraception d'urgence devrait suffire à convaincre que la dispensation de médicaments non soumis à prescription ne peut pas être admise. Pourtant, l'acte est régulièrement réalisé en pratique, bien qu'il ne soit pas généralisé⁴³⁸.

Selon l'article R. 5121-202 du Code de la santé publique, « *le pharmacien d'officine peut présenter en accès direct au public* » les médicaments de médication officinale. Sur la base de ce texte, et si la notion de « public » est entendue largement, il pourrait être recherché une justification à la dispensation de médicaments non soumis à prescription aux mineurs. Toutefois, non seulement il s'agit d'une seule disposition réglementaire (qui ne peut pas déroger à un texte de loi)⁴³⁹, mais il existe plusieurs autres arguments qui réduisent à néant cette possibilité.

Le premier de ces arguments repose sur la tolérance qui existe en droit civil, *a priori* insusceptible d'être retenue pour la dispensation de médicaments non soumis à prescription. En effet, l'achat d'un produit, quel qu'il soit, s'analyse en droit sous l'angle du contrat. Il s'agit

⁴³⁵ L'acte de soin doit s'imposer « *pour sauvegarder la santé d'une personne mineure* ».

⁴³⁶ Néanmoins, le médecin doit s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur sur la consultation des parents. Si le patient mineur maintient son opposition, le médecin peut mettre en œuvre le traitement ou l'intervention.

⁴³⁷ Caroline MASCLET, « Le médicament d'automédication : enjeux et perspectives », *RDSS* 2007, p. 601.

⁴³⁸ En pratique, le pharmacien recherche si le mineur semble discernant : il n'offre pas du paracétamol, par exemple, à un mineur de 14 ans comme il en vend à un mineur de 8 ans.

⁴³⁹ Selon la hiérarchie des normes. Rappelons que l'incapacité juridique des mineurs est issue d'un texte de loi (C. civ., art. 371 et s.).

d'un contrat de vente⁴⁴⁰ soumis, comme tout contrat, à l'exigence de conditions de validité, dont la capacité des parties⁴⁴¹. Le mineur ne peut donc, en principe, consentir à un contrat de vente, qu'il soit acheteur ou vendeur. Cependant, une tolérance, sans fondement textuel, permet au mineur de pouvoir acheter un certain nombre de produits non listés : tous ceux qui sont non dangereux⁴⁴² et non chers⁴⁴³. Si le médicament paraît bien être souvent un produit peu onéreux, il ne peut être nié qu'il s'agit d'un produit dangereux, qu'il soit soumis ou non à prescription, dont la mise sur le marché est soumise à une autorisation de mise sur le marché délivrée par l'agence du médicament⁴⁴⁴. L'existence d'une simple tolérance ne peut pas permettre l'achat d'un produit aussi dangereux qu'est le médicament.

Le second argument est plutôt logique et d'ordre sécuritaire : c'est un argument de santé publique. Les pharmaciens et l'Ordre des pharmaciens ne peuvent pas tout à la fois se battre pour que les médicaments de médication officinale, au nom de leur dangerosité, demeurent dans le monopole pharmaceutique et considérer que la vente de ces mêmes produits puisse se faire directement à un mineur, incapable juridiquement. Il ne paraît pas cohérent de soutenir d'une part que le médicament non soumis à prescription obligatoire est tellement dangereux qu'il doit rester entre les mains de professionnels qualifiés (les pharmaciens)⁴⁴⁵, et d'autre part accepter qu'ils puissent aller directement entre les mains d'incapables (les mineurs), y compris les plus matures des « *petits hommes* »⁴⁴⁶.

L'auteur de ces lignes, convaincu du caractère dangereux de tout médicament, soumis ou non à prescription, considère que le mineur ne devrait jamais pouvoir accéder seul à un médicament de médication officinale, *a minima* tant que l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique ne vise pas le pharmacien⁴⁴⁷. Un pharmacien d'officine qui dispense des médicaments directement à un mineur, y compris assez âgé et mature, prend le risque de voir sa responsabilité pénale engagée pour violences involontaires si un dommage survient chez un patient mineur en raison de la consommation dudit produit, l'acte ayant été réalisé sans consentement⁴⁴⁸.

Conclusion. L'expression « *quand on aime, on ne compte pas* », ne peut trouver un écho favorable en droit de la santé. La bienveillance n'est pas un critère juridique. Les hypothèses où le mineur peut agir seul sont limitativement prévues par la loi. La pratique ne peut pas, sans modification des textes normatifs, faire naître des situations additionnelles. Il en va de la sécurité juridique du pharmacien : faut-il réellement attendre la condamnation de l'un d'entre eux pour que tous prennent conscience de la réalité du risque judiciaire ?

⁴⁴⁰ C. civ., art. 1583 et s.

⁴⁴¹ C. civ., art. 1128.

⁴⁴² La loi a même parfois prévu des sanctions pénales pour la vente à un mineur de certains produits dangereux, bien que peu chers (notamment alcool, tabac).

⁴⁴³ Sous entendu des actes insusceptibles de mettre en danger son patrimoine.

⁴⁴⁴ C. santé publ., art. L. 5111-8. Par ailleurs, le Code des douanes liste les biens interdits à la vente sans contrôle (C. douanes, art. 38). Aux côtés des produits sanguins, organes, produits de tabac, qui ne peuvent circuler librement en France en raison de leur caractère dangereux (sous entendu, il faut vérifier leur qualité et il ne faut pas les laisser entre les mains de tous), figurent les médicaments.

⁴⁴⁵ Et qu'il ne doit pas transiter par la grande distribution sans qu'un pharmacien ne soit présent.

⁴⁴⁶ Jean HAUSER, « Des petits hommes ou des petits d'hommes », in Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI et Rainer FRANCK, *L'enfant et les conventions internationales*, PUL, 1996, p. 471.

⁴⁴⁷ Par contre, le mineur peut, seul, acheter des produits moins réglementés que les médicaments sous couvert de la tolérance qui existe en droit civil et ce sans qu'aucun doute n'existe alors : achat de produit d'hygiène (dentifrice, préservatif, bain de bouche), confiserie pharmaceutique, etc.

⁴⁴⁸ La responsabilité civile du pharmacien titulaire serait également engagée, pour un acte qu'il commettrait directement ou pour un acte commis par l'un de ses préposés.

3. « L'importance de la détermination de l'âge du mineur en droit pénal : quand on aime on ne compte pas »

In IM-AGE – L'imagerie médicale et l'estimation de l'âge du mineur, Bruno PY et Laurent MARTRILLE (dir.), PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2017, pp. 23-46.

L'importance de la détermination de l'âge du mineur en Droit pénal « Quand on aime on ne compte pas ! »

Julie LEONHARD

MCF Droit privé et Sciences criminelles, Université de Lorraine
IFG (EA7301)

« **Enfant** » ou « **mineur** » en Droit pénal ? Le terme « enfant » connaît une double signification en Droit. D'une part le mot désigne le lien de filiation qui le relie à une autre personne, indépendamment de son âge⁴⁴⁹. D'autre part il est, selon la convention internationale sur les droits de l'enfant, « *tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* ». Le terme « enfant » ne trouve pourtant qu'un faible écho dans la loi pénale et seules quelques dispositions y font référence. Il est alors surtout, sauf pour quelques rares interdits spécifiques⁴⁵⁰ qui visent le « *petit homme* »⁴⁵¹, évoqué le lien de parenté possible entre l'auteur d'une infraction et sa victime⁴⁵². Le Droit pénal recourt bien plus largement au terme « mineur »⁴⁵³, entendu comme étant de façon objective et univoque celui qui n'a pas encore atteint la majorité, c'est-à-dire l'âge de dix-huit ans⁴⁵⁴, la naissance et la majorité étant ainsi les frontières de la minorité. « *L'enfant est partout, mais il n'existe pas. Seul le mineur existe car notre Droit lui reconnaît un statut, même si celui-ci est étouffant* »⁴⁵⁵. Le Droit pénal, comme les autres branches du Droit, a pris acte de la particularité du statut de mineur, qu'il s'agisse de prévoir des dérogations

⁴⁴⁹ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., 2016, V° ENFANT.

⁴⁵⁰ Seules quelques rares infractions font référence à l'enfant, et non au mineur. Soit parce qu'il s'agit de comportements prohibés dans de nombreux pays du monde (C. pen., art. 211-1 : le génocide par « *transfert forcé d'enfants* »), soit parce qu'il s'agit d'un nouveau-né (C. pen., art. 214-2, art. 215-4, art. 511-1), ou à un très jeune enfant (C. pen., art. 227-15 : la mendicité avec « *un enfant de moins de six ans* »).

⁴⁵¹ HAUSER Jean, « Des petits hommes ou des petits d'hommes », in RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline et FRANCK Rainer, *L'enfant et les conventions internationales*, PUL, 1996, p. 471.

⁴⁵² Il s'agit essentiellement de mesures en Droit de la peine (C. pén., art. 131-26, art. 131-30-1, art. 131-30-2, art. 131-36 art. 132-45), d'interdits concernant la famille et l'autorité parentale (C. pen., art. 221-5-5, art. 222-48-2 ; art. 227-13, art. 227-3, art. 227-5 à 227-9, art. 227-12, art. 227-17, art. 227-17-1, art. R624-7, R.624-5), ou encore de dispositions visant le juge des enfants (C. pén., art. R131-41 à R. 131-44, art. R. 131-48).

⁴⁵³ BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2014, n°5 : « *Lorsqu'il s'agit d'évoquer « le petit d'homme », au sens de sa famille, c'est plutôt l'enfant qui est évoqué ; il en va ainsi e matière de filiation ou d'autorité parentale. En revanche, lorsqu'il s'agit d'évoquer l'exercice des droits de ce « petit d'homme », alors c'est au mineur qu'il sera fait plus volontiers référence* ».

⁴⁵⁴ Cet âge correspond à celui qui est retenu par la Convention internationale des droits de l'enfant en son article 1^{er}. C'est aujourd'hui une notion unitaire qui est le fruit de deux lois : l'une du 12 avril 1906 portant la majorité pénale de seize à dix-huit ans et l'autre du 5 juillet 1974 ramenant la majorité civile de vingt-et-un à dix-huit ans. On peut ajouter la loi du 4 avril 2006 qui fixe la majorité matrimoniale à dix-huit ans pour la femme comme pour l'homme.

C. civ., art. 414 : « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance* ».

⁴⁵⁵ HAMADI Hakim, « Le statut européen de l'enfant », in *Le droit et les droits de l'enfant*, Revue Champs libres (n°6), L'Harmattan, 2007, p. 161.

de traitement pour les mineurs auteurs d'infractions, ou d'accroître la protection des mineurs victimes d'infractions pénales.

Mineur et Droit pénal : un contexte peu ancien. La spécificité des mineurs n'ayant été reconnue que tardivement, le droit pénal des mineurs est apparu au XIX^{ème} siècle seulement. Ce sont d'abord les lois des 12 avril 1906⁴⁵⁶ et 22 juillet 1912⁴⁵⁷, qui, pour la première, a porté la majorité pénale de seize à dix-huit ans et, pour la seconde, a posé les prémices du droit pénal des mineurs délinquants. Puis, les ordonnances de 1945 et 1958 ont instauré les règles de fond et de forme applicables aux mineurs délinquants et aux mineurs victimes : l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante⁴⁵⁸, l'ordonnance du 1^{er} septembre 1945⁴⁵⁹ et l'ordonnance du 23 décembre 1958 relative à la protection de l'enfance et à l'adolescence en danger⁴⁶⁰. Aujourd'hui, le droit des mineurs délinquants ou victimes d'infractions se caractérise également par l'extranéité d'une partie de ses sources et, partant, par leur caractère supra-législatif⁴⁶¹.

Mineur et Droit pénal : un contexte toujours actuel. Si la protection des mineurs victimes d'infractions est une préoccupation certaine du législateur ces dernières années, qu'il s'agisse de créer de nouveaux interdits, des circonstances aggravantes ou de durcir la répression en générale des auteurs d'infractions commises sur un mineur⁴⁶², c'est surtout la question de la délinquance juvénile qui fait partie des polémiques récurrentes depuis une quarantaine d'année en France. Le Droit pénal positif résulte encore principalement de l'ordonnance du 2 février 1945, bien qu'elle ait été maintes fois modifiée⁴⁶³ : après près de trente-cinq réformes, seules sept dispositions sont encore d'origine. Depuis les années 1980 de nombreux rapports, émanant de commissions diverses, ont essayé de proposer des réformes générales⁴⁶⁴. Il ressort

⁴⁵⁶ Loi du 12 avril 1906 modifiant et complétant la loi du 30 novembre 1894, JORF, 15 avril 1906 p. 2473.

⁴⁵⁷ Loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée.

⁴⁵⁸ Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, JORF du 4 février 1945 p. 530. Fondée sur le principe que la justice ne peut traiter un mineur comme un majeur, elle proclame la primauté de l'éducatif sur le répressif au nom de la protection de l'enfance, inscrite dans les conventions internationales ratifiées par la France. Le texte n'a cependant jamais exclu le possible recours à des réponses répressives, y compris à des peines d'emprisonnement.

⁴⁵⁹ Cette ordonnance a créé la direction de l'Éducation surveillée, détachée de l'administration pénitentiaire, qui dispense une formation professionnelle aux mineurs et met en place un système progressif fondé sur le franchissement ou non d'étapes par le jeune.

⁴⁶⁰ Ordonnance n° 58-1301 du 23 décembre 1958 relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger, JORF n°0300 du 24 décembre 1958 p. 11770.

⁴⁶¹ V° : Déclaration des Droits de l'Enfant du 20 Novembre 1959 ; Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989 ; Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996.

⁴⁶² V° : La loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, Loi n°2000-196 du 6 mars 2000 instituant un défenseur des enfants, Loi n°2000-197 du 6 mars 2000 visant à renforcer le rôle de l'école dans la prévention et la détection des mauvais traitements à enfants, Loi n°2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, Loi n°2007-293 du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance, loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux ; loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants ; Loi n° 2016-457 du 14 avril 2016 relative à l'information de l'administration par l'autorité judiciaire et à la protection des mineurs.

⁴⁶³ Rappelons qu'en février 1945, alors que la guerre a conduit plusieurs centaines de milliers de mineurs à la mort, et alors que les accords de paix n'étaient pas encore signés, le gouvernement provisoire a choisi de miser sur l'éducation des mineurs délinquants. Il considérait que la sanction devait conduire à la resocialisation et estimait que « *la France n'est pas assez riche d'enfants pour qu'elle ait le droit de négliger tout ce qui peut en faire des êtres sains* ».

⁴⁶⁴ Rapport COSTA (1977), rapport MENGA (1982), rapport MARTAGUET (1983), avant-projet de loi portant réforme du droit pénal et de la procédure pénale applicable aux mineurs (1990), rapport LAZERGES -

principalement de ces travaux qu'il est parfois ambigu de mélanger éducatif et répressif et qu'il faudrait une nouvelle politique pénale. Aussi, au printemps 2015, la chancellerie devait présenter un projet de réforme de la justice pénale des mineurs. Soixante-dix ans après la guerre et l'ordonnance du 2 février 1945, les jeunes, comme la société, ne sont plus les mêmes. L'anniversaire du texte devait être l'occasion de dresser un état des lieux et de mener une grande réflexion autour de la justice des mineurs. Le projet de réforme, né en 2015, avait déjà fait l'objet de plusieurs réunions interministérielles⁴⁶⁵, mais aujourd'hui, le texte serait « tombé dans les oubliettes ». En effet, M. Urvoas, ministre de la Justice depuis le 28 janvier 2016 a laissé entendre que l'ordonnance de 1945 ne serait pas réécrite, mais qu'à l'occasion de la future loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, seraient introduites quelques dispositions, intéressantes sinon importantes, concernant les mineurs.

Mineur et Droit pénal : l'importance de l'âge. En principe, l'âge de l'individu est facilement établi grâce aux registres copies et extraits de l'état civil⁴⁶⁶. Mais dans certaines circonstances, il peut être difficile de donner avec précision l'âge d'une personne. Tel est le cas lorsqu'aucun document ne permet de l'établir avec certitude, parce que l'individu n'est pas identifié, ou lorsque les documents produits paraissent discutables. Pourtant, la détermination de l'âge du mineur, auteur ou victime d'une infraction, est primordiale pour permettre l'application du droit (dérogatoire) des mineurs. Prouver que l'individu est un mineur, et s'il un mineur qu'il est un mineur de tel ou tel âge peut vite devenir essentiel⁴⁶⁷ : pour le mineur auteur, il s'agit surtout de bénéficier d'un régime dérogatoire qui lui est favorable (I) ; pour le mineur victime, la détermination de la minorité et même de seuils d'âge atteints ou non, est l'occasion d'appliquer à l'auteur de l'infraction un régime de répression plus sévère (II).

1) La prise en compte de la minorité de l'auteur d'une infraction

L'importance de la minorité ou non de l'auteur d'une infraction, ou du simple suspect, est particulièrement importante s'agissant des mécanismes de responsabilité pénale. Le Droit pénal des mineurs non seulement prend en compte l'âge au moment des faits et est considérablement moins sévère que pour les majeurs (B), mais confie leurs prises en charge à des organes spécialisés (A).

A. L'âge du mineur générateur de compétences

Un privilège de juridiction. « *La quasi-totalité des systèmes répressifs étrangers connaît une spécificité de la Justice pénale des mineurs délinquants, se traduisant par une spécialisation des juridictions* »⁴⁶⁸. En lieu et place d'une liste exhaustive, l'accent est mis sur les plus symboliques : la brigade de protection des mineurs, les juridictions d'instruction et de jugement et les établissements pénitentiaires pour mineurs. A tous les « stades » de la procédure pénale, existent des juridictions et acteurs adaptés.

BALDUICK (1998), rapport VARINARD sur la réforme de la justice des mineurs (2008).

⁴⁶⁵ Avec Matignon, l'Éducation nationale, les Affaires sociales, l'Intérieur et l'Outre-Mer. En novembre 2015, un document préparatoire avait été à nouveau présenté : ce document préparatoire considérait notamment que « *le durcissement de la réponse pénale n'est pas la bonne réponse* » face à la délinquance juvénile.

⁴⁶⁶ Le calcul de l'âge est normalement fait sur la base des actes de l'état civil, et plus spécialement sur celle de l'acte de naissance. Les déclarations de naissance doivent être dressées par l'officier d'état civil du lieu de naissance dans les trois jours de l'accouchement (art. 55 C. civil). L'acte de naissance énonce notamment le jour, l'heure et le lieu de naissance (C. civ., art. 57). Il est doté d'une force probante particulière puisqu'il fait foi jusqu'à l'inscription de faux. V° Valérie OLECH, « De quelques réflexions sur le processus probatoire à travers l'exemple de l'âge des mineurs étrangers isolés », présent ouvrage.

⁴⁶⁷ Toutes les conséquences liées à l'âge du mineur, auteur ou victime d'une infraction, ne seront pas étudiées. Seuls quelques exemples serviront la démonstration.

⁴⁶⁸ BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2014, n°1329.

La brigade de protection des mineurs. Bien que les infractions commises par les mineurs ne soient pas particulièrement complexes⁴⁶⁹, et ne nécessitent donc que rarement des investigations importantes, la fonction des autorités de police et de gendarmerie est double : ils doivent à la fois prévenir la délinquance des mineurs et participer à la répression. Aussi, ces dernières années, les enquêteurs se sont spécialisés dans la prévention et la lutte contre la délinquance des mineurs. Dans la police nationale⁴⁷⁰, le traitement de la délinquance juvénile est ainsi assuré par des unités spécialisées, notamment la brigade de protection des mineurs. Cette brigade est un service particulier de la police judiciaire en charge de réprimer les infractions visant les mineurs, de les prévenir et de protéger les mineurs en général. Elle est l'une des six brigades spécialisées poursuivant les infractions criminelles plus graves au sein de la police judiciaire et est composée de quatre groupes d'actions différents : le groupe de recherches⁴⁷¹, la section enquête⁴⁷², la section des enquêtes générales⁴⁷³ et la section opérationnelle⁴⁷⁴.

L'instruction des mineurs délinquants. Pour les juridictions d'instruction, est prévue une compétence partagée entre le juge des enfants et le juge d'instruction. Si ce dernier est obligatoirement compétent pour les crimes commis par les mineurs⁴⁷⁵, il partage une compétence concurrente avec le juge des enfants pour l'information des délits et contraventions de cinquième classe. « (...) *les juges des enfants pratiquent fréquemment le « double dossier » qui peut concerner un même mineur et qui permet au juge des enfants, face à un jeune délinquant qu'il veut protéger plutôt que sanctionner, d'ouvrir un dossier d'assistance éducative plutôt qu'un dossier pénal et donc soit de gommer purement et simplement l'infraction, soit de laisser le dossier pénal en phase d'instruction dont la décision finale peut être longtemps reportée* »⁴⁷⁶.

Le jugement des mineurs délinquants. Les auteurs d'une infraction, mineurs au moment des faits, sont jugés par des juridictions spéciales pour mineurs, et cela même si entre la commission de l'infraction et le jugement ils sont devenus majeurs. Plusieurs juridictions se partagent la compétence des infractions commises par les mineurs, en fonction de leurs âges et de la gravité des faits. Le tribunal de police est compétent pour les contraventions des quatre premières classes. Le juge des enfants, lui, est compétent pour connaître des contraventions de la cinquième classe, ainsi que des délits punis d'une peine supérieure à sept ans d'emprisonnement⁴⁷⁷. Le tribunal pour enfants connaît des contraventions de la cinquième classe commis par tous les mineurs, des délits les plus graves, ainsi que des crimes commis par

⁴⁶⁹ PARAVASINI Karine., « Quelques problèmes posés au policier par la délinquance des mineurs », AJ pen. 2005, p. 61 et s.

⁴⁷⁰ Dans la gendarmerie, il existe également des brigades de prévention de la délinquance juvénile.

⁴⁷¹ Il vérifie et contrôle les endroits fréquentés par les mineurs en situation difficile pour leur venir en aide (lieu connu de prostitution, squat, foire etc.).

⁴⁷² Elle doit enquêter sur les infractions commises, en recueillant des témoignages et en auditionnant les auteurs d'infractions et les victimes.

⁴⁷³ Elle a pour mission principale d'évaluer les familles pour analyser si le mineur doit bénéficier d'une assistance éducative ou s'il doit être placé. Ce bilan familial concerne la situation matérielle et morale du mineur.

⁴⁷⁴ Elle est en charge des mineurs en difficulté en dehors de leur cadre familial et notamment dans les affaires de viols, de détournements, de prostitution, de violences volontaires, de fugues etc. Cette section est aussi constituée d'un groupe spécialisé pour lutter et mener des actions répressives contre la pédopornographie sur Internet.

⁴⁷⁵ Ordonnance du 2 février 1945, art. 5 et 9.

⁴⁷⁶ Ordonnance du 2 février 1945, art. 8. V° PERRIER Jean-Baptiste, « Justice des mineurs : le minimalisme du Conseil constitutionnel », comm. Décision du Conseil constitutionnel du 21 sept. 2002, n°2012-272 (QPC), AJ pén. 2013, p. 49.

⁴⁷⁷ Sa compétence est en réalité facultative, puisqu'il peut toujours choisir de renvoyer le mineur devant le tribunal pour enfants. Dans le cas contraire, le juge des enfants tient une audience dite « de cabinet », au cours de laquelle il ne peut prononcer que des mesures éducatives d'assistance, de surveillance, de placement ou de mise sous protection judiciaire (Ord. 2 févr. 1945, art. 8, 9, 20 ; COJ, art. L. 252-5).

BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2014, n°1343.

les mineurs de moins de seize ans⁴⁷⁸. Le tribunal correctionnel pour mineurs⁴⁷⁹, en passe de disparaître⁴⁸⁰, est lui compétent pour juger les mineurs de plus de seize ans ayant commis en état de récidive légale un délit puni d'une peine supérieure à trois ans, ainsi que pour juger les faits commis par les coauteurs ou complices majeurs du mineur prévenu. Enfin, la cour d'assises des mineurs connaît des crimes commis par les mineurs de seize à dix-huit ans, ainsi que leurs coauteurs ou complices majeurs⁴⁸¹. La multiplicité des juridictions de jugement se partageant la compétence des infractions commises par un mineur, bien que reflétant une volonté d'offrir une répression adaptée aux particularités de la minorité, est souvent décriée⁴⁸².

L'exécution des peines par les mineurs. Les mineurs condamnés à une peine privative de liberté ferme, au moins en partie, doivent exécuter leurs peines dans un établissement pénitentiaire spécialisé pour mineurs⁴⁸³ ou dans un quartier des mineurs d'une maison d'arrêt ou d'un établissement pour peines. Les mineurs doivent, dans tous les cas, être strictement séparés des majeurs⁴⁸⁴ et bénéficier d'une cellule individuelle⁴⁸⁵. Ils bénéficient d'une prise en charge adaptée par une équipe pluridisciplinaire (administration pénitentiaire, protection judiciaire de la jeunesse, éducation nationale, service de santé) et leur suivi éducatif est assuré (pour les mineurs de moins de seize ans) ou fortement conseillé (pour les mineurs de plus de seize ans)⁴⁸⁶. Précisons que la sanction disciplinaire de mise en cellule disciplinaire⁴⁸⁷ ne peut être prononcée à l'encontre des mineurs de seize ans. Pour les mineurs de plus de seize ans à titre exceptionnel, elle peut être décidée pour les fautes les plus graves⁴⁸⁸, mais est alors de plus courte durée⁴⁸⁹. Enfin, il existe une sanction spécifique de mise à pied d'une formation⁴⁹⁰ ou d'un emploi, d'une durée maximale de trois jours, uniquement applicable aux mineurs de plus de seize ans, et qui peut être prononcée dans des conditions strictes⁴⁹¹.

⁴⁷⁸ Le tribunal, composé du juge des enfants et de deux assesseurs, dispose à l'encontre du mineur de trois types de réponse pénale : mesures éducatives (quelque soit l'âge), sanctions éducatives (mineurs d'au moins 10 ans), peine (mineur d'au moins 13 ans). Ord. 2 févr. 1945, art. 13 ; COJ, art. L. 251-1.

⁴⁷⁹ Créé par la loi n°20011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, le tribunal correctionnel pour mineurs est une formation spécialisée du tribunal correctionnel, présidé par un juge des enfants. V° CIABRINI Marie-Madeleine, « Le tribunal correctionnel pour mineurs ou la poursuite du démantèlement de la justice des mineurs », AJ pén. 2012, p. 315.

⁴⁸⁰ Le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, qui a fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel le 16 octobre 2016 prévoit sa disparition.

⁴⁸¹ Composée de trois magistrats professionnels (dont deux juges des enfants) et de neuf jurés populaires tirés au sort. A l'exception d'une publicité restreinte, la procédure est identique à celle suivie devant la cour d'assises de droit commun. Ord. 2 févr. 1945, art. 20 ; COJ, art. L. 511-1.

⁴⁸² Par ex. : CIABRINI Marie-Madeleine, « Le tribunal correctionnel pour mineurs ou la poursuite du démantèlement de la justice des mineurs », AJ pén. 2012, p. 315.

⁴⁸³ Créés par la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, JORF du 10 septembre 2002 p. 14934.

⁴⁸⁴ Les mineurs de plus de seize ans peuvent exceptionnellement partager des activités pendant la journée avec des majeurs, sous réserve d'une surveillance particulière et de l'autorisation du chef de l'établissement.

⁴⁸⁵ Par exception, un mineur peut être placé avec un autre détenu de son âge, pour motif médical ou raison de personnalité.

⁴⁸⁶ L'obligation scolaire ne s'applique qu'aux mineurs de moins de seize ans, mais les majeurs de plus de seize ans sont fortement encouragés à poursuivre leur cursus scolaire. Des activités sportives et des activités culturelles sont également proposées aux mineurs détenus (danse, théâtre, musique).

⁴⁸⁷ C. proc. pén., art. R. 57-7-43 et s.

⁴⁸⁸ C. proc. pén., art. R. 57-7-1 et art. R. 57-7-2 (violences physiques, introductions d'objets illicites, vol, etc...).

⁴⁸⁹ C. proc. pén., art. R. 57-7-48 : sept jours pour une faute du premier degré et cinq jours pour une faute du deuxième degré.

⁴⁹⁰ C. proc. pén., art. R. 57-7-22.

⁴⁹¹ Que si la faute disciplinaire a été commise au cours ou à l'occasion du travail ou d'une activité de formation ; OU qu'en cas de faute grave, l'exclusion des dispositifs d'insertion devant demeurer exceptionnelle.

B. L'âge du mineur facteur de mansuétude

La répression des mineurs délinquants est essentiellement organisée par l'ordonnance précitée du 2 février 1945. Le texte met en place un régime plus doux pour les mineurs auteurs d'une infraction, par rapport à celui prévu pour les majeurs, qu'il s'agisse du recours aux mesures privatives de liberté avant jugement ou de la détermination des sanctions pénales.

L'irresponsabilité pénale de certains mineurs. Un mineur qui a commis une infraction ne peut en être reconnu coupable, que s'il est capable de discernement. Ce discernement correspond à la faculté d'évaluer et d'apprécier ses actes et leur portée. Il est donc nécessairement évolutif et grandit avec le mineur⁴⁹². Bien que les textes soient muets sur ce point, il est considéré depuis la jurisprudence Laboube, que le très jeune mineur échappe totalement aux règles du Droit pénal parce que « *toute infraction, même non intentionnelle suppose que son auteur ait agi avec intelligence et volonté* »⁴⁹³.

Le principe de la responsabilité pénale des mineurs non « *infans* »⁴⁹⁴ est clairement posé par l'article 122-8 du Code pénal⁴⁹⁵ : il n'existe pas d'immunité générale pour tous les mineurs. Il n'existe donc pas d'âge minimal de responsabilité pénale en France : elle est reconnue pour le mineur capable de discernement, quel que soit son âge, même si en fonction de son âge, sa responsabilité pourra être atténuée.

Des sanctions pénales à plusieurs degrés. Pour le mineur discernant, auteur d'une infraction, les sanctions pénales applicables sont adaptées. En effet, aux côtés du seuil du discernement, le législateur a créé des seuils d'âge, permettant le prononcé de sanctions adaptées à l'évolution rationnelle et au développement psychologique du mineur. Il s'agit soit de mesures spécifiques, soit de peines obéissant à un régime particulier, soit même de l'interdiction d'appliquer au mineur certaines peines.

Des mesures spécifiques ont été mises en place dès l'ordonnance de 1945, le texte souhaitant avant tout offrir au mineur la possibilité d'être éduqué, ou rééduqué, avant d'être condamné à une peine privative de liberté : ce sont les mesures éducatives et les sanctions éducatives. Les mesures éducatives ont pour but de protéger, d'assister, de surveiller et d'éduquer le mineur⁴⁹⁶. Si elles peuvent être appliquées à tout mineur capable de discernement, les mesures éducatives ont principalement vocation à s'appliquer aux mineurs de moins de dix-ans (pour qui aucune autre mesure ne peut être prononcée). A compter de treize ans, le mineur encourt également des sanctions éducatives, nouvelles dispositions créées en 2002⁴⁹⁷ et visant à offrir une solution

⁴⁹² BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2014, n°1252 : « A l'égard des mineurs délinquants, le discernement s'affirme progressivement au fur et à mesure que l'âge augmente, jusqu'à l'âge de dix-huit ans, où le discernement est censé être pleinement établi ».

⁴⁹³ Cass. crim. 13 déc. 1956, D.1957, p.349 note Patin : refus de condamner un enfant de six ans pour violences par imprudence.

⁴⁹⁴ L'*infans* est celui qui n'a pas de discernement : en raison de son jeune âge, le très jeune mineur n'a pas encore la faculté de distinguer les bons comportements des mauvais.

⁴⁹⁵ C. pén., art. 122-8 : « *Les mineurs capable de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet* ».

⁴⁹⁶ Ord. 2 févr. 1945, art. 15 (pour le mineur de moins de treize ans) et art. 16 (pour le mineur de plus de treize ans). Par exemple, la remise du mineur à personne dénommée (tuteur, membre famille – parents-, tiers digne de confiance etc.), l'admonestation, la liberté surveillée, les placements en institution et la mise sous protection judiciaire.

⁴⁹⁷ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, JORF 10 sept. 2002, p. 14934.

intermédiaire au juge entre les mesures éducatives et les peines⁴⁹⁸. A nouveau, ces sanctions éducatives, bien que visant tous les mineurs de plus de treize ans, concernent principalement une catégorie de mineurs, celle de dix à treize ans⁴⁹⁹.

A compter de treize ans, et seulement à compter de ce seuil, le mineur peut également être condamné à une peine privative de liberté⁵⁰⁰. Toutefois, les peines sont déterminées en tenant compte d'une atténuation de responsabilité pénale : l'excuse de minorité⁵⁰¹. La peine privative de liberté ne peut être supérieure à la moitié de la peine encourue par un majeur. Dans le cas où la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité, la peine privative de liberté ne peut être supérieure à vingt ans de réclusion criminelle. Toutefois, si le mineur est âgé de plus de seize ans, le tribunal pour enfants et la cour d'assises des mineurs peuvent, à titre exceptionnel et compte tenu des circonstances de l'espèce et de la personnalité du mineur ainsi que de sa situation, par une décision spécialement motivée, décider d'écarter l'excuse de minorité⁵⁰².

Il existe par ailleurs un certain nombre de peines complémentaires qui ne sont pas applicables aux mineurs⁵⁰³ : l'interdiction du territoire français, le jour-amende, l'interdiction d'une activité professionnelle, l'exclusion des marchés publics, l'affichage ou la diffusion de la condamnation, la contrainte pénale⁵⁰⁴ et l'interdiction de séjour⁵⁰⁵. De plus, aucune déchéance ou incapacité ne peut résulter de plein droit d'une condamnation pénale prononcée à l'encontre d'un mineur.

Notons que l'ancien effacement automatique du casier judiciaire des mineurs n'existe plus⁵⁰⁶. L'effacement peut désormais être demandé trois ans après la décision de condamnation auprès du tribunal pour enfants, même si le mineur a atteint sa majorité, si sa rééducation apparaît comme acquise⁵⁰⁷.

Les mesures privatives de liberté avant jugement : la garde-à-vue et la détention provisoire. L'ordonnance du 2 février 1945 prévoit le même seuil d'âge que celui retenu pour les peines privatives de liberté pour les mesures privatives de liberté avant jugement. Aussi, la garde-à-vue et la détention provisoire ne peuvent, en principe, être appliquées qu'à l'encontre des mineurs de plus de treize ans et à des conditions strictes. Toutefois, le texte pose une exception et offre la faculté d'infliger ces mesures à des mineurs plus jeunes. Notons que si c'est l'âge du mineur au moment de la commission de l'infraction qui est retenu pour déterminer les règles de responsabilité et les juridictions compétentes, c'est l'âge du mineur au moment où l'application des mesures de contrainte est requise qui est déterminant⁵⁰⁸.

⁴⁹⁸ Elles sont des mesures éducatives hybrides, puisque leur violation est susceptible d'être sanctionnée par un placement.

⁴⁹⁹ Ord. 2 févr. 1945, art. 15-1. Parmi les plus emblématiques : obligation de suivre un stage de formation civique, interdiction d'être sur la voie publique à certaines heures, obligation d'un travail scolaire, la confiscation d'un objet détenu ou appartenant au mineur qui a servi à commettre l'infraction ou qui en est le produit, interdiction de paraître, interdiction de revoir la victime, les complices ou coauteurs de l'infraction, etc.

⁵⁰⁰ Ord. 2 févr. 1945 ; art. 2 et art. 20-2.

⁵⁰¹ Ord. 2 févr. 1945, art. 2 et art. 20-2 à 20-9.

⁵⁰² Ord. 2 févr. 1945, art. 20-2, modifié par la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, JORF 17 août 2014, p. 13647.

⁵⁰³ Ord. 2 févr. 1945, art. 20-4.

⁵⁰⁴ *Créée par la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, JORF 17 août 2014, p. 13647 et en vigueur depuis le 1er octobre 2014, la contrainte pénale est une sanction pénale alternative à la prison, le condamné étant soumis à certaines obligations (C. pén., art. 131-4-1).*

⁵⁰⁵ Peine complémentaire en matière criminelle et correctionnelle (C. pén., art. 131-31). Elle est exclue pour les mineurs et cesse lorsque le condamné atteint l'âge de 65 ans (C. pén., art.131-32).

⁵⁰⁶ C. proc. pén., ancien art. 769-2.

⁵⁰⁷ C. proc. pén., art. 770.

⁵⁰⁸ Cass. crim., 25 oct. 2000, pourvoi n°00-83.253 ; NOELLE COMMARET Dominique, RSC 2001, p. 407.

La garde-à-vue, la mesure la plus contraignante pouvant être prononcée au stade de l'enquête, est applicable, en principe, aux mineurs de plus de treize ans⁵⁰⁹ et est soumise à des conditions plus strictes que la garde-à-vue des majeurs⁵¹⁰, notamment pour la prolongation⁵¹¹ et pour l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires⁵¹². A titre exceptionnel seulement, la garde-à-vue est autorisée pour le mineur de dix à treize ans contre lequel il existe des indices graves et concordants laissant présumer qu'il a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Non seulement cette garde-à-vue est soumise à autorisation spéciale⁵¹³, mais elle ne peut dépasser douze heures, prorogable strictement⁵¹⁴.

La détention provisoire, elle, est « *une mesure ultime à laquelle il ne peut être fait recours que lorsque les voies proprement éducatives sont vaines* »⁵¹⁵. Aussi, l'ordonnance du 2 février 1945 ne prévoit que quelques hypothèses où la détention provisoire d'un mineur est possible⁵¹⁶. Tout comme l'application d'une peine privative de liberté, la détention provisoire ne peut être décidée à l'encontre d'un mineur de moins de treize ans. Les mineurs âgés de treize ans révolus et de moins de seize ans, au moment de la mesure peuvent être placés en détention provisoire s'ils encourent une peine criminelle, ou s'ils se sont volontairement soustraits aux obligations d'un contrôle judiciaire qui comportait une obligation de respecter un placement en centre éducatif fermé. Les mineurs âgés de seize ans révolus au moment de la mesure⁵¹⁷ peuvent être placés en détention provisoire s'ils encourent une peine criminelle, s'ils encourent une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois ans, ou s'ils se sont volontairement soustraits aux obligations d'un contrôle judiciaire⁵¹⁸ ou aux obligations découlant d'une assignation à résidence avec surveillance électronique. Dans tous les cas, la détention provisoire

⁵⁰⁹ Ord. 2 févr. 1945, art. 4. La garde à vue est impossible avant 10 ans.

⁵¹⁰ GOUTTENOIRE Adeline, « Les principes du Droit processuel relatif au mineur délinquant », AJ. pén. 2005, p. 49. Par ex. : en cas de délit puni d'une peine inférieure à cinq ans d'emprisonnement, la garde-à-vue d'un mineur âgé de treize à seize ans ne peut être prolongée.

⁵¹¹ La garde-à-vue du mineur de plus de seize ans peut faire l'objet de deux prolongations supplémentaires de vingt-quatre heures chacune lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes majeures ont participé, comme auteurs ou complices, à la commission de l'infraction et que les conditions de l'article 706-88 du Code de procédure pénale sont réunies (à savoir enquête de flagrance ou enquête préliminaire, pour l'une des infractions visées par l'article 706-73 du Code de procédure pénale). V° DESPREZ François, « De la garde-à-vue du mineur de seize ans dans le cadre d'une enquête pour criminalité organisée », D. 2007, p. 2679.

⁵¹² C. proc. pén., art. 64. V° : ROYER Guillaume, « Nullité de l'interrogatoire du mineur en cas de défaillance du matériel informatique servant à son enregistrement », comm. Cass. crim., 26 mars 2008, AJ pén. 2008, p. 286 ; PRADEL Jean, « Nullité d'une procédure pour défaut d'enregistrement de l'interrogatoire d'un mineur en garde-à-vue », D. 2007, p. 2141.

⁵¹³ La garde-à-vue du mineur de dix à treize ans requiert l'accord préalable et le contrôle d'un magistrat du ministère public ou d'un juge d'instruction spécialisés dans la protection de l'enfance ou d'un juge des enfants.

⁵¹⁴ Ord. 2 févr. 1945, art. 4 : « (...) Cette retenue peut toutefois être prolongée à titre exceptionnel par décision motivée de ce magistrat pour une durée qui ne saurait non plus excéder douze heures, après présentation devant lui du mineur, sauf si les circonstances rendent cette présentation impossible. Elle doit être strictement limitée au temps nécessaire à la déposition du mineur et à sa présentation devant le magistrat compétent ou à sa remise à l'une des personnes visées au II du présent article (...) ».

⁵¹⁵ Commission de suivi de la détention provisoire, rapport remis au garde des Sceaux, juin 2004, p. 5.

⁵¹⁶ Ord. 2 févr. 1945, art. 11. V° BOULOC Bernard, « Encadrement de la détention provisoire pour les mineurs », RSC 1990, p. 134.

⁵¹⁷ Sur la détention provisoire du mineur devenu majeur : Cass. crim., 21 juin 2006, pourvoi n°06-82.516, AJ. pén. 2006, p. 412.

⁵¹⁸ Obligations d'un contrôle judiciaire prononcées conformément aux dispositions de l'article 10-2 de l'ordonnance du 2 février 1945.

doit alors être effectuée dans un quartier spécial de la maison d'arrêt ou dans un établissement pénitentiaire spécialisé pour mineurs et sa durée peut être limitée⁵¹⁹.

2) La prise en compte de la minorité de la victime d'une infraction

L'importance de la minorité ou non de la victime d'une infraction, vivante ou morte, est tout aussi importante que celle du mineur auteur d'une infraction. Non seulement la répression des infractions commises sur les mineurs est considérablement plus sévère que pour les mêmes infractions commises sur les majeurs (B), mais le législateur a même créé des infractions spécifiques aux mineurs (A).

A. L'âge du mineur générateur d'interdits

Le privilège d'interdits spécifiques. Le législateur n'a parfois expressément prohibé certains comportements que s'ils sont commis sur des mineurs, voire même que s'ils ne sont réalisés que sur certains mineurs, comme les mineurs de quinze ans. La minorité, ou les seuils d'âge dans la minorité⁵²⁰, est alors un préalable nécessaire, indispensable à la caractérisation de l'infraction. Le domaine des infractions sexuelles en est un parfait manifeste⁵²¹.

Les infractions sexuelles commises sur les mineurs de moins de quinze ans. Il s'agit principalement en la matière de la fameuse « majorité sexuelle ». Bien que l'expression soit décrite par certains auteurs, le fait est que le législateur a posé le seuil de quinze ans comme étant l'une des limites à l'interdit et au permis des relations sexuelles entre un mineur et un majeur. En deçà de quinze ans, toute relation sexuelle consentie avec un majeur constitue une atteinte sexuelle⁵²². De quinze à dix-huit ans, la relation sexuelle consentie ne demeure punissable que si elle est réalisée avec certains partenaires : avec un ascendant ou plus généralement avec toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait, ou encore avec une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions⁵²³. Avant quinze ans, la loi pénale considère donc que le mineur est incapable de consentir à une relation sexuelle.

Du reste, d'autres infractions sont propres aux seuls mineurs de moins de quinze ans. Ainsi en est-il des propositions sexuelles d'un majeur à un mineur de quinze ans *via* un moyen de communication électronique⁵²⁴.

Les infractions sexuelles commises sur les mineurs. Trois infractions particulières méritent d'être rapidement analysées : la corruption de mineurs, la diffusion d'images pornographiques à des mineurs et les interdits relatifs aux images pédopornographiques.

En 1992, le législateur crée l'infraction de corruption de mineur à l'article 227-22 du Code pénal qui punit « *le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un*

⁵¹⁹ Par ex. : en matière correctionnelle, lorsque la peine encourue n'est pas supérieure à 7 ans d'emprisonnement, la détention provisoire des mineurs âgés d'au moins seize ans ne peut excéder en principe un mois.

⁵²⁰ V° MARRION Bertrand, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse dactylographiée, Nancy, 2010.

⁵²¹ Et la matière sexuelle n'est pas le seul domaine où des infractions n'existent que si la présence d'un mineur, ou d'un mineur de quinze ans est avérée. Ainsi, pour ne citer qu'un autre exemple, peut-on évoquer la mendicité avec un mineur de six ans : C. pén., art. 227-15.

⁵²² C. pén., art. 227-25 : « *Le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ».

⁵²³ C. pén., art. 227-27.

⁵²⁴ C. pén., art. 227-22-1 : « *Le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication électronique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

mineur (...) »⁵²⁵. Ce délit, cantonné au seul domaine sexuel⁵²⁶, vise expressément un mineur, sous-entendu un mineur de moins de dix-huit ans. L'infraction ne distingue plus selon l'âge de la victime mineure et protège aujourd'hui sans distinction tous les mineurs⁵²⁷. Deux précisions doivent cependant être soulignées quant à la qualité de mineur exigée. D'une part, la Cour de cassation, sous l'empire de l'ancien Code pénal a considéré qu'une erreur sur l'âge invoqué ne permet pas valablement de contester l'existence de l'infraction⁵²⁸. Cette solution jurisprudentielle ancienne, s'applique toujours concernant l'article 227-22 du Code pénal. La position est différente si l'agent apporte la preuve qu'il a été trompé par sa victime, non pas par sa seule apparence physique de personne majeure, mais par exemple, parce qu'elle lui a montré des faux papiers attestant de sa majorité⁵²⁹. D'autre part, les juges du fond imposent que le mineur victime du délit soit identifié pour pouvoir vérifier son âge⁵³⁰. Les juridictions exigent la preuve d'un mineur réel mis en cause pour constituer l'infraction. Par le biais de l'article 227-22 du Code pénal, le législateur protège la morale sexuelle d'un mineur en particulier, et non la morale sexuelle des mineurs en général.

Concernant la pornographie, l'article 227-24 du Code pénal interdit toute œuvre à caractère pornographique accessible aux mineurs – ils ne peuvent être spectateurs – et l'article 227-23 du Code pénal⁵³¹ interdit la pornographie préjudiciable au mineur du fait de la représentation de son corps – ils ne peuvent être objet de scènes pornographiques. Une évidence ressort de la rédaction de ces deux infractions, confirmée par leurs places dans le Code pénal⁵³² : la nécessaire présence d'un mineur⁵³³. Le législateur ne se réfère pas au concept de majorité lui-même, mais indique que la personne doit être âgée de moins de dix-huit ans. Cette indication chiffrée se révèle fondamentale, puisqu'elle permet d'éviter toute discussion si les faits sont commis à l'étranger, où la majorité diffère ou peut s'acquérir de façon plus précoce ou plus tardive qu'en Droit français. Concernant les interdits de l'article 227-23 du Code pénal plus précisément, la Cour de cassation renvoie à l'appréciation souveraine des juges du fond qui

⁵²⁵ La nouvelle incrimination remplace l'ancien délit d'excitation de mineur à la débauche. Ancien Code pénal, art. 334-2 : « *Sera puni des peines prévues à l'article précédent quiconque aura habituellement attenté aux mœurs en excitant à la débauche ou en favorisant la corruption des mineurs de dix-huit ans ou même occasionnellement des mineurs de seize ans (...)* ».

⁵²⁶ Cass. crim., 1 févr. 1995, pourvoi n°93-82.578 : « *Ce délit est constitué lorsqu'un prévenu associe une mineure à son comportement impudique, avec la volonté d'éveiller ses pulsions sexuelles* ».

⁵²⁷ Le nouveau délit se montre même plus sévère en ce qu'il a abandonné toute référence à la notion d'habitude autrefois exigée pour les mineurs de 16 à 18 ans. V° Bernard BOULOC, Jacques FRANCILLON, Yves MAYAUD et Gabriel ROUJOU de BOUBEE, *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996, p. 501 : « *Cette condition était exigée sous l'empire de l'ancien article 334-2 en ce qui concerne les mineurs de 16 à 18 ans ; mais elle pouvait paraître critiquable en raison de son manque de souplesse et de l'affaiblissement de la protection qui en découlait pour le mineur* ».

⁵²⁸ Cass. crim., 4 janv. 1902, DP 1902, 1, p. 528 ; solution reprise par Cass. crim., 19 mars 1942, Bull. crim. n°25 : « *Si, dans certains cas, celui qui a favorisé habituellement la débauche des mineurs peut exciper de ce qu'il a été trompé sur leur âge, cette défense ne saurait être admissible qu'autant qu'il justifierait d'une erreur dont il ne serait pas responsable, et non pas de celle qui consisterait à prétendre que le développement physique des mineurs pouvait faire illusion sur leur âge* ».

⁵²⁹ CABALLERO Francis, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, n°938 : « *Il faut d'autres facteurs comme un mensonge circonstancié, une émancipation affichée ou une indépendance financière pour que le juge admette que le prévenu a pu raisonnablement se tromper* ».

⁵³⁰ CA Aix-en-Provence, ch. corr., 1 févr. 1993, n°Juris-Data : 1993-043826.

⁵³¹ L'article 227-23 du Code pénal interdit quatre comportements différents : la fabrication en vue de la diffusion d'image ou représentation de mineurs présentant un caractère pornographique, la diffusion de ladite image ou représentation, la détention de matériel pédopornographique et la consultation habituelle de sites pédopornographiques permettant de visionner ces images et représentations interdites.

⁵³² Les deux délits figurent au Livre deuxième, « *Des crimes et délits contre les personnes* » ; Titre deux, « *Des atteintes à la personne humaine* » ; Chapitre sept, « *Des atteintes aux mineurs et à la famille* » ; Section cinq, « *De la mise en péril des mineurs* ».

⁵³³ La pornographie réalisée entre majeurs et destinée aux majeurs est, elle, bel et bien non punissable.

utilisent un faisceau d'indices pour déterminer l'âge du sujet, qu'il s'agisse d'un mineur réel ou imaginaire. Pour les jeunes enfants, l'évidence de la minorité ne fait jamais l'objet de doutes. Il en est tout autrement pour les « vieux » mineurs ou les jeunes adultes. Lorsqu'il s'agit de l'image d'un mineur réel, la preuve de son âge pourra plus aisément être apportée que pour un mineur imaginaire⁵³⁴, puisque fondée sur des éléments physiologiques⁵³⁵. Pour tenter de pallier ces obstacles le recours à un expert survient fréquemment⁵³⁶. Néanmoins, dans tous les cas, l'estimation de l'âge sera très relative, voire même parfois hasardeuse. Et plus encore, comment déterminer l'âge des mineurs virtuels puisque la loi pénale non seulement interdit la réalisation d'images pornographiques d'un mineur imaginaire, mais pose en plus une présomption générale de minorité⁵³⁷. La détermination de l'âge du mineur imaginaire - simplement virtuel - est-elle seulement possible ?

B. L'âge du mineur facteur d'aggravation

Outre la création d'interdits propres aux mineurs en général, ou propres aux mineurs de moins de quinze ans, le législateur a mis en place un régime de répression des auteurs d'infractions de Droit commun commises sur les mineurs plus sévère que lorsque les mêmes infractions sont commises sur un majeur⁵³⁸, qu'il s'agisse d'aggraver les peines encourues, d'offrir un nouveau panel de peines complémentaires ou encore de modifier les règles de prescription de l'action publique.

L'âge du mineur : une circonstance aggravante. A défaut de faire de la minorité une condition préalable pour certaines infractions, la loi pénale prévoit dans bien d'autres hypothèses que la minorité sera une circonstance aggravante. Quinze ans est presque toujours le seuil retenu : c'est le cas pour quasiment toutes les atteintes à l'intégrité physique⁵³⁹ et pour les viols⁵⁴⁰ et autres agressions sexuelles⁵⁴¹.

L'âge du mineur : de nouvelles peines complémentaires et autres mesures. Face à l'auteur d'une infraction sexuelle commise sur un mineur, le juge voit sa liberté de choix augmenter considérablement. Trois exemples illustrent cette situation : la période de sûreté, le suivi-socio-judiciaire et l'interdiction du territoire français.

⁵³⁴ Cass. crim., 12 sept. 2007, *op. cit.*, pourvoi de CA Douai, 9^e ch. corr., 30 juin 2006, n°Juris-Data : 2006-316844. La Cour de cassation considère que la cour d'appel a parfaitement caractérisé le délit en prouvant les caractéristiques morphologiques d'un jeune enfant de la représentation litigieuse : « *compte-tenu notamment de sa petite taille par rapport aux personnages adultes qui l'entourent, l'absence de signes morphologiques [absence de poitrine, personnage deux fois plus petit que les adultes qui l'entourent] laissant supposer qu'il pourrait s'agir d'un adulte et des traits du visage le faisant au surplus apparaître comme un très jeune enfant* ».

⁵³⁵ Ex. : CA Agen, ch. corr., 26 nov. 2007, n°Juris-Data : 2007-356552 : un individu poursuivi pour détention d'images pédopornographiques de mineurs est relaxé, « *la circonstance que certaines "n'étaient même pas entièrement formées" ne pouvant être retenue par la difficulté de déterminer de façon certaine à partir d'une image pour le moins floue la majorité d'une femme à partir de ces détails d'ordre physiologique susmentionnés [pilosité du sexe, développement des seins...]* ». En l'espèce, les photographies représentent des jeunes filles asiatiques majeures ayant l'aspect physique de mineures. Pour la cour, la volonté des auteurs est de donner aux jeunes filles l'apparence de mineures, dans le but « *de satisfaire des désirs pervers en évitant de tomber sous le coup de la loi pénale* », par leur sexe rasé et leur tenue vestimentaire (tenue de collégienne).

⁵³⁶ Ex. : CA Aix-en-Provence, 19^e ch. corr., 30 avril 2008, n°Juris-Data : 2008-004215, en l'espèce, un expert médecin légiste.

⁵³⁷ C. pén., art. 227-23 infine : « *Les dispositions du présent article sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image* ».

⁵³⁸ V° BONFILS Philippe, « L'évolution de la protection pénale des mineurs victimes », AJ pén. 2014, p. 10.

⁵³⁹ C. pén., art. 222-8, art. 222-10, art. 222-12 à 222-14.

⁵⁴⁰ C. pén., art. 222-24.

⁵⁴¹ C. pén., art. 222-29-1. V° MAYAUD Yves, « L'agression sexuelle sur mineur d'une loi à l'autre... », RSC 2016, p. 268.

La période de sûreté est une partie de la peine privative de liberté durant laquelle le condamné ne peut bénéficier d'aucune mesure de faveur tendant à réduire la durée de la peine ou permettre sa sortie de prison. Elle n'est pas une peine *stricto sensu* mais un régime d'aménagement de l'exécution de la peine. Pour rappel, elle est obligatoire dès lors que deux conditions sont réunies : elle concerne certaines infractions (les plus graves)⁵⁴² et le juge doit prononcer une peine privative de liberté supérieure ou égale à dix ans sans sursis⁵⁴³. La durée de la période de sûreté obligatoire est en principe égale à la moitié de la durée de la peine privative de liberté prononcée ou de dix-huit ans en cas de réclusion criminelle à perpétuité. Et pour certaines infractions gravissimes le législateur a prévu une période de sûreté particulièrement longue : c'est le cas pour le meurtre ou l'assassinat d'un mineur de quinze ans précédé, accompagné ou suivi d'un viol, de torture ou d'actes de barbarie⁵⁴⁴. La période de sûreté peut même être portée par décision spéciale de la cour d'assises à trente ans, voire à perpétuité, en cas de condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité. On parle alors de peine incompressible.

Le suivi-socio judiciaire a été introduit par la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles et à la protection des mineurs⁵⁴⁵. Le but est de réinsérer les délinquants sexuels et de prévenir la récidive en utilisant, autant que possible, les apports de sciences non-juridiques. Le suivi se compose ainsi de mesures d'assistance et de surveillance et éventuellement d'une obligation de soins, sous le contrôle du juge d'application des peines, lequel pourra les adapter ou les compléter⁵⁴⁶. Elle est soit une peine principale alternative à l'emprisonnement, soit une peine complémentaire. Elle est prévue pour les infractions les plus graves, parmi lesquelles les infractions de violences sur mineur, d'atteintes à la vie, de mise en péril des mineurs⁵⁴⁷. A noter que jusqu'à la loi du 9 mars 2004⁵⁴⁸, les réductions de peine supplémentaire, celles dites pour effort de réadaptation sociale, ne pouvaient pas bénéficier aux condamnés au SSJ pour une infraction sexuelle commise sur un mineur. Aujourd'hui cette limite a disparu.

Enfin, l'interdiction du territoire français est la peine consistant en l'interdiction faite à un étranger de résider ou de séjourner sur le sol français. Elle est une peine complémentaire en matière criminelle et correctionnelle⁵⁴⁹, encourue pour quelques infractions⁵⁵⁰, parmi lesquelles les atteintes au mineur et à la famille⁵⁵¹.

L'âge du mineur et la prescription de l'action publique. La procédure pénale est elle aussi « impactée » par la minorité des victimes. La prescription de l'action publique⁵⁵² en est un

⁵⁴² Crimes contre l'humanité (C. pén., art.211-1 à 212-3) ; meurtres aggravés et empoisonnement (C. pén., art.221-2 à 221-5) ; tortures et actes de barbarie (C. pén., art.221-1 à 221-6) ; violences aggravées, mutilations, infirmités permanentes (C. pén., art.222-8 à 222-10) ; viols aggravés par la mort ou torture (C. pén., 222-25 et 222-26) ; trafics de stupéfiant et blanchiment (C. pén., art.222-34 à 222-39) ; détournements d'un transport collectif (C. pén., art.224-6 et 224-7) ; proxénétisme aggravé (C. pén., 225-7 à 225-10) ; certains vols aggravés (C. pén., 311-6 à 311-10) ; destructions incendie ou explosif (C. pén., 322-8 à 322-10) ; terrorisme (C. pén., 421-3 à 421-5).

⁵⁴³ C. pén., art.132-23.

⁵⁴⁴ C. pén., art.221-3 et 221-4.

⁵⁴⁵ Loi 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles et à la protection des mineurs, JORF18 juin 1998, p. 9255. C. pen., art. 131-36-1 et s.

⁵⁴⁶ C. proc., pén., art.763-3.

⁵⁴⁷ C. pén., art.227-31.

⁵⁴⁸ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF du 10 mars 2004, p. 4567.

⁵⁴⁹ C. pén., art.131-30.

⁵⁵⁰ Comme pour le trafic de stupéfiant (C. pén., art.227-47 al.2) ou le proxénétisme (C. pén., art.225-20-6).

⁵⁵¹ C. pén., art 227-29-4°.

⁵⁵² La prescription est un mode d'acquisition d'un droit (prescription acquisitive) ou d'extinction d'un droit (prescription extinctive). La prescription de l'action publique est un mode d'extinction réelle : le droit d'exercer cette action expire le jour où s'achève le délai fixé par la loi.

parfait manifeste. Pour rappel, elle permet l'extinction de l'action publique par l'écoulement d'un certain temps sans que des poursuites n'aient eu lieu⁵⁵³. En la matière, les délais de Droit commun sont de dix ans en matière criminelle, trois ans en matière délictuelle et un an en matière contraventionnelle. Et elle commence, en général, à courir à compter du jour où l'infraction est commise. Il existe de multiples hypothèses dérogatoires qui modifient ces délais dans le sens d'une augmentation⁵⁵⁴ ou plus rarement d'une diminution⁵⁵⁵, mais aussi des situations où le point de départ de ces délais va être reporté - ce qui a également pour conséquence d'allonger, de fait, la durée du délai de prescription⁵⁵⁶. Pour les infractions commises contre les mineurs, la prescription ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ces derniers⁵⁵⁷. En plus de ce report du point de départ, pour certaines infractions⁵⁵⁸, principalement les crimes commis sur un mineur, le délai de prescription est augmenté à vingt ans pour les crimes et à dix ans pour les délits⁵⁵⁹.

CONCLUSION. L'expression « quand on aime, on ne compte pas », ne peut trouver un écho favorable dans la loi pénale, tant le législateur fait preuve, par tradition d'une certaine rigueur. L'importance de la détermination de la minorité, et dans la minorité des seuils d'âge, n'est plus à démontrer tant l'âge permet ou non d'appliquer un régime dérogatoire, plus favorable pour les mineurs délinquants et plus sévère pour les auteurs d'infractions commises sur un mineur victime. A M. HAMADI, qui constatait en 2007 que « *l'enfant est une énigme pour le juriste en quête de certitude* »⁵⁶⁰, le pénaliste répond que la détermination de l'âge est une quête incertaine, mais une énigme qu'il faut pourtant parvenir à résoudre au vu des conséquences qu'il en résulte. Le Droit pénal peut-il se contenter d'approximations alors que toute erreur sera considérable ? Comment, en 2012, un mineur de douze ans a-t-il pu être placé en détention provisoire pendant dix-huit jours à la maison d'arrêt de Fleury-merogis ?⁵⁶¹ L'erreur sur la détermination de l'âge est-elle simplement acceptable en Droit pénal ?

⁵⁵³ La prescription repose sur l'idée d'oubli : d'une part les preuves s'estompent et par conséquent deviennent moins sûres ; d'autre part l'opinion publique ne réclame plus la répression d'une infraction dont le temps a effacé jusqu'au souvenir.

⁵⁵⁴ Certaines infractions sont prescrites au bout de trente ans. Par ex. : les crimes en matière de stupéfiants (C. proc. pén., art. 706-31 al.1) et les crimes en matière de terrorisme (C. proc. pén., art. 706-25-1 al.1).

⁵⁵⁵ Par ex. : La loi du 29 juillet 1881 sur la presse édicte un délai abrégé de trois mois (art. 65).

⁵⁵⁶ V° COURTIN Christine, « La prescription des infractions contre les mineurs », AJ. pén. 2016, p. 299 ; LAMEYRE Xavier, « la prescription de l'action publique en matière d'infractions contre les mineurs ou les dysharmonies d'une régime pénal d'exception », AJ. pén 2006, p. 289

⁵⁵⁷ C. proc. pén., art.7 al.3 : « *Le délai de prescription de l'action publique des crimes commis contre des mineurs ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ces derniers* ».

⁵⁵⁸ C. proc. pén., art. 706-47 al. 1 : « *Les dispositions du présent titre sont applicables aux procédures concernant les infractions de meurtre ou d'assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou pour les infractions d'agression ou d'atteintes sexuelles, de traite des êtres humains à l'égard d'un mineur ou de proxénétisme à l'égard d'un mineur, ou de recours à la prostitution d'un mineur* ».

⁵⁵⁹ C. proc. pén., art. 7 et art. 8.

⁵⁶⁰ HAMADI Hakim, « Le statut européen de l'enfant », in *Le droit et les droits de l'enfant*, Revue Champs libres (n°6), L'Harmattan, 2007, p. 161.

⁵⁶¹ www.liberation.fr « Une succession d'approximations administratives ont conduit un enfant rom en prison cet été : une incarcération illégale », 15 fév. 2013.

4. « L'image patrimonialisée des acteurs pornographiques »

In *Corps et Patrimoine*, Guylène NICOLAS (dir.), LEH, coll. « Les cahiers du droit de la santé », 2014, pp. 315-340.

L'image des acteurs pornographiques « patrimonialisée »

Julie LEONHARD
MCF Droit privé et Sciences criminelles, Université Lille2
CRDP (EA 4487)

Sexualité et Droit. « *Ne pas parler de sexualité, c'est ne pas parler de soi* »⁵⁶². La sexualité, entendue comme l'ensemble des comportements sexuels, constitue un thème de prédilection pour la recherche. Elle se présente, depuis toujours, comme l'une des préoccupations majeures de tous les êtres vivants, au même titre que l'alimentation⁵⁶³. Toutefois, la pratique d'une activité sexuelle motivée par le seul plaisir distingue certains mammifères, dont l'humain⁵⁶⁴. Non seulement l'homme s'adonne aux joies de la sexualité par seul assouvissement du désir, mais il fait également de la sexualité un art, un commerce, et même un objet de recherche. La sexualité présente ainsi deux faces principales qui semblent aux antipodes l'une de l'autre. D'une part, elle est source de beauté, d'émerveillement et de plaisir (une activité qu'il faudrait pratiquer) ; d'autre part, elle peut s'apparenter à un fléau, être une cause de maladie, voire de traumatisme (une activité dont il faudrait se protéger). Tout en prenant acte des « dangers » de la sexualité, la société admet dorénavant son exercice « libre », y compris sa seule représentation, c'est-à-dire la pornographie.

La pornographie : le sens du mot. L'étymologie renseigne sur le sens du mot pornographie : le terme provient du Grec : « *porne* », qui désigne des prostituées, et de « *grapho* », qui signifie l'acte d'écrire ou de représenter. La pornographie serait dès lors le fait d'écrire sur la prostitution. Il ne s'agit là ni de sa signification première, ni de sa seule utilisation. Le sens dominant contemporain reconnu au mot pornographie est la représentation de la sexualité⁵⁶⁵.

La pornographie : d'hier à aujourd'hui. Si le mot pornographie peut être qualifié d'« *invention moderne* »⁵⁶⁶, puisqu'il est admis que son utilisation fréquente date de la fin du XX^{ème} siècle, les représentations sexuelles existent depuis presque toujours⁵⁶⁷. Dès la

⁵⁶² Michel CONTE, Extrait de *Nu...comme dans nuage*, éd. De Mortagne, Boucherville, 1980, p. 25.

⁵⁶³ Pierre Augustin Caron de BEAUMARCHAIS, *Le mariage de Figaro*, II, 1778, p. 21 : « *Boire sans soif et faire l'amour en tout temps, Madame, il n'y a que ça qui nous distingue des autres bêtes* ».

⁵⁶⁴ Bruno PY, « Le sexe et le Droit : un couple sulfureux », in *Le sexe et la norme*, Nathalie DEFFAINS et Bruno PY (dir.), PUN, 2010, p. 15 : « (...) *au contraire des autres animaux, les fonctionnements corporels humains ne sont pas limités par des processus naturels. Il n'y a quasiment pas de frein biologique (saison de rut, ovulation, gestation...) à l'attractivité de l'accouplement* ».

⁵⁶⁵ Le mot aurait été employé pour la première fois par le grammairien Athénée au II^e siècle après Jésus-Christ pour désigner les artistes qui excellent dans l'art de représenter les choses de l'amour. Cf. : Laurent MARTIN, « Jalons pour une histoire culturelle de la pornographie en Occident », *Le temps des médias* 2003, n°1, p. 10.

⁵⁶⁶ Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité, La volonté de savoir*, t. 1, Gallimard, 1976.

⁵⁶⁷ Ruwen OGIEN, *Penser la pornographie*, PUF, 2003, p. 35.

préhistoire, l'homme met son sexe en spectacle⁵⁶⁸. Développées dans les écrits à l'Antiquité⁵⁶⁹, les représentations de la sexualité sont condamnées sous toutes leurs formes par l'Eglise au Moyen-Age⁵⁷⁰.

A la Renaissance, même si le nu féminin exprime un idéal de beauté, il commence à être chargé d'une connotation érotique et beaucoup d'œuvres ne sont pas acceptées pas la société et donc censurées⁵⁷¹. La licence s'associe progressivement à l'incroyance⁵⁷² et, rapidement, la « *surenchère de la pudiponderie* »⁵⁷³ se développe. De grands procès retentissants se multiplient, tel celui de Gustave Flaubert pour *Madame Bovary*⁵⁷⁴. C'est précisément à cette période que la Bibliothèque Nationale de Paris crée son célèbre « Enfer » où sont rassemblés, dans l'attente d'être brûlés, les ouvrages considérés comme offensant la moralité publique⁵⁷⁵.

Avec la révolution sexuelle, la sexualité s'exhibe et la littérature confère à la notion de pornographie ses lettres de noblesse⁵⁷⁶. Son triomphe est assuré dans les années 70-80 avec la libéralisation des films pornographiques⁵⁷⁷. Encensée, la pornographie semble alors ne plus

⁵⁶⁸ De nombreux dessins sont découverts sur les grottes, qui dévoilent principalement des pénis. Cf. : Timothy TAYLOR, *La Préhistoire du sexe*, Bayard, 1996. Sur les murs des cavernes, sont principalement peintes des scènes de fellation, de sodomie et de zoophilie. Dans la pierre, sont sculptés des vulves et des bâtons phalliques...

⁵⁶⁹ Par ex. : SHAPIRO « Eros in love : Pederasty and Pornography in Greece », in *Pornography and Representation in Greece and Rome*, Amy RICHLIN, Oxford University Press, 1992. p. 53 : « *Les scènes érotiques sur les vases grecs illustrent parfaitement le sens littéral, étymologique, de « pornographie* ».

⁵⁷⁰ Par exemple, François RABELAIS (1494-1553) est désigné par certains comme un précurseur de la pornographie moderne, notamment pour *Pantagruel* qui a été condamné en 1533 comme ouvrage obscène par la Sorbonne. Le sexe et la représentation du corps nu sont attachés au péché originel. L'illustration la plus célèbre de cette vague de pudeur est le tollé qui, en 1541, accompagne la présentation du *Jugement dernier*, pièce maîtresse de la Chapelle Sixtine.

⁵⁷¹ Ainsi, les artistes ont du recourir à certains stratagèmes pour pouvoir diffuser leurs œuvres : soit la pose elle-même masque les organes sexuels, soit on utilise un cache-sexe (feuille de vigne, morceau d'étoffe, des cheveux même...). Ces caches-sexe sont parfois même ajoutés ultérieurement !

⁵⁷² Claude-Jean BERTRAND et Annie BARON-CARVAIS, *Introduction à la pornographie*, La Musardine, 2001, p. 48 : « *Dans les écrits grivois qui se multipliaient, on utilisait beaucoup la fornication des prêtres et des nonnes : l'obscénité servait à la satire religieuse et politique* ». A cette époque, par exemple, Claude Le Petit (écrivain français né à Paris en 1638 et exécuté à Paris le 1^{er} septembre 1662), athée, libertin et libre-penseur, est condamné à mort, non pour ses licences verbales, ses vers gaillards ou ses portraits libidineux et luxurieux mais pour la mise en cause des mœurs de la famille royale et de Mazarin. Il a entre autres composé un poème blasphématoire sur la vierge, *Le Bordel des Muses* ou *Les neuf pucelles putains*.

⁵⁷³ Expression empruntée à Laurent MARTIN, « Jalons pour une histoire culturelle de la pornographie en Occident », *Le temps des médias* 2003, n°1, p. 10.

⁵⁷⁴ Fin 1856, Gustave FLAUBERT publie *Madame Bovary* (dans la Revue de Paris). L'œuvre raconte les atermoiements d'une jeune femme romantique mourant d'ennui au sein d'un mariage sans passion ; enfermée dans un jeu de conventions sociales, l'héroïne se donnera la mort pour échapper à la honte de l'adultère. L'écrivain, l'éditeur et l'imprimeur sont poursuivis pour outrage aux bonnes mœurs. Le procès se clôture en janvier 1857 par une relaxe.

⁵⁷⁵ Pendant longtemps les livres condamnés ont été brûlés, accompagnés d'un mannequin représentant l'auteur quand le coupable était en fuite. Dans le tome VII ; daté de 1870, du *Grand Dictionnaire Universel de Larousse*, le mot Enfer désigne : « *l'endroit fermé d'une bibliothèque où l'on tient des livres dont on pense que la lecture est dangereuse* ». De décembre 2007 à mars 2008, s'est déroulée à Paris une exposition, *L'Enfer de la bibliothèque : Eros au secret*, dévoilant une partie des œuvres cachées pendant longtemps car outrageant les bonnes mœurs (dans l'attente d'être brûlées).

⁵⁷⁶ Par ex. : Apollinaire, Pierre Louys, Henry Miller, Anaïs Nin... V° Jules CHOUX, *Petit citateur*, Bruxelles, 1981 : l'auteur recense les écrivains jugés licencieux.

⁵⁷⁷ En mai 1974, Valéry Giscard d'Estaing est élu troisième président de la V^e République. Durant sa campagne présidentielle, il a annoncé son intention de supprimer la censure. Si aucune mesure réglementaire ou légale n'est explicitement prise, le nouveau ministre de la Culture, Michel Guy, ne décide plus aucune interdiction totale. V° : Susan HAYWARD, « Le porno n'est plus ce qu'il était : le cinéma pornographique français (1974-1979) », in *La fiction éclatée*, volume 1, Jean-Pierre BERTIN-MAGHIT et Geneviève SELLIER (dir.) L'Harmattan, 2007, p. 287. De 1974 à 1979, le nombre de films pornographiques diffusés représente environ 42% de la production

compter d'ennemi durant au moins quelques mois⁵⁷⁸. Devant la banalisation de la pornographie et les vagues de protestations multiples, est votée la loi du 30 décembre 1975⁵⁷⁹, qui organise une procédure de contrôle des films dits « *pornographiques ou d'incitation à la violence* ». Le régime économique, et surtout fiscal, mis en place, conduit à la disparition progressive, inéluctable, des cinémas pornographiques.

Néanmoins, la « mort du porno » ne devait pas être pour autant programmée dans les registres de la Camarde⁵⁸⁰ : la pornographie a survécu et elle entre même aujourd'hui plus librement dans les foyers. Après quelques années de confinement forcé dans les sex-shops et sur le marché noir⁵⁸¹, le développement des moyens technologiques (d'abord le minitel et les cassettes vidéo, puis l'Internet) permet à la pornographie de pénétrer le domaine privé. Sans doute l'endroit le moins souhaité par ses détracteurs. De nombreux exemples témoignent de la permissivité ambiante et croissante à l'égard des représentations sexuelles, y compris pornographiques. Aussi, dans les années 1980, une campagne publicitaire⁵⁸² ose comme slogan « *la semaine prochaine j'enlève le haut* », puis le bas⁵⁸³ ; se crée au Festival de Cannes les Hots d'or⁵⁸⁴ ; Canal + diffuse son premier film dit hard⁵⁸⁵ ; Sharon Stone laisse entrevoir son entrecuisse dans *Basic Instinct*⁵⁸⁶ ; *Le journal du hard* paraît⁵⁸⁷ ; les expositions se multiplient⁵⁸⁸ ; la pornographie est diffusée des prisons⁵⁸⁹ aux avions⁵⁹⁰ et elle devient même l'objet de séries

cinématographique française, V° *Catalogue de la production cinématographique française*, t. I-IV, établi par Nicole SCHMITT, Paris, CNC, 1986.

⁵⁷⁸ A cette époque, les premières icônes du X commencent à apparaître. La première star féminine reconnue est Linda LOVELACE, pour son rôle dans le film *Gorge profonde* de 1972 réalisé par Gérard DAMIANO (*Deep Throat* dans sa version originale). Chez les hommes, Ron JEREMY et Rocco SIFFREDI sont parmi les plus connus.

⁵⁷⁹ Loi n°75-1278 du 30 décembre 1975, loi de finances pour 1976, JORF 31 déc. 1975, p. 13567.

⁵⁸⁰ La Camarde est une figure allégorique de la mort représentée généralement sous les traits d'un squelette. Son nom est issu de l'adjectif *camard* qui signifie : qui a le nez plat. TILF, *op. cit.*, consulté le 26 août 2011, V° CAMARD, ARDE : « *par euphémisme métaphorique « la mort, figurée par un squelette dont la tête n'offre que la place du nez ».*

⁵⁸¹ En raison des taxes créées en 1976.

⁵⁸² William ENDRES et Christophe HUG, « Publicité et Sexe : enjeux psychologiques, culturels et éthique », *MCEI-OVSM* 2004, p. 5 : « *L'utilisation de sexe dans la publicité remonte à loin. Son utilisation très répandue reflète la croyance des publicitaires dans l'efficacité d'un tel outil d'attraction du regard. (...) L'imagerie explicitement sexuelle prolifère dans la publicité, mais aussi ailleurs dans la culture populaire. (...) De nombreuses publicités sont proches de la frontière avec la pornographie* ».

⁵⁸³ Bruno PY, « Le sexe et le Droit : un couple sulfureux », in *Le sexe et la norme*, Nathalie DEFFAINS et Bruno PY (dir.), PUN, 2010, p. 15, note 47 : « *Fin août 1981, les panneaux publicitaires de Paris et d'autres villes de France sont recouverts d'une affiche avec la photo d'une jolie jeune femme en bikini, sur fond de plage. Myriam annonce "le 2 septembre, j'enlève le haut" sans autre indication. Le 2 septembre, Myriam a effectivement ôté le haut de son maillot de bain, dévoilant sa poitrine et annonce : "le 4 septembre, j'enlève le bas". La campagne d'affiche suscite émoi et intérêt. Le 4 septembre, Myriam enlève effectivement le bas. La photographie est prise de dos. Cette campagne avait pour but d'étayer le slogan : "Avenir, l'afficheur qui tient ses promesses" ».*

⁵⁸⁴ La cérémonie des Hot d'or apparaît en 1993. Après une escapade au Lido en 1997 et une interruption de 2002 à 2008, les Hot d'Or ont repris en octobre 2009 à Cannes.

⁵⁸⁵ En 1985, Canal + diffuse son premier film pornographique, *Exhibition*, réalisé par Jean-François DAVY. Par la suite, la chaîne décide de diffuser un film pornographique chaque premier samedi du mois.

⁵⁸⁶ Film réalisé par Paul VERHOEVEN, sorti en 1992.

⁵⁸⁷ *Le Journal du hard* est une émission mensuelle diffusée sur Canal + depuis 1991 et qui présente l'actualité du cinéma cinématographique.

⁵⁸⁸ Par ex. l'exposition « L'Enfer de la Bibliothèque Nationale » organisée de décembre 2007 à mars 2008 à la Bibliothèque Nationale de France.

⁵⁸⁹ V° Romain BLONDEAU, « Le Porno en prison une pratique taboue mais tolérée », *Les Inrocks*, 14 août 2011, <http://www.lesinrocks.com>.

⁵⁹⁰ V° *Ecrans*, 12 sept. 2008.

télévisuelles⁵⁹¹... Les temps où un baiser ne pouvait être filmé et diffusé au public sans offusquer⁵⁹², où Je t'aime moi non plus⁵⁹³ était interdit de diffusion à la radio, et où la minijupe était diabolisée⁵⁹⁴, semblent abolis.

⁵⁹¹ La série Xanadu, diffusée en avril 2010 sur Arte : la série porte sur les tourments financiers et moraux d'un patriarche du « porno » sur le retour et sur les difficultés de sa profession pour son entourage. La série est interdite aux moins de 16 ans seulement.

⁵⁹² Le fameux baiser échangé par May IRVIN et John RICE dans The Kiss (réalisé par William HEISE en 1896) a été jugé particulièrement dégoûtant et qualifié de pornographique : filmé en noir et blanc, il ne dure pourtant que 20 secondes et ne laisse apparaître aucune langue. Par la suite, après le film Don Juan (réalisé par Alan CROSLAND), où sont échangés 127 baisers entre John BARRYMORE, Mary ASTOR et Estelle TAYLOR, les Etats-Unis, dès 1927, mettent en place le « Code Hays » qui prohibe certains comportements, dont les « *baisers sensuels* » et qui fixe la durée réglementaire du baiser au cinéma à 3 secondes. Certains films réussissent « à passer à travers les mailles du filet ». Tel est le cas de You're in the army now (de Lewis SEILER en 1941) avec un baiser de 3 minutes et 5 secondes (souvent désigné comme le baiser le plus long de l'histoire du cinéma). Ou encore Tant qu'il y aura des hommes (de Fred ZINNEMANN en 1953), où Burt LANCASTER et Deborah KERR sont des amants adultères qui s'embrassent en se roulant sur la sable d'Oahu Beach, leurs corps dénudés battus par les vagues... A noter que de grands réalisateurs déjouent la censure mise en place : ils filment de longues scènes de baisers mais où les lèvres des acteurs se séparent toutes les 3 secondes. Il en est ainsi du film Les Enchaînés d'Alfred HITCHCOCK de 1946 où Cary GRANT et Ingrid BERGMAN s'embrassent pendant presque 3 minutes sur un balcon, puis à travers tout un appartement en se séparant toutes les 3 secondes !

⁵⁹³ Le chanteur Serge GAINSBOURG et Brigitte BARDOT enregistrent la chanson Je t'aime moi non plus, en décembre 1967. Le duo n'est diffusé qu'une fois sur Europe 1, en raison de la colère de Gunter SACHS qui venait d'épouser Madame BARDOT. En 1969, la chanson est reprise par Jane BIRKIN et Serge GAINSBOURG, le titre est banni des radios en Italie et en Espagne. V° *L'express*, 8 mai 2011.

⁵⁹⁴ V° Yvonne DESLANDRE et Florence MULLER, *Histoire de la mode au XX^e siècle*, éd. Assouline, 1986, p. 256. La minijupe est une jupe très courte, droite ou plissée, « dont la longueur ne doit pas excéder 10 cm sous les fesses pour mériter cette appellation ». La première minijupe est apparue en 1962 dans une boutique appelée Bazaar dans le quartier de Chelsea à Londres. Sa créatrice, Mary QUANT, est une jeune styliste de mode. En 1965, Mary QUANT met la minijupe dans sa collection, le succès est immédiat, très vite ensuite en Europe puis dans le monde occidental. Cependant, certains pays comme les Pays-Bas feront interdire la minijupe, la trouvant, à cette période, beaucoup trop provocante.

La pornographie revêt aujourd'hui toutes les formes possible (œuvre d'arts⁵⁹⁵, bande dessinée⁵⁹⁶, revue⁵⁹⁷, livre⁵⁹⁸, chanson⁵⁹⁹, photographie⁶⁰⁰, film⁶⁰¹, dessin animé⁶⁰², virtuel⁶⁰³...) et vise tout type de sexualité (hétérosexuelle, homosexuelle féminine et masculine, ethnique...) et toute catégorie de personne (homme, femme, transsexuel, personne handicapée⁶⁰⁴ ou non, amateur ou professionnel, jeune ou « vieux »⁶⁰⁵...). Mais toujours elle cherche à satisfaire un seul besoin, la recherche d'excitation : le corps exhibé allume l'esprit du spectateur sans aucun contact physique direct, uniquement par le truchement du regard⁶⁰⁶.

Pornographie et Droit : la « patrimonialisation » du corps des acteurs pornographiques ?

Le changement des mentalités, quant à ce qui pouvait être montré ou ce qui devait rester caché, s'est réalisé progressivement depuis plusieurs décennies. La société est passée de l'acceptation manifeste de la représentation artistique du nu, à la diffusion d'œuvres considérées comme érotiques, pour aboutir à l'explosion de la pornographie. L'évolution de la société qu'il organise conduit le Droit à suivre les transformations des mentalités⁶⁰⁷. De la prohibition quasi absolue des représentations de la sexualité, il a progressivement admis les reproductions érotiques et désormais la pornographie (1). Il est dès lors possible de s'interroger l'image du corps des acteurs pornographiques « patrimonialisée », en particulier sur la marchandisation de l'image sexuelle (2). Le mot « patrimonialisé » renvoi ici au processus juridique selon lequel l'image

⁵⁹⁵ Le célèbre tableau *L'Origine du monde* a été peint par Gustave COURBET, à la demande d'un diplomate turc en 1866, dans une période où les mœurs étaient très austères. Pendant longtemps, il ne circule qu'au sein de collections privées parce qu'il est considéré par les intimes du peintre et du propriétaire de l'œuvre comme obscène. Le caractère pornographique est plus que largement discutable, inexistant selon nous. L'œuvre est à un moment, propriété du psychanalyste Jacques LACAN qui le dissimule dans un cadre à double fond. Depuis 1995, le tableau a rejoint la collection du musée d'Orsay et est exposé parmi d'autres tableaux de COURBET. V° : Thierry SAVATIER, *L'Origine du monde – Histoire d'un tableau de Gustave COURBET*, Bartillat, 2003.

⁵⁹⁶ Des *Kinky Comics* (bande dessinée spécialisée dans le bondage et la flagellation) aux mangas japonais, la bande dessinée se présente comme un support de prédilection de la pornographie, essentiellement dans les années 90. Par ex. : Milo MANARA, *Le déclic*, Albin Michel, 1984.

⁵⁹⁷ Depuis la revue *Lui*, magazine masculin dit de charme créé en novembre 1963 par Daniel FILIPACCHI et Frank TENOT, les revues à caractère pornographiques se multiplient et s'étalent dans les librairies spécialisées : qu'il s'agisse de revues françaises (*Union*, *Swing* – qui aborde principalement l'échangisme –, *Le petit libertin*...) ou de revues étrangères (*Newlook*, *Playbook*, *Penthouse*, *Hustler*...). V° Jacques MOUSSEAU, « La presse du c... La France à l'heure de la pornographie », *Communication et langages* 1975, n°28, p. 77.

⁵⁹⁸ Depuis *Les Onze mille verges* de Jean-Jacques PAUVERT en 1973, les titres de livre, qui ne revendiquent pas nécessairement un caractère pornographique, prolifèrent, qu'ils soient connus (*La vie sexuelle* de Catherine MILLET, Seuil, 2001) ou non (*Parties de plaisir*, Martin LALIBERTE, éd. Québecor, coll. « J'ai lu », 2008).

⁵⁹⁹ Si *Satisfaction* des Rolling Stones a été interdit à la radio en Angleterre à sa sortie en 1965, aujourd'hui le titre connaît toujours un succès planétaire. Les artistes n'hésitent plus à chanter la sexualité. Ainsi, Lisa PALAC a enregistré tout un album en 2000, *Cyborgasm*, composé de dialogues d'amants et de bruits de jouissance.

⁶⁰⁰ Les œuvres de David HAMILTON (photographe britannique) ont heurté certaines associations de lutte contre la moralité publique. Toutefois, il s'agit essentiellement de nus, qui ne peuvent revêtir un caractère pornographique selon nous.

⁶⁰¹ Par ex. : *Le dernier tango à Paris* réalisé par Bernardo BERTOLUCCI en 1972, avec Marlon BRANDO raconte l'histoire d'une jeune femme qui entretient épisodiquement des relations sexuelles avec un homme, plutôt torturé, d'âge mur, qu'elle ne connaît pas.

⁶⁰² Par ex. : *Blanches fesses et les sept mains* (1981), parodie de *Blanche neige et les sept nains* de Walt Disney (1937).

⁶⁰³ Les robots ont aujourd'hui également une vie sexuelle : V° *20 minutes*, 02 oct. 2007.

⁶⁰⁴ V° Alain GIAMI, « Pornographie et handicap », in *politiques de la pornographie – Le sexe, le savoir, le pouvoir*, Cités, PUF, 2003, n°15, p. 43.

⁶⁰⁵ Au Japon par exemple, la pornographie dite « du troisième âge » présente un succès certain. V° *AFP*, 16 mars 2009.

⁶⁰⁶ Mathieu-Robert SAUVE, *Un sociologue chez les danseuses nues*, Forum, 2005, volume 40, n°5 : « *Seuls les yeux peuvent toucher* ».

⁶⁰⁷ Daniel MAINGUY, *Introduction générale au droit*, Litec, coll. « Objectif Droit », 1997, p. 7 : « *Le droit naît de la société des hommes et il en est le critère : Ubi societas, ibi jus* ».

du corps des acteurs pornographiques pourrait intégrer un patrimoine, et être objet de commerce⁶⁰⁸.

1) Les cadres juridiques des films pornographiques

La pornographie : l'absence de définition. « *Il n'est pas facile de questionner de prime abord la pornographie : elle semble se dérober à toute définition, n'en tolérer aucune qui ne soit équivoque, discutable, ou trop morale* »⁶⁰⁹. La pornographie souffre sans conteste possible d'une absence de définition conceptuelle : il n'en existe aucune universellement acceptée. Ni le législateur, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne proposent une analyse substantielle du terme. L'absence de définition de la notion de pornographie deviendrait même sa principale caractéristique. La notoriété du juge Potter Stewart repose sur le fait qu'il a officiellement soutenu qu'il est inutile de chercher à définir la notion de pornographie : « *Pornography, i know it when i see it* »⁶¹⁰.

La pornographie : une notion floue. « *L'insolite et l'illicite, deux ingrédients indispensables de toute pornographie* »⁶¹¹. La Cour de cassation vient de refuser, en juin dernier, de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil Constitutionnel sur la notion de pornographie, estimant que le terme est défini en des termes suffisamment clairs et précis⁶¹². L'auteur de ces lignes, soutenu par une partie de la doctrine⁶¹³, maintient, en dépit de cette solution, que la pornographie se distingue par son caractère éminemment flou ; le flou étant entendu ici comme une imprécision sémantique, terminologique⁶¹⁴. Tout porte à croire que la notion de pornographie est aujourd'hui victime de son pouvoir évocateur et qu'il existe, en forçant un peu le trait, autant de sens qui lui sont attribués que d'auteurs désireux de vanter ses mérites ou animés par la volonté de la critiquer. L'équivocité de la notion de pornographie s'analyse comme une question de degré et toutes les tentatives de définition s'inscrivent nécessairement dans un continuum allant des plus rigides aux plus souples, en passant par celles qui laissent place au maximum de détermination possible. Si en son temps, le chanteur Serge Gainsbourg fredonne « *Classé X, excès de sexe* »⁶¹⁵, aujourd'hui, le juriste pourrait dire : « *Classé X, excès de textes* » ! Le nombre conséquent de textes, entendus au sens large (normes

⁶⁰⁸ Trésor de la langue française informatisé (TILF), dictionnaire de la langue française des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, consulté le 26 août 2011, V^o PATRIMONIALITE. Le TILF est créé par l'ATILF (Analyse et Traitement Informatique de la Langue Française), une unité mixte de recherche associée au CNRS (Centre National de la Recherche Scientifique) et à l'Université de Lorraine.

⁶⁰⁹ Philippe DI FOLCO (dir.), *Dictionnaire de la Pornographie*, PUF, 2005, p. IX.

⁶¹⁰ Propos du juge américain Potter STEWART, Cour suprême des Etats-Unis, *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964) : « *La pornographie, je la reconnais quand je la vois* ». Sa formule, bien que n'apportant aucun élément de clarification, est dès lors citée dans tous les ouvrages relatifs à la pornographie.

⁶¹¹ Marguerite YOURCENAR, Extrait de la préface de Gita Govinda de Shri Jayadev.

⁶¹² Cass. Crim., 6 juin 2012, pourvoi n°12-90.016

⁶¹³ Par ex. : Agathe LEPAGE, « QPC et article 227-23 du Code pénal », *Comm. com. électr.* sept. 2012, comm. 98 ; Michel VERON, « Définition claire et précise du caractère pornographique », *Dr. pén.* sept. 2012, comm. 118.

⁶¹⁴ Danièle LOCHAK, « Le Droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », in *Bonnes Mœurs*, CURAPP (Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie), PUF, 1994, p. 43. La représentation de la sexualité connaît depuis toujours des qualificatifs terminologiques divers et variés dans le langage courant. En dresser une liste exhaustive relève de l'utopie. Sont fréquemment utilisés les termes : « *moral, bien sûr, (mauvais, violent, brutal, osé, vicieux, choquant, scandaleux, provoquant, obscène, luxurieux, lubrique, lascif, impudique, indécent...), mais aussi esthétique (laid/beau), hygiénique (malpropre/propre, sale, salissant, ordurier, nauséabond, insalubre), psychiatrique (malsain, pervers, anormal/sain, normal), statistique (exceptionnel/courant, moyen), socio-économique (vulgaire/noble), anthropologique (bestial, contre nature/humain, naturel), politique (contestataire, provocateur/conforme à l'ordre social)* », artistique, médical (perversion, addiction), culturel...

⁶¹⁵ Serge Gainsbourg, Album *Classé X, post mortem*, 1998.

et décisions), complexifie lourdement la tâche du juriste lorsqu'il souhaite préciser la notion de pornographie, et surtout ses régimes, tant en Droit pénal (A), qu'en Droit administratif (B).

A. De la prohibition à la permission

L'ancien Code pénal : l'interdiction des représentations sexuelles. Le Droit, en tant qu'instrument de normalisation des conduites et des comportements sociaux⁶¹⁶, encadre depuis toujours la sexualité humaine et ses représentations⁶¹⁷. Il paraît indispensable à l'auteur, qui s'associe à Montesquieu en ce qu'il considérait que le « *corps des lois* » renvoie au « *corps de l'histoire* »⁶¹⁸, de rappeler brièvement les outrages aux bonnes mœurs, traditionnellement présentées comme l'ancêtre de la pornographie.

L'histoire témoigne du poids de la morale publique qui a longtemps influencée le législateur. Sous l'empire de l'ancien Code pénal, au nom des mœurs de la collectivité publique, le Droit prohibait des conduites considérées comme immorales. Hormis la pratique de la sexualité matrimoniale, manifester un attrait particulier pour le nu ou s'adonner aux plaisirs de la chair révélait une conduite amoral et honteuse⁶¹⁹, un danger pour la société. De fait, le législateur de 1810 protégeait la pudeur publique par trois infractions : l'attentat à la pudeur (avec ou sans violence)⁶²⁰, l'outrage public à la pudeur⁶²¹ et l'outrage aux bonnes mœurs⁶²². La première se distingue des suivantes en ce qu'elle constitue une agression contre les personnes, requérant une victime déterminée. Les deux autres, au contraire, sont des délits non contre une personne, mais contre la collectivité⁶²³.

Avec le délit d'outrage aux bonnes mœurs, la collectivité était protégée du mal des représentations visuelles et de l'impact des mots sur l'imagination, qu'ils soient explicites ou très imagés, dès lors qu'ils étaient considérés comme suffisamment explicites pour permettre au destinataire d'imaginer un acte sexuel ou une simple nudité. Aucun support n'échappait aux ciseaux de la censure, les incriminations visant « *les imprimés, écrits, dessins, affiches, gravures, peintures, films ou clichés, matrices ou reproductions phonographiques, emblèmes, tous objets ou images contraires aux bonnes mœurs* »⁶²⁴, mais aussi les « *chants, cris ou discours contraires aux bonnes mœurs* »⁶²⁵. De nombreux exemples permettent d'illustrer ce

⁶¹⁶ Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité, La volonté de savoir*, tome 1, Gallimard, 1976, p. 109 et s.

⁶¹⁷ Bruno PY, *Le sexe et le droit*, PUF, coll. « Que sais-je », n°3466, 1999, p. 3 : « *Chaque communauté humaine s'est dotée de règles destinées à empêcher que l'homme et la femme ne laissent libre cours à leurs pulsions. Il apparaît en effet que l'anarchie sexuelle, si paradisiaque qu'elle puisse sembler, est une source de conflits internes et de dangers externes pour toute collectivité d'êtres vivants* » ; Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité, la volonté de savoir*, t. 1, Gallimard, 1976 : « *La sexualité est la clé pour comprendre le rapport de notre civilisation à la vérité* ».

⁶¹⁸ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, (1748), Gallimard, « Bibliothèque de la pléiade », t. II, 1951, p. 309.

⁶¹⁹ George BURNS (1896-1996) : « *Je me souviens d'une époque où l'air était propre et le sexe, sale* ».

⁶²⁰ Ancien Code pénal, article 331 et s. L'attentat à la pudeur est l'ancêtre des agressions et atteintes sexuelles actuelles.

⁶²¹ Ancien Code pénal, article 330 : « *Toute personne qui aura commis un outrage public à la pudeur, sera punie d'un emprisonnement de trois mois à un an d'emprisonnement, et d'une amende de seize francs à deux cents francs* ».

⁶²² Ancien Code pénal, article 283 et s.

⁶²³ Cass. crim. 27 oct. 1932, Bull. crim. n°220 : « *A la différence de l'attentat à la pudeur, la prévention d'outrage public à la pudeur n'a pas essentiellement pour objet la répression d'actes impudiques, en tant que commis à l'égard d'une personne déterminée, mais la réparation du scandale causé par de tels actes à raison de leur publicité* ». Ce raisonnement jurisprudentiel est transposable à l'outrage aux bonnes mœurs, toutes deux visant la protection du sens moral de la société.

⁶²⁴ Ancien Code pénal, article 283.

⁶²⁵ Ancien Code pénal, article 284.

“magister” fondée sur la protection de la morale publique, qui censura rigoureusement de nombreuses œuvres qui furent cachées, interdites de publication, voire détruites⁶²⁶.

L’ancien Code pénal incriminait également, l’outrage public à la pudeur. Était strictement prohibée toute représentation du sexe relative aux actes sexuels proprement dits, à l’exhibition des parties sexuelles et des gestes sexuels sans exhibition⁶²⁷. L’incrimination visait tout acte sexuel accompli⁶²⁸, véritable lieu de bannissement⁶²⁹, mais aussi toute apparition publique de la nudité.

Dans les textes, le législateur utilisait et mêlait les termes de « bonnes mœurs », de « pudeur » et de « morale » publiques, tous trois indéniablement associés à la sexualité et à la pornographie. Par essence insaisissables, car évolutives, ces notions ne faisaient l’objet d’aucune définition conceptuelle⁶³⁰. La pudeur, comme la morale ou les bonnes mœurs, se présente ainsi comme une norme évolutive de ce qui est subjectivement accepté et objectivement acceptable⁶³¹. Les juges du fond l’ont précisée en ce sens dès 1975⁶³². Si le défaut de définitions légales se traduisait par un pouvoir d’appréciation entièrement dévolu aux juges, il est certain qu’une protection double existait : tant de la pudeur/morale individuelle, que de la pudeur/morale collective.

La « révolution sexuelle »⁶³³ : vers la permission de la pornographie. Les modifications des mœurs des années 1960-1970, événements historiques déterminants qualifiés de véritable

⁶²⁶ En ce qui concerne la littérature, le recueil les *Fleurs du mal*, de Charles Baudelaire apparaît comme l’un des exemples les plus manifestes. En 1857, il publie la première édition de son recueil de poèmes. Deux mois après l’édition de l’œuvre, il est condamné pour outrage public à la pudeur et aux bonnes mœurs et contraint au retranchement de six poèmes. Cf. : Bruno PY, *Le sexe et le droit*, PUF, coll. « Que sais-je », n°3466, 1999, p. 109 : « Heureusement pour la poésie, le droit n’est pas resté sourd à l’évolution des mentalités et le législateur dans sa grande lucidité a prévu qu’un écrivain « maudit » puisse être pardonné. Aussi la loi du 25 septembre 1946, votée spécialement pour réhabiliter les « Fleurs du mal », a-t-elle permis de réviser le jugement de condamnation. Baudelaire, en son paradis des poètes, doit sourire de constater qu’après avoir été condamné parce que “les tableaux qu’il présente au lecteur conduisent nécessairement à l’excitation des sens par un réalisme grossier et offensant la pudeur” ; il a été innocenté pour être finalement aujourd’hui au programme officiel du Baccalauréat ! ».

⁶²⁷ Marcela IACUB, *Par le trou de la serrure*, Fayard, 2008, p. 9 : « Ainsi, grâce à la pudeur publique, la société de jadis pouvait couvrir d’un voile les choses du sexe afin qu’elles ne viennent pas perturber l’ordre social. (...) C’est ainsi que l’outrage public à la pudeur devient paradigmatique d’une société qui avait fait de la sexualité une menace, une activité honteuse et dangereuse contre laquelle il fallait se protéger ».

⁶²⁸ Par conséquent, un couple marié ne pouvait laisser libre cours à une manifestation charnelle de son amour en public. L’exercice même du devoir conjugal était réservé aux espaces privés.

⁶²⁹ Marcela IACUB, *Par le trou de la serrure*, Fayard, 2008, p. 9 : « Pour ne pas être condamné pour outrage public à la pudeur, il fallait faire preuve d’une vigilance et d’un zèle sans failles, la moindre négligence pouvant se révéler fatale. (...) Les passages qui faisaient communiquer la sexualité privée avec l’espace public pouvaient à tout moment transformer les nudités et les plaisirs pacifiques en un délit ».

⁶³⁰ Il existe toutefois des définitions subjectives de chacune de ces notions. Par exemple, les mœurs désignaient pour Montesquieu « la manière dont on doit jouir des plaisirs attachés à l’usage des sens et à l’union des corps » : MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, (1748), Gallimard, « Bibliothèque de la pléiade », t. II, 1951, p. 434.

⁶³¹ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 116 : « Les appréciations morales variaient naturellement d’une conscience de juge à un autre, et objectivement elles pouvaient être influencées par le climat du moment ». La pudeur, comme la morale ou les bonnes mœurs, présente tout d’abord une dimension subjective : c’est un sentiment vécu différemment par chacun, fonction de paramètres tels que l’âge, le milieu, l’éducation, la culture, la profession, le sexe... Par ailleurs, elle présente également une dimension objective fondée sur des valeurs universelles, variables selon les époques et les lieux.

⁶³² CA Limoges, 13 janv. 1975, D. 1976, somm. 17 : « la pudeur est un instinct moral qui interdit de montrer certaines parties du corps en raison de ce qu’elles se rattachent à l’acte sexuel, ou de faire devant d’autres personnes des gestes sexuels, des exhibitions ayant pour effet soit d’éveiller certains désirs chez autrui, soit de provoquer sa répulsion en raison de leur obscénité ».

⁶³³ Marcela IACUB, *Par le trou de la serrure*, Fayard, 2008, *passam*. L’auteur désigne la révolution sexuelle comme « la chute du mur de la pudeur publique ».

« révolution »⁶³⁴, ont bouleversé le système juridique en place avec l'émergence d'une morale du consentement fondée sur l'autonomie individuelle et ont facilité la dissociation entre le sexe-procréateur et le sexe-plaisir. Les nombreux interdits traditionnels ont vu leurs frontières reculer pour laisser plus de champ au « permis »⁶³⁵. Les fortifications imposées par le Droit, visant à protéger la société du mal de la nudité publique, ont peu à peu cédé. Pour autant, le législateur ne s'est pas totalement désinvesti, il s'est adapté et présente aujourd'hui de nouveaux interdits destinés à protéger une pudeur nouvelle.

Le nouveau Code pénal : une liberté encadrée de la pornographie. Outre le changement des mentalités et des pratiques, cette époque est surtout marquée par un changement des lois elles-mêmes, rien ne garantissant mieux les valeurs que reconnaît une société que la manière dont elle les protège et les impose par son système législatif⁶³⁶ : « *la révolution des mœurs a donc [également] été une révolution des lois* »⁶³⁷. Le véritable bouleversement découle de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal de 1992⁶³⁸, qui a supprimé les anciennes incriminations et substitué aux mots « pudeur », « morale » et « bonnes mœurs », qui disparaissent du lexique utilisé pour ne plus retenir que le vocable de « sexe »⁶³⁹. L'appréhension juridique des infractions liées aux activités sexuelles n'est plus empreinte de considérations morales ou religieuses. Le Droit français est passé d'un « régime des mœurs » à un « régime du sexe »⁶⁴⁰, axé sur l'idée de la liberté sexuelle. Ainsi, si le Code pénal de 1992 prévoit que toute activité sexuelle est potentiellement permise, elle est également potentiellement illégale⁶⁴¹. La liberté sexuelle est assujettie à une double limite juridique : le respect d'autrui et la minorité⁶⁴².

⁶³⁴ Si la révolution sexuelle ne doit pas être entendue comme un dénouement, une fin en soi, ni même comme un renversement fulgurant à elle seule des mœurs, nul ne contestera qu'elle a engendré une marche vers une libéralisation du nu et une désacralisation de la sexualité.

⁶³⁵ Marcela IACUB et Patrice MANIGLIER, *Antimanuel d'éducation sexuelle*, Bréal, 2005, p. 29 : « Rien n'est plus caractéristique du succès de la "révolution sexuelle" que ce renversement dans les discours : ce n'est plus celui qui témoigne d'un goût prononcé pour les choses du sexe qui est un vicieux, mais celui qui s'en sent coupable qui est un malade ».

⁶³⁶ Henri LECLERC, *Le nouveau Code pénal*, Seuil, coll. « Point », 1994, p. 12 : « Un Code pénal n'est pas seulement une collection de textes répressifs. Au travers des interdits qu'il définit et de leur gravité relative se dessinent en creux les valeurs qu'une société veut protéger et leur hiérarchie ».

⁶³⁷ Marcela IACUB et Patrice MANIGLIER, *Antimanuel d'éducation sexuelle*, Bréal, 2005, p. 71 : « La révolution sexuelle est donc passée par toute une série de réformes qui ont cherché à mettre le droit en conformité avec les nouvelles valeurs de la modernité sexuelle et familiale ».

⁶³⁸ Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal, JORF 23 juill. 1992, p. 9864.

⁶³⁹ Marcela IACUB, *Par le trou de la serrure*, Fayard, 2008, p. 11 : « C'est désormais le mot "sexe" qui allait organiser l'ensemble des crimes et délits contre les mœurs. Le sexe, libéré de sa prison victorienne, dont on ne cesse de reconnaître la puissance tout à la fois épanouissante et destructrice. Le sexe qui allait prendre la place du mariage comme source des droits et des destins. Et sa victoire fracassante poussa le mot "pudeur" qui le cachait à sortir du présent et à entrer dans cette forme de l'oubli qu'est l'histoire ».

⁶⁴⁰ Marcela IACUB, *Le crime était presque sexuel, et autres essais de casuistique juridique*, Flammarion, 2002, *passam*.

⁶⁴¹ Marcela IACUB, *Par le trou de la serrure*, Fayard, 2008, p. 245 : « Le Sexe qui résulte du nouveau Code pénal se présente d'abord chez chaque individu non pas comme une force, mais comme une faiblesse. Il peut être comparé à une faille que chacun porte en lui, susceptible de détruire, de corrompre, de tuer sinon physiquement, du moins psychiquement » ; Marcela IACUB, *Le crime était presque sexuel, et autres essais de casuistique juridique*, Flammarion, 2002, p. 51 : il s'agit de « rendre la totalité du sexe, y compris le sexe dans le mariage, potentiellement criminel ».

⁶⁴² Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Précis », 5^e éd., 2006, p. 549 : « Les codes modernes ne s'intéressent plus aux actes constituant des vices, selon la loi morale, ou des péchés, selon la loi religieuse, lesquels ne relèvent que de la conscience individuelle. Ils ne les répriment que si, par une autre circonstance, ces comportements se révèlent socialement dangereux, par exemple s'ils sont commis avec violence, si, commis publiquement, ils offensent la pudeur d'autrui ou, encore, s'ils concernent un mineur ».

« *O tempora, o mores* »⁶⁴³. Cet adage symbolise pleinement les fruits de la révolution sexuelle qui a indéniablement entraîné un bouleversement progressif des mœurs traditionnelles⁶⁴⁴. La société actuelle semble non seulement avoir admis certaines représentations sexuelles, mais la nudité est même régulièrement recherchée : le nu, véritable vecteur, inonde tous les supports de communications. Les représentations artistiques – au sens large – de la sexualité, parfois critiquées ou tournées en ridicule pour des raisons d'ordre culturel, religieux ou moral, ne connaissent plus que de faibles assauts du Droit. Alors que les gestes permis sur le corps sont désormais plus limités – la protection du corps s'étant considérablement renforcée ces dernières décennies – le regard sur le corps est lui beaucoup plus sollicité. Si aujourd'hui encore, l'image sexuelle, objet des arts ou mode de vie, suscite parfois une volonté de prohibition par des personnes qui n'en supportent pas la vue, l'intervention du Droit en la matière n'est plus que très modérée.

La pornographie : la protection des seuls mineurs. La législation française impose de nos jours que la pornographie se cantonne exclusivement à des représentations sexuelles de personnes adultes pour des personnes adultes. Le système juridique français se concentre aujourd'hui sur la protection de la jeunesse. Par le Code pénal tout d'abord, le mineur est protégé à un double niveau : non seulement en tant que « spectateur », mais aussi en tant qu'« acteur ». L'article 227-24 du Code pénal⁶⁴⁵ interdit la pornographie accessible aux mineurs (ils ne peuvent en être spectateurs). Le Droit pénal français interdit également la pornographie préjudiciable au mineur du fait de la représentation de son corps au travers de l'article 227-23 du Code pénal⁶⁴⁶ (il ne peut être objet de scènes pornographiques). Un autre dispositif juridique limite la pornographie : il s'agit de l'article 14 de la loi du 16 juillet 1949⁶⁴⁷ sur les publications destinées à la jeunesse, qui instaure un régime de contrôle pour les publications destinées à la jeunesse, et qui, en raison de leur contenu, peuvent faire l'objet de restrictions plus ou moins sévères de diffusion (allant de l'interdiction de vente aux mineurs à l'interdiction de publicité) par arrêté du ministre de l'Intérieur.

⁶⁴³ « Autre temps, autres mœurs », CICERON, *Catilinaires*, I, 1.

⁶⁴⁴ Georges SIMENON, *Conversation avec Simenon*, La sirène/Alpen, 1990 : « Une vraie révolution ne peut commencer que par la morale. Qu'est-ce que la morale sinon une sorte de codification des règles de vie. On ne peut rien changer durablement, tant qu'on ne change pas les règles de vie ». Marcela IACUB, *Par le trou de la serrure*, Fayard, 2008, p. 239 : « on peut en effet concevoir la révolution des mœurs et les renversements spectaculaires qu'elle a provoqués dans nos manières de jouir, d'aimer, de procréer, de regarder, de voir, de transgresser et d'obéir aux lois comme le résultat de la substitution du mariage par le Sexe ».

⁶⁴⁵ C. pén., art. 227-24 : « Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur (...) ».

⁶⁴⁶ C. pén., art. 227-23 : « Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende. Le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter, est puni des mêmes peines. (...) Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation ou de détenir une telle image ou représentation par quelque moyen que ce soit est puni de deux ans d'emprisonnement et 30000 euros d'amende (...) ».

⁶⁴⁷ Loi n°49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse, JORF 19 juill. 1949, p. 7006, article 14.

B. Le régime administratif des films pornographiques

Le septième Hard. Dans les années 1970-1975, les films présentant un caractère sexuel explicite sont autorisés et empruntent les circuits de la grande distribution⁶⁴⁸. Dès lors, la pornographie se développe ouvertement et offre des titres de films de plus en plus explicites : *Gorge profonde*⁶⁴⁹, *L'Amour à la bouche*⁶⁵⁰, *Les Jouisseuses*⁶⁵¹, *Les Onze mille verges*⁶⁵², *Les Tripoteuses*⁶⁵³, *Bijoux de famille*⁶⁵⁴, *L'Empire des sens*⁶⁵⁵... C'est l'Age d'or du cinéma pornographique⁶⁵⁶.

Le classement général des films. Selon l'article L221-1 du Code du cinéma et de l'image animée, « *la représentation cinématographique est subordonnée à l'obtention d'un visa d'exploitation délivré par le ministre chargé de la culture* »⁶⁵⁷ (ancien article 19 du Code de l'industrie cinématographique). En France, l'attribution des visas d'exploitation est organisée par le décret du 23 février 1990⁶⁵⁸, qui abroge le décret du 18 février 1961⁶⁵⁹ : il s'agit de classer les œuvres cinématographiques afin de « protéger la jeunesse ». Avant 1961, le décret du 3 juillet 1945⁶⁶⁰ organisait un système de contrôle purement indicatif : l'avis préalable⁶⁶¹. Sous l'empire du décret de 1961, quatre mesures d'interdiction peuvent être prises⁶⁶² : l'interdiction totale du film, l'interdiction de son exportation, l'interdiction de la représentation aux mineurs

⁶⁴⁸ Albert MONTAGNE, *Histoire juridique des interdits cinématographiques en France (1909-2001)*, L'Harmattan, 2007, p. 153 : « *en 1975, pour la première fois, dans un film commercial Claudine Beccarie fait "tout" en direct sur l'écran avec des partenaires des deux sexes dans Exhibition de Jean François David : les tabous explosent en tout sens* » et *la France profonde s'enfoncé bien vite dans le porno* ».

⁶⁴⁹ Réalisé par Gérard DAMIANO (1972).

⁶⁵⁰ Réalisé par Gérard KIKOINE (1974).

⁶⁵¹ Réalisé par Michaël NINN (1974).

⁶⁵² Réalisé par Eric LIPMANN (1974).

⁶⁵³ Réalisé par Lucien HUSTAIX (1975).

⁶⁵⁴ Réalisé par Jean-Claude LAUREUX (1975).

⁶⁵⁵ Réalisé par Nagisa OSHIMA (1976).

⁶⁵⁶ Albert MONTAGNE, *Histoire juridique des interdits cinématographiques en France (1909-2001)*, L'Harmattan, 2007, p. 154 : « *En 1974, le marché du "doux sexe" représente 17,5% du marché cinématographique français, avec, en maîtresse incontestée, Emmanuelle, de Just JAECKIN, millionnaire avec 1 342 921 entrées. Loin derrière, et pourtant bien placés, 9 films totalisent plus de 100 000 entrées : Contes immoraux (359 738), Les Mille et une nuits (262 182), Dorothea (143 853), Les Impures (142 273), Les Charnelles (134 819), Couples du bois de Boulogne (120 728), Les Collectionneuses (111 061), Chaleurs Danoises (108 687) et Club privé pour couples avertis (100 144). Suivent 19 films de plus de 50 000 entrées, puis 70 films de plus de 14 000 entrées* ».

⁶⁵⁷ Code du cinéma et de l'image animée, art. L211-1 : « *La représentation cinématographique est subordonnée à l'obtention d'un visa d'exploitation délivré par le ministre chargé de la culture. Ce visa peut être refusé ou sa délivrance subordonnée à des conditions pour des motifs tirés de la protection de l'enfance et de la jeunesse ou du respect de la dignité humaine. Les conditions et les modalités de délivrance du visa sont fixées par décret en Conseil d'Etat* ».

⁶⁵⁸ Décret n°90-174 du 23 février 1990, JORF 25 févr. 1990, p. 2450, pris pour l'application des articles 19 à 22 du code de l'industrie cinématographique et relatif à la classification des œuvres cinématographiques.

⁶⁵⁹ Décret n°61-62 du 18 janvier 1961, JORF 19 janv. 1962.

⁶⁶⁰ Décret n°45-1472 du 3 juillet 1945, application de l'ordonnance 45/464 du 3 juillet 1945 – visa d'exploitation pour la représentation et l'exploitation des films, JORF 4 juill. 1945, p. 4072.

⁶⁶¹ Cet avis ne peut pas s'analyser comme une véritable « censure », il s'agit d'une simple mise en garde. Selon l'article 2 du décret du 3 juillet 1945, une commission de contrôle des films peut être saisie des projets de films suffisamment élaborés (scénarios, synopsis, extraits) et émettre un avis provisoire. Elle formule toutes observations utiles et/ou des réserves. Cet avis provisoire ne confère aucun droit, ni aucune protection, au producteur de film : l'avis provisoire ne peut constituer, au mieux, qu'une précaution, un avis éclairé pour le dit producteur. La « censure » n'intervient à proprement parlé que depuis l'exigence de l'obtention d'un visa en 1961.

⁶⁶² Peu importe la mesure décidée par le ministre, le décret de 1861 prévoit la possibilité de subordonner cette décision à des modifications du film (principalement des coupures des scènes litigieuses).

de 18 ans et l'interdiction de la représentation aux mineurs de 13 ans⁶⁶³. Le décret de 1961 ne prévoit pas expressément qu'un film revêtant un caractère pornographique fasse automatiquement l'objet d'une interdiction aux mineurs de 18 ans. L'appréciation appartient au ministre de l'Information, après avis d'une commission de contrôle.

Le décret du 23 février 1990 modifie ce classement des films. Il prévoit qu'un visa peut ne pas être obtenu, ou qu'il peut autoriser la représentation de l'œuvre cinématographique pour tout public, l'interdire aux mineurs de 12 ou 16 ans⁶⁶⁴, ou encore être classée comme un film dit X (en cas de scènes pornographiques ou d'incitation à la violence). Le visa d'exploitation est ainsi délivré par le ministre en charge du cinéma⁶⁶⁵, c'est-à-dire le ministre de la Culture, après avis d'une commission de classification du Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC), baptisée « commission de classification des œuvres cinématographiques ». Elle est principalement composée de professionnels du cinéma⁶⁶⁶. Le ministre classe un film dans la catégorie qui lui semble la plus opportune essentiellement en fonction de l'âge du public⁶⁶⁷.

La classification ainsi opérée régleme l'accès aux salles de cinéma et la diffusion des films. Dès lors, la question de l'assimilation de l'obtention d'un visa à une forme de « censure » se pose⁶⁶⁸. La doctrine est divisée sur la qualification à donner à ce système d'autorisation préalable. Certains l'assimilent à une véritable « censure »⁶⁶⁹. D'autres préfèrent le terme de régulation⁶⁷⁰ : « *le régime d'autorisation préalable à la diffusion cinématographique n'a pas pour objet une réelle interdiction : si le film ne peut être vu par certains publics, il n'est en effet quasiment jamais interdit de diffusion* »⁶⁷¹.

Le classement X : la mise en place d'une « censure fiscale »⁶⁷² ? En 1975, environ 25 % des salles projettent des films érotiques ou pornographiques⁶⁷³. La «sexploitation» dérange et la pornographie est accusée de nombreux maux contemporains, telle la libéralisation des mœurs (trop grande pour beaucoup) ou l'augmentation de la délinquance (principalement juvénile). Pour lutter contre cette « *invasion des films X au cinéma* »⁶⁷⁴, la loi de finances pour 1976⁶⁷⁵

⁶⁶³ Le décret de 1861 prévoit la possibilité pour les maires, par arrêté municipal, d'étendre l'interdiction de la représentation aux mineurs de 13 ans, aux mineurs de 16 ans s'ils l'estiment nécessaire.

⁶⁶⁴ Charles DEBBASCH, *Droit de l'audiovisuel*, Lamy, 3^e éd., 1995, n°770 : Instituée en 1990, l'interdiction aux moins de seize ans est une manifestation de l'évolution des mœurs, elle « *visé maintenant les films érotiques ou para-X, qui étaient auparavant interdits aux moins de 18 ans* ».

⁶⁶⁵ Le ministre peut également formuler des avertissements sur le contenu ou la particularité d'un film pour lequel il a accordé un visa d'exploitation. Il s'agit pour lors de véritables préconisations, qui ne lient pas les producteurs de films de cinéma.

⁶⁶⁶ Le président, nommé pour deux ans par décret du Premier ministre, est un membre du Conseil d'Etat. La commission comprend 27 membres, répartis en quatre collèges : les professionnels, les experts, les jeunes de 18 à 25 ans et les représentants de l'administration.

⁶⁶⁷ Pour des développements supplémentaires sur le régime d'exploitation cinématographique, voir notamment : Marc LE ROY, « Cinéma », *J.-Cl. Adm.* 2010, fasc. 267.

⁶⁶⁸ Notons qu'une partie de la doctrine souhaiterait voir abandonner le système de l'autorisation préalable pour lui substituer une simple déclaration préalable. V° notamment LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Collin, 8^e éd., 2009, n°49.

⁶⁶⁹ Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Collin, 8^e éd., 2009, p. 513.

⁶⁷⁰ Jean MORANGE, « Censure, liberté, protection de la jeunesse », *RFDA* 2000, p. 1311.

⁶⁷¹ Marc LE ROY, « Cinéma », *J.-Cl. Adm.* 2010, fasc. 267, n°49.

⁶⁷² Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Collin, 8^e éd., 2009, p. 513 : le professeur Lebreton s'insurge du système mis en place, qu'il qualifie de véritable « *censure fiscale* ».

⁶⁷³ Philippe MAAREK, *La censure cinématographique*, Litec, 1982, p. 86.

⁶⁷⁴ Francis CABALLERO, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, n°442.

⁶⁷⁵ La vague de protestations conduit à l'adoption de mesures restrictives à l'égard de l'expression cinématographique pornographique. La réforme administrative est longuement préparée en deux tumultueuses séances du 23 octobre 1975 et du 3 novembre 1975. Les débats du 23 octobre se prolongent tard dans la nuit du 24 octobre, amusément surnommée « *La nuit des longs ciseaux* » par Raymond Lefèvre (Raymond LEFEVRE, « *La nuit des longs ciseaux* », in *La Revue du cinéma Image et Son*, n°303, févr. 1976, p. 48 et s.). C'est ainsi

instaure un nouveau classement des films (par rapport au classement prévu par le décret de 1961), la mention X, le « *ixage* »⁶⁷⁶. Après dix-huit mois de libération, le film pornographique se voit de nouveau confiné dans des salles spécialisées. Cette loi repose sur un régime économique et fiscal très sévère, aux conditions particulières dépassant la simple restriction d'âge (même si les films classés X sont évidemment interdits aux mineurs de moins de 18 ans). Cette nouvelle réglementation des films pornographiques revient, selon un auteur, « *à légaliser le porno en le taxant* »⁶⁷⁷.

Les articles 11 et 12 de la loi de finances du 30 décembre 1975 prévoit qu'une commission, la commission de contrôle des films pornographiques⁶⁷⁸, donne un avis consultatif, préalable à la décision du ministre chargé du cinéma, favorable ou défavorable au classement X d'un film⁶⁷⁹. L'article 11 de ladite loi institue différentes catégories d'impôts ou taxes sur les films classés X et sur les droits d'entrée des salles dans lesquelles ces films sont projetés :

- un prélèvement spécial de 33% des bénéfices imposables à l'impôt sur les sociétés (bénéfices industriels ou commerciaux) ou à l'impôt sur le revenu qui résulte de la production, de la distribution ou de la représentation des films pornographiques⁶⁸⁰ ;
- le taux de TVA est augmenté par rapport au taux applicable aux films non X⁶⁸¹ : les réductions et exonérations de TVA ne sont pas applicables aux films dits X, c'est-à-dire que la TVA est perçue au taux normal de 19,6% sur les droits d'entrées et les cessions de droits portant sur ces films⁶⁸² ;
- la taxe additionnelle au prix des places est multipliée par 1,5 si un film pornographique est projeté⁶⁸³ ;
- les films étrangers classés X connaissent une taxe forfaitaire supplémentaire de 300 000 francs pour un long métrage et de 150 000 francs pour un court métrage.

En plus de cet alourdissement fiscal, l'article 12 de la loi de finances pour 1976 institue un régime économique hostile : « le soutien financier traditionnellement accordé par l'Etat à l'industrie cinématographique est totalement exclu pour la production et la distribution de films classés »⁶⁸⁴. Les films pornographiques et les salles⁶⁸⁵ où ils sont projetés sont exclus du

qu'est votée la loi du 30 décembre 1975, qui organise une procédure de contrôle économique des films dits « *pornographiques ou d'incitation à la violence* » : Loi n°75-1278 du 30 décembre 1975, loi de finances pour 1976, JORF 31 déc. 1975, p. 13567.

⁶⁷⁶ Expression empruntée à Christophe BIER, *Censure-moi - Histoire du classement X en France*, L'esprit frappeur, 2000, p. 7.

⁶⁷⁷ Xavier DELPECH, « La lutte contre la pornographie à l'écran : décrets n°75-1010 du 31 octobre 1975 et n°76-11 du 6 janvier 1976 », *JCP G* 1976, I, n°2725.

⁶⁷⁸ L'actuelle commission de classification des œuvres cinématographiques.

⁶⁷⁹ Si le ministre de la Culture envisage une mesure plus sévère que l'avis de la commission, la loi de 1975 prévoit qu'il doit lui demander un nouvel examen avant de prendre une décision définitive.

⁶⁸⁰ CGI, art. 1605 *sexties*.

⁶⁸¹ Code du cinéma et de l'image animée, art. L334-1 : les films non classés X se voient appliquer un taux réduit de 5,5%.

⁶⁸² CGI, art. 279 *bis*, 3°.

⁶⁸³ CGI, art. 1609 *duovicies*.

⁶⁸⁴ Francis CABALLERO, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, n°447.

⁶⁸⁵ Code du cinéma et de l'image animée, art. L311-2. Par ailleurs, les exploitants spécialisés sont privés des primes d'encouragement à l'animation de leurs salles (arrêté du 23 janvier 1980, JORF 5 févr. 1980, p. 429 ; arrêté du 24 janvier 1992, JORF 1 févr. 1992, p. 1621) et les billets d'entrée des salles ne sont pas exonérés du droit de timbre, contrairement au billet d'entrée des films non classés X (art. 18 de la loi de 1975).

bénéfice de toute aide ou de subvention⁶⁸⁶. Du reste, aucun prix ni aucune récompense ne peut être attribuée à un film à caractère pornographique⁶⁸⁷.

« *Trop d'impôts tue l'impôt* »⁶⁸⁸ : les producteurs, distributeurs et exploitants de films X, visés par ce régime économique et fiscal très alourdi, ne résistent pas à ces nouvelles mesures. D'autant que la concurrence est rude avec l'apparition des vidéos-cassettes et magnétoscopes. Les salles de cinéma spécialisées se raréfient et sont aujourd'hui un lieu en voie de disparition⁶⁸⁹.

Cette réglementation des films à caractère pornographique est souvent décriée par la doctrine⁶⁹⁰. Qualifiée de véritable « *censure fiscale* »⁶⁹¹ qui vise à « *cantonner [la pornographie] dans un ghetto et tenter de l'affaiblir en prenant le parti d'en réduire la rentabilité* »⁶⁹². Dès son entrée en vigueur, la loi permet au ministre de la Culture de frapper d'un X infamant de nombreux films, autrefois simplement interdits aux moins de 18 ans⁶⁹³.

La création de l'interdit aux moins de 18 ans. Créée à la suite du contentieux relatif au film *Baise-moi* de Virginie Despentes et Coralie Trinh-Thi en mai 2000⁶⁹⁴, l'interdiction aux mineurs de moins de 18 ans⁶⁹⁵ emporte des conséquences sur la classification X⁶⁹⁶. Dans les

⁶⁸⁶ Au stade de la production, les films pornographiques sont exclus du soutien automatique accordé aux entreprises de production (décret n°79-928 du 30 octobre 1979, JORF 1 nov. 1979, p. 2722), du soutien sélectif de certaines œuvres (décret n°76-384 du 22 avril 1976, JORF 2 mai 1976, p. 2629) et du soutien financier des courts métrages (arrêté du 17 mars 1978, JORF 1 avril 1978, p. 1409 ; arrêté du 22 février 1977, JORF 17 mars 1977, p. 1457). Au stade de la distribution, une exclusion de toute aide financière est prévue pour les salles spécialisées dans la diffusion de films à caractère pornographique et une exclusion partielle pour les salles dont la programmation n'est que partielle (arrêté du 16 février 1976, JORF 25 févr. 1976, p. 1378).

⁶⁸⁷ Arrêté du 28 avril 1980, JORF 15 mai 1980, p. 4323.

⁶⁸⁸ Francis CABALLERO, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, n°448.

⁶⁸⁹ *Le film français*, 15 juill. 1977, n°1685, « dossier X » : D'après la revue, les salles qui programment des films pornographiques s'élèvent à 3000 en 1974-75. Au 31 mars 1976, elles ne sont plus qu'au nombre de 111.

Bruno PY, *Le sexe et le droit*, PUF, coll. « Que sais-je », n°3466, 1999, p. 112 : « *Il n'est donc pas étonnant qu'en vingt ans le nombre de salles ait été divisé par 3 et que les spectateurs de films X qui représentaient 10% de l'ensemble du public de cinéma en 1972 ne soient plus aujourd'hui que quelques millièmes* ».

Certains auteurs (V° *Guide du paris sexy*, La Musardine, 2005, p. 80) affirment qu'il n'existe plus aujourd'hui qu'une seule salle spécialisée, à Paris, le Béverley. Nous appelons à plus de prudence, puisque par exemple, la ville de Metz, en Lorraine, semble toujours avoir un cinéma « porno », *Le Royal*, en activité (Le royal, 2 rue Gambette, 57 000 Metz). D'autres cinémas pornographiques existent peut-être également dans d'autres villes...

⁶⁹⁰ Olivier LECUCQ, « L'expression cinématographique, le juge administratif et la constitution », *LPA* 15 déc. 2000, n°250, p. 9, note sous CE, Sect., 30 juin 2000 : « *La prolifération des films pornographiques sur les écrans constatée à partir de l'année 1974 a conduit, comme il a été signalé plus haut, le législateur à introduire une « censure fiscale et financière » à leur endroit aux fins d'enrayer leur développement, le dispositif ayant été étendu aux films d'incitation à la violence* ».

⁶⁹¹ Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, op. cit.

⁶⁹² Xavier DAVERAT, « La pornographie au cinéma : pour une nouvelle approche juridique », *Gaz. Pal.* 11-13 mai 2003, doct. p. 1388.

⁶⁹³ Par un arrêté en date du 9 janvier 1976, 161 films sont ainsi recensés et classés X. Certains présentent un titre explicite (par ex. : *La Grande Partouze*, *Les Défonceuses*, *Cuisses en chaleur*, *La Chatte sur un doigt brûlant*, *Orgies collectives*...). D'autres intitulés se montrent plus discrets ou plus subtils (par ex. : *Pourquoi font-elles ça ?*, *La Planque 2*, *Le Sublime Délire*, *C'est bon pour la santé*, *La Grande partie*...). Il faut noter l'effort « littéraire » de certains titres de films (*La cueillette des cerises*, *Je prends la chose du bon côté*, *Le sexe à la barre*, *Le tango du matelas*, *Sexuellement vôtre*...), voire même « poétique ou romantique » (*L'Hippopotamours*, *Dans la chaleur de Julie*, *Les Amours difficiles*, *En Amour ça va ça vient*, *Amours interdites*...).

⁶⁹⁴ Le film relate les aventures de deux jeunes filles, Nadine et Manu, qui présentent de nombreux points communs : sexe, drogue, alcool, violence. Le 28 juin 2000, le film sort dans 64 salles de cinémas.

⁶⁹⁵ Décret n°2001-618, 12 juill. 2001, modifiant le décret n° 90-174 du 23 février 1990 pris pour l'application des articles 19 à 22 du code de l'industrie cinématographique et relatif à la classification des œuvres cinématographiques, JORF 13 juill. 2001, p. 11242.

⁶⁹⁶ Pierre TIFINE et Nelly ACH, « La police du cinéma et la liberté artistique », *LPA* 18 déc. 2001, p. 14.

deux cas, les films ne peuvent pas être vus par les mineurs, mais la seule classification « interdit aux moins de 18 ans » évite à un film d'être astreint au régime fiscal contraignant lié à la classification X et à l'impossibilité d'être diffusé en salles.

Qu'est-ce qu'un film classé X ? La loi de finances pour 1976 vise les films pornographiques ou d'incitation à la violence⁶⁹⁷. Le critère de classement X n'est pas défini par le législateur⁶⁹⁸. Ce dernier se contente de considérer que cette catégorie recouvre les films pornographiques ou d'incitation à la violence. Lors des débats, la majorité des parlementaires semblent d'accord pour condamner la pornographie, certains voyant en elle « *un fruit avancé du capitalisme* »⁶⁹⁹ ou encore « *une branche malsaine sur un arbre malade* »⁷⁰⁰. Seuls quelques sénateurs soulèvent l'obscurité du terme⁷⁰¹. Mais aucun ne cherche à la définir⁷⁰².

L'inconvénient majeur pour la liberté cinématographique réside dans cette absence de définition de la notion de pornographie. Afin d'éviter un classement X infondé, et en l'absence de critère légal précis, le Conseil d'Etat est appelé à devenir juge qualificatif, seul juge compétent pour statuer sur le caractère pornographique ou violent d'un film. À compter de l'arrêt du 30 juin 2000⁷⁰³, l'une des décisions relatives au célèbre film *Baise-moi*, le Conseil d'Etat modifie l'utilisation de deux critères qu'il a dégagé. En 1979, la présence de scènes montrant une activité sexuelle non simulée (le critère objectif) constitue une condition suffisante au classement X, mais non nécessaire⁷⁰⁴. En 2000, « *la présence dans le film d'actes sexuels non simulés tend à devenir un critère subsidiaire* », encore faut-il qu'il existe un but pornographique (critère subjectif)⁷⁰⁵. Les deux critères se situent ainsi désormais sur un même champ d'égalité. Le critère objectif se trouve absolument nécessaire : un film ne peut plus être qualifié de pornographique s'il ne contient pas de scènes de sexe non simulées (le critère subjectif ne peut pas passer outre cette matérialité exigée). Toutefois, plus souvent encore que par le passé, le critère subjectif permet d'empêcher l'inscription sur la liste X dès lors que l'objet

⁶⁹⁷ Nathalie NICOLIC, « Erotisme versus pornographie : évolution institutionnelle d'une frontière surveillée par le système juridique », PUF, coll. « Cités », 2003/3, n°15, p. 69 : « *En somme, le classement "X" a été créé à l'origine pour caractériser deux types de films, les films violents classés sous le "X violence" et les films pornographiques classés sous le "X pornographique"* ».

⁶⁹⁸ Le « X violence » ne fera pas l'objet de développements. Notons toutefois, que la majorité des décisions ministérielles litigieuses concernent le « X pornographique » et non le « X violence ».

⁶⁹⁹ JO déb. Ass. nat. 23 oct. 1975, p. 2782.

⁷⁰⁰ JO déb. Sénat 22 nov. 1975, p. 3602.

⁷⁰¹ V° par ex. : M. Francis PALMERO, JO Déb. Sénat, 15 avril 1975, p. 454 : « *Comment définir la frontière entre le cinéma pornographique et le cinéma érotique ? Nous sommes conscients de la difficulté d'établir des critères précis* » ; M. Jacques CARAT, JO Déb. Sénat, 22 nov. 1975, p. 3616 : « *La frontière est parfois très indécise entre ce qui est pornographique et ce qui est audace sur le plan de la sexualité (...)* ».

⁷⁰² Pareillement, il n'existe aucune définition de la notion de pornographie dans les décrets et arrêtés liés à la loi de 1976 : le décret n°76-1226 du 28 décembre 1976 fixant les conditions d'application et la date d'entrée en vigueur du prélèvement et de la taxe spéciale instituées par l'article 11-II de la loi de finances du 30 décembre 1975 (JORF 29 déc. 1976, p. 7557) ; le décret n°76-11 du 6 janvier 1976 portant application des dispositions de l'article 12 de la loi de finances pour 1976 (JORF 9 janv. 1976, p. 309) ; arrêté du 16 février 1976 portant application des dispositions du décret du 6 janvier 1976 relatif au soutien financier de l'Etat à l'industrie cinématographique (JORF 29 févr. 1976, p. 1378).

⁷⁰³ CE, Sect., 30 juin 2000, Req. n°222.194 et 222.195 ; *AJDA* 2000, p. 609 ; *AJDA* 2000, juripr., p. 674 ; *Comm. com. électr.* 2000, n°9, comm. 95 ; *D.* 2000, IR, p. 201 ; *D.* 2001, p. 590 ; *Lebon* 2000, p. 265 ; *LPA* 2000, n°250, p. 9 ; *Légipresse* 2000, n°174, III, p. 129 ; *RFDA* 2000, p. 1282 ; *RFDA* 2000, p. 1311.

⁷⁰⁴ Une éventuelle absence de scènes de sexe non simulées peut être compensée par l'intention pornographique du réalisateur.

⁷⁰⁵ CE, Sect., 30 juin 2000, n° 222.194 et n°222.194 ; *Lebon* 2000, p. 265.

du film ne présente aucun but pornographique (même si le film contient des scènes de sexe non simulées, même répétées)⁷⁰⁶.

2) La marchandisation de l'image pornographique

La « marchandisation ». La marchandisation est un terme controversé qui ne connaît pas de définition juridique propre. Elle concerne la diffusion supposée de ce que l'on peut acheter ou vendre sur les marchés. Le processus consiste originellement à l'expansion d'échanges uniquement marchands. Plus récemment, le mécanisme a évolué vers la transformation de tous les échanges initialement non marchands en marchandise classique⁷⁰⁷. Le domaine de la santé en est un parfait manifeste : à l'ère du rayonnement informatique – avec notamment l'essor de l'Internet – la médication connaît une croissance exponentielle ; un nombre considérable de sites, mettant en relation des vendeurs et acheteurs de « soins virtuels », a vu le jour ces derniers temps.

Les services du corps, une marchandise contemporaine ? « *Promenons-nous ensemble sur le marché : que trouve-t-on ? (...) on peut et on a toujours pu acheter la vie végétale ou animale...et nul n'a jamais été choqué* »⁷⁰⁸. La logique consumériste moderne a modifié la vision traditionnelle du marché pour aller jusqu'à inviter les prestations du corps humain en son sein. La santé n'est pas le seul nouveau produit négocié sur les marchés : rien ne semble pouvoir échapper au processus de marchandisation et à la monétarisation des rapports sociaux. Ainsi, sans aller jusqu'à opérer une rétroaction du système juridique qui permettait l'achat et la vente d'esclaves considérés comme des choses⁷⁰⁹, les prestations sexuelles en particulier, s'analysent à présent comme des objets de commerce conditionnés par le jeu de l'offre et de la demande, qu'ils s'agissent des actes (la prostitution) ou de ses représentations (la pornographie). Si la mutation de l'activité humaine en marchandise est caractéristique des sociétés modernes, la seule production humaine – sexuelle dans le cas présent – peut faire l'objet d'une commercialisation, non la personne qui aliène ses services sexuels⁷¹⁰.

A. De la liberté de marchander l'image sexuelle de son corps

Le principe de la libre disposition de son corps. Le corps humain fait l'objet de nombreuses discussions juridiques. Le principe de la libre disposition de son corps⁷¹¹ n'en est qu'une des nombreuses illustrations : la doctrine débat depuis longtemps de la possibilité pour chaque individu de disposer librement de son corps et de ses éléments. La conciliation du principe

⁷⁰⁶ CABALLERO Francis, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, n°445 : « Si la représentation de scènes de sexe s'intègre dans une histoire construite dont elles ne sont que l'accessoire, le film doit être considéré comme une œuvre [non pornographique] ; si elle constitue le but principal du réalisateur dont l'intrigue n'est qu'un prétexte à leur répétition, le film est un produit pornographique ».

⁷⁰⁷ POULIN Richard, « Le temps de la vénalité sexuelle. Prostitution, crime organisé et marchandisation », *Actuel Marx en ligne* 2004, n°28 : « Dans la mondialisation neo-libérale actuelle, rien ne semble pouvoir échapper au processus de marchandisation (...). L'extension du champ monétaire entraîne la transformation en marchandise de ce qui n'est pas produit pour être marchandise ».

⁷⁰⁸ LABBEE Xavier, « La personne, l'âme et le corps », *LPA* 2002, n°243, p. 5.

⁷⁰⁹ CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, LGDJ, 9^e éd., 1998, p. 213.

⁷¹⁰ LABBEE Xavier, « La personne, l'âme et le corps », *LPA* 2002, n°243, p. 5 : « Toujours est-il qu'il y a une certitude : on peut trouver sur le marché des choses. On n'a jamais pu, et l'on ne pourra jamais mettre sur le marché des personnes ».

⁷¹¹ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, article 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

d'indisponibilité du corps humain⁷¹² et de l'autonomie de la personne est souvent délicate et le Droit témoigne de préférences vacillantes selon les situations et les époques⁷¹³. Sans aller encore jusqu'à une assimilation du corps à une simple chose dont l'individu serait propriétaire, le système juridique contemporain gravite autour d'une morale du consentement fondée sur l'autonomie individuelle.

Mais le consentement, bien que pôle central déterminant dans bien des situations, n'a pas toujours une force effective décisive. Le principe de l'indisponibilité du corps humain conduit à restreindre le principe de la libre disposition de son corps : un individu ne dispose pas toujours de son corps comme il l'entend. Par exemple, il ne peut que faire don de son sang et de ses organes. Néanmoins, la reconnaissance d'un droit à disposer de soi, même non absolu, limité, existe⁷¹⁴. La libre disposition de son corps est même, selon la Cour Européenne des Droits de l'Homme, une partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle⁷¹⁵.

Les services sexuels : une marchandise légale. L'autonomie « *présume le sujet apte à effectuer des choix l'engageant, à définir ce qui est bon pour son plaisir et nécessaire à son épanouissement* »⁷¹⁶. Le principe de la libre disposition de son corps permet jusqu'à l'utilisation de son propre corps à des fins lucratives, sous couvert de respecter le principe d'indisponibilité du corps humain. En effet, une chose sont les produits du corps humain, une autre sont les services qu'il peut rendre : « *tout individu ayant le choix de sa sexualité peut librement décider de monnayer ses faveurs* »⁷¹⁷. Ce point de vue est conforté par la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui favorise le développement de la personnalité des individus⁷¹⁸.

La sexualisation de la société a créé une véritable marchandisation des prestations du corps humain en tant qu'objet sexuel. L'être humain n'est pas commercialisé, mais son corps, dépersonnalisé, peut, par les services qu'il offre (acte sexuel et image sexuelles), être considéré comme seul moyen de plaisir sexuel. Cette marchandisation dépasse le concept traditionnel homme/femme pour ne tenir compte que des services sexuels indifférenciés comme objets d'échanges marchands. Le plaisir sexuel⁷¹⁹ est bel et bien mis à prix et constitue une transaction économique soumise aux lois du marché : circulation, distribution et utilisation.

⁷¹² D'abord consacré par la jurisprudence, le principe d'indisponibilité du corps humain figure depuis 1994 à l'article 16-1 du Code civil : « *Le corps humain est inviolable* ».

⁷¹³ LABBEE Xavier, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presses universitaires de Lille, 1990, *passim* ; ROMAN Diane, « "A corps défendant". La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, p. 1284 ; FABRE-MAGNAN Muriel, « Le domaine de l'autonomie personnelle », *D.* 2008, p. 31.

⁷¹⁴ ROMAN Dianes, « "A corps défendant". La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, p. 1284 : « *Ce que le droit français confirme, à travers les multiples exemples de dispositions permettant le libre usage de son corps, parmi lesquelles la liberté de se transformer, de s'engager dans une relation sexuelle, de maîtriser sa fertilité. Plus encore, il est possible de prêter sa personne et son corps, c'est-à-dire de se mettre à disposition pour une finalité donnée. L'énumération rend pour le moins fantomatique le principe d'indisponibilité du corps humain, censé faire échapper le corps au libre pouvoir de la volonté individuelle* ».

⁷¹⁵ Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Pretty c/ RU*, 29 avr. 2002, *Rec.* 2002-III, § 61.

⁷¹⁶ ROMAN Dianes, « "A corps défendant". La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, p. 1284.

⁷¹⁷ PY Bruno, « Prostitution – Proxénétisme – Racolage », *Rép. Pén. Dalloz* 2006, n°22.

⁷¹⁸ Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Pretty c/ RU*, 29 avr. 2002, *Rec.* 2002-III, § 66 : « *La faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps* ».

⁷¹⁹ FALQUET Jules, « Sexe, « race », classe et mobilité sur le marché du travail néolibéral : hommes en armes et femmes « de services », *Mobilités au féminin* 2005, n°11 : « *Le marché du travail du sexe est devenu une puissante industrie de masses, dont les deux grandes branches sont la prostitution et la pornographie* ».

Les services sexuels : un marché florissant. Tous les versants du sexe sont exploités : de la relation sexuelle monnayée avec la prostitution, à la seule caresse du regard avec la pornographie. L'ampleur croissante de la pornographie et de la prostitution traduit la banalisation et la prospérité du sexe comme produit de consommation. La demande et l'offre de services sexuels ne cessent de croître et de normaliser le marché d'échanges sexuels. Les industries du sexe doivent conquérir continuellement de nouveaux marchés : « *elles s'adaptent très rapidement aux nouvelles technologies et s'immiscent dans les industries traditionnelles, tout comme les industries traditionnelles se lancent dans les industries du sexe en raison de leur taux de profits élevé* »⁷²⁰.

B. La mondialisation de l'industrie pornographique

L'industrie mondiale du "porno" : une réalité. Le marché du sexe ne connaît pas de frontières et sa transnationalisation se traduit principalement par un déploiement massif de la prostitution, par l'explosion de la pornographie et par la normalisation mondiale de la consommation du sexe. Depuis plusieurs décennies, la société est ainsi envahie par un sexe, industrialisé, banalisé et diffusé largement : il s'agit d'une véritable « *explosion pornographique* »⁷²¹. Les industries du sexe tentent de conquérir toutes les clientèles possible⁷²² : de la prostitution qui suppose un contact physique⁷²³ à la pornographie qui allume l'esprit sans aucun contact physique direct, uniquement par le truchement du regard. Dès lors, toutes les situations de la sexualité, directes et indirectes, sont commercialisées. La jouissance du consommateur de pornographie est sans cesse recherchée afin de lui offrir une satisfaction temporaire et de créer une certaine dépendance, un manque : « *L'accès aux marchandises ne donne qu'une satisfaction temporaire, tout en créant une insatisfaction permanente. Ce facteur fait prospérer les industries du sexe* »⁷²⁴. Les logiques de profit sont appliquées mondialement pour obtenir une productivité plus grande encore. Le raisonnement des industries du sexe s'assimile alors aisément à celui des industries du voyage, sauf que le monde n'est pas présenté comme un gigantesque terrain de loisirs pour séduire un maximum de clients, il est décrit comme un vaste terrain de jeux sexuels afin de charmer le plus de consommateurs⁷²⁵.

L'industrie mondiale du "porno" : un chiffre d'affaire obscur. La commercialisation du sexe constitue aujourd'hui une réelle puissance économique mondiale. De nombreuses études scientifiques et articles de presse avancent régulièrement des retombées économiques pharamineuses de l'industrie du commerce sexuel. Si la majorité des statistiques et chiffres produits de l'industrie du « porno » ne présentent qu'une authenticité relative, ils fournissent toutefois une certaine indication. Recenser tous les résultats publiés relève de l'impossible tant ils pullulent, mais le mercantilisme pornographique est une réalité. Il y aurait 100 000 entrepreneurs de pornographie au début des années 1980⁷²⁶. En 1999, 11 millions de foyers

⁷²⁰ POULIN Richard, *La mondialisation des industries du sexe*, Imago, 2005, p. 31.

⁷²¹ Expression empruntée à Martine BOYER, *L'écran de l'amour*, Omnibus, 2002, p. 9.

⁷²² Richard POULIN, *La mondialisation des industries du sexe*, Imago, 2005, p. 31 : « *elles s'adaptent très rapidement aux nouvelles technologies et s'immiscent dans les industries traditionnelles, tout comme les industries traditionnelles se lancent dans les industries du sexe en raison de leur taux de profits élevé* ».

⁷²³ Cass. crim., 9 oct. 1996, pourvoi n°95-81.232 : « *La prostitution consiste à se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui* » ; PY Bruno, « Prostitution – Proxénétisme – Racolage », *Rép. Pén. Dalloz* 2006, n°27 : « *Il est nécessaire et suffisant qu'il y ait un contact rémunéré entre deux épidermes pour qu'il y ait prostitution, dès lors que ce contact avait un but sexuel* ».

⁷²⁴ Richard POULIN, *La mondialisation des industries du sexe*, Imago, 2005, p. 31.

⁷²⁵ V° Michel HOUELLEBECQ, *Plateforme*, Flammarion, 2001 : l'auteur allie provocation et attirance pour décrire le tourisme sexuel opéré par des hommes occidentaux sur des femmes asiatiques.

⁷²⁶ Claude-Jean BERTRAND et Annie CARVAIS, *Introduction à la pornographie*, La Musardine, 2001, p. 68.

recevraient « Playboy Channel »⁷²⁷ et l'industrie du « porno » rapporterait 246 milliards de francs⁷²⁸. Un tiers des vidéocassettes louées dans les années 2000 en France seraient pornographiques⁷²⁹ et la même année, le chiffre d'affaires aux Etats-Unis serait estimé à 10 milliards de dollars⁷³⁰. En 2002, le chiffre d'affaires mondial de la pornographie s'élèverait à un marché de 52 milliards d'euros⁷³¹. Et aujourd'hui, le cybersexe représenterait 25% du trafic mondial⁷³²...

Les revenus de la marchandisation du sexe sont en réalité inestimables. L'imprécision quantitative, tant des industries du « porno » que des personnes impliquées – acheteurs et vendeurs de plaisir sexuel – et des revenus obtenus relève de l'existence d'une économie souterraine massive : les marchés sexuels sont à la fois légaux et illégaux⁷³³. Si quantifier l'accroissement du marché du sexe est une tâche difficile lorsqu'il s'agit d'envisager le marché légal, cela devient un travail impossible lorsqu'il s'agit de cerner le marché noir. Toutefois, la pornographie représente assurément une industrie florissante⁷³⁴.

Une stratégie de développements de certains États. Les difficultés économiques et l'appât du gain favorisent l'essor de l'industrie du sexe en général, de l'industrie du « porno » en particulier. Alors que de nos jours, les études mettent généralement l'accent sur la tragédie que vivent, par exemple, certaines personnes prostituées, et en particulier sur le sort des individus qui ont été dupés ou contraints par la force, des enquêtes régulières du Bureau International du Travail⁷³⁵ démontre que, bien souvent, d'autres personnes décident de se prostituer par réalisme financier. L'argent apparaît comme un moteur certain, « *nul ne peut nier que la misère économique est le terreau fertile sur lequel se développe l'industrie de la prostitution* »⁷³⁶ et l'industrie du « porno ». Ce secteur de l'économie mondiale prospère. Certaines multinationales du sexe sont même aujourd'hui cotées en bourse⁷³⁷.

La rationalité financière n'échappe ni aux gouvernements, ni aux organisations internationales. La dynamique est telle que depuis 1995 l'Organisation Mondiale du Commerce adopte des

⁷²⁷ D'après les statistiques de *Hot vidéo* 1999, numéro d'avril. La revue *PLAYBOY* est lancée en 1953. Claude-Jean BERTRAND et Annie CARVAIS, *Introduction à la pornographie*, La Musardine, 2001, p. 63 : « Elle vend 900 000 exemplaires au bout de quatre ans et atteindra 7 millions vers 1972 ».

⁷²⁸ *Capital*, août 1999.

⁷²⁹ Matthieu DUBOST, *La tentation pornographique – Réflexions sur la visibilité de l'intime*, Ellipses, 2006.

⁷³⁰ Claude-Jean BERTRAND et Annie CARVAIS, *Introduction à la pornographie*, La Musardine, 2001, p. 65.

⁷³¹ Ruwen OGIEN, *Penser la pornographie*, PUF, 2003 ; Richard POULIN, « 50 ans après la naissance de Playboy – La tyrannie du nouvel ordre sexuel », *Sisyphé*, 6 nov. 2003 ; Xavier DELEU, *Le consensus pornographique*, Mango document, 2002 ; OVIDIE, *Porno manifesto*, Flammarion, 2002 ; Nathalie COLLARD et Pascale NAVARRO, *Interdit aux femmes*, Boréal, 1996.

⁷³² Philippe BRETON, *Le culte de l'Internet – Une menace pour le lien social ?*, La découverte, 2002, p. 122.

⁷³³ Certaines personnes décident en connaissance de cause de marchander leur corps en tant que sexe *via* la prostitution ou la pornographie. D'autres sont « soumises » de force à la commercialisation.

⁷³⁴ D'autant que la réalisation des films pornographiques, notamment des *gonzos* (le terme désigne des films pornographiques présentant une double caractéristique : non seulement ils n'ont pas d'histoire, mais la technique de réalisation consiste à voir l'action au travers des yeux de l'acteur, c'est-à-dire nombreux gros plans et mouvements de caméra « au poing »), ne représente qu'un très faible coût de production. V° : Claude-Jean BERTRAND et Annie CARVAIS, *Introduction à la pornographie*, La Musardine, 2001, p. 104 : « En France, en 1999, pour une scène de cul, John B. ROOT parlait de 500 à 10 000 F selon la renommée de l'actrice, en moyenne 1 000 F. Les hommes entre 1 500 et 4 000 F. Aux Etats-Unis, on touche 300 à 500 dollars pour une scène de sexe. Les hommes 75 à 300 dollars par éjaculation. Poser comme playmate pour *Playboy* rapporte 20 000 dollars. Une danseuse en cabaret de strip-tease gagne 200 à 1 000 dollars la soirée ».

⁷³⁵ <http://www.ilo.org/global/lang--fr/index.htm>

⁷³⁶ POULIN Richard, « Le temps de la vénalité sexuelle. Prostitution, crime organisé et marchandisation », *Actuel Marx en ligne* 2004, n°28.

⁷³⁷ Comme la société Private Média Group ou la société Opale Net. V° <http://www.argent-sexe.com/cac-40.html>. Certains ministres et autres hommes politiques sont régulièrement soupçonnés de devenir associé d'industries pornographiques : V° *Le Monde*, 16 oct. 2008.

positions tendant à la libéralisation du marché du sexe. En 1998, L'Organisation Internationale du Travail publie un rapport intitulé « Le secteur du sexe : les bases économiques et sociales de la prostitution dans le Sud Est asiatique », dans lequel l'agence officielle du travail des Nations Unies, appelle à la reconnaissance économique de l'industrie du sexe. L'organisation souligne l'expansion mondiale de cette industrie et sa contribution souvent ignorée au Produit National Brut de nombreux pays asiatiques (Malaisie, Indonésie, Thaïlande et Philippines...). De ce fait, l'Organisation Internationale du Travail argumente pour que soit reconnu et davantage développé le secteur du sexe : « *le secteur du sexe est un " big business ", partie intégrante des économies nationales et internationales... Étant donné sa dimension et son importance, la position officielle ne peut être ni la négligence, ni la non-reconnaissance* »⁷³⁸. L'organisation suggère aux gouvernements de pays en voie de développements de profiter des bénéfices énormes de la marchandisation du sexe, notamment par la création de taxes et de réglementations. Dans certains pays, le commerce sexuel et ses industries multiples (bars, clubs de strip-tease, maisons de production de pornographie, maisons closes plus ou moins officielles...) ont ainsi vu le jour⁷³⁹.

Conclusion. A l'heure où se pose la question très controversée de la répression de tous les clients de la prostitution⁷⁴⁰, une étude sur l'image du corps des acteurs pornographiques « patrimonialisée » ne peut que se conclure sur les liens qui unissent la pornographie et la prostitution. Depuis longtemps, l'une semble être le miroir de l'autre. Jusque dans les années 50, la prostitution est admise et établie en France alors que la pornographie est rejetée et cantonnée au marché noir. Par la suite, alors même que les maisons closes se ferment tour à tour, conduisant la prostitution vers la clandestinité, la pornographie s'installe progressivement dans les rues et dans les cinémas. Si aujourd'hui la pornographie est corsetée par la loi (en termes de public, de lieux et d'horaires), elle existe, tandis que la prostitution devient un véritable ennemi public⁷⁴¹. « *Entre pornographie et prostitution il y a à la fois analogie et complicité* »⁷⁴². L'analogie repose sur la proche parenté entre « faire » et « faire voir » : la prostitution monnaie directement un acte sexuel, pendant que la pornographie vend l'image de l'acte sexuel. Les deux industries, complices, exploitent le même marché. Toutefois une recherche ne se justifie que si les différentes hypothèses rencontrées ont un minimum de points communs essentiels. Or, la pornographie et la prostitution ne se recoupent pas. Elles se développent parallèlement, sans jamais se rencontrer. Peut-être est-ce là l'explication à leur traitement différencié. Quand l'une doit être rejetée parce que perfide et dépravante, l'autre paraît tolérée, quoique sans jamais recueillir les faveurs de la majorité, parce que moins

⁷³⁸ Rapport « Le secteur du sexe : les bases économiques et sociales de la prostitution dans le Sud Est asiatique » de l'Organisation Internationale du Travail, 1998, p. 213 ; RAYMOND Janice, « Légitimer la prostitution en tant que travail. L'Organisation Internationale du Travail appelle à la reconnaissance de l'industrie du sexe », Sisyph, 1998.

⁷³⁹ POULIN Richard, « La mondialisation du marché du sexe », *Actuel Marx en ligne* 2002, n°31 : « *Sous l'obligation de remboursement de la dette, de nombreux Etats d'Asie, d'Amérique latine et d'Afrique ont été encouragés par les organisations internationales comme le Fond Monétaire Internationale et la Banque Mondiale, qui ont offert des prêts importants pour développer ces industries dites du divertissement, principalement les industries du sexe* ».

⁷⁴⁰ Une résolution a été adoptée par l'Assemblée nationale le 6 décembre 2011, qui a voté en première lecture le 29 novembre 2013 pour une pénalisation du recours à toute forme de prostitution. V° <http://www.assemblee-nationale.fr/13/ta/ta0782.asp>

⁷⁴¹ Patrick MISTRETTA, « Requiem pour la non-pénalisation du recours à la prostitution », *JCP G* 2013, I, n°1063, p.1874 ; Bruno PY, « L'acte prostitutionnel : Du blâme moral à la répression pénale ? », in *Corps et Patrimoine*, Guylène NICOLAS, à paraître.

⁷⁴² Nicole BURON, « Pornographie – les 90 déferlantes », *Permanences*, mars-avril 1994, n°310, p. 14. Et l'auteur de conclure : « (...) *la pornographie donne à voir à son client, par le texte ou par l'image, ce que le proxénète offre en réalité au client par le corps de la personne prostituée* ».

« noire ». L'auteur s'interroge sur cette répartition binaire des deux notions : toujours l'une au détriment de l'autre. Pornographie et Prostitution ne peuvent-elles pas être toutes deux permises en même temps, sans que la société ne succombe ?

« *Le corps est l'instrument par lequel l'individu réalise sa liberté* »⁷⁴³

⁷⁴³ LABBEE Pascal, « Le sexe des anges », *D.* 2001, p. 1913.

5. « Les massages : jeux de mains, jeux de vilains – Regards du droit sur l'art du toucher »

In *Mélanges en l'honneur de Marie-France CALLU*, Marion GIRER et Guillaume ROUSSET (dir.), LGDJ, 2013, pp. 223-246.

Les massages : jeux de mains, jeux de vilains Regards du Droit sur l'art du toucher

Julie LEONHARD
Docteur en Droit Privé
Membre associé IFG-ISCIMED (EA 1138)
Nancy-Université

« Les kinésithérapeutes ne veulent plus être masseurs et déjà les masseurs ne sont plus des kinésithérapeutes »
DUFEY François⁷⁴⁴.

Les massages : un « patrimoine de l'humanité »⁷⁴⁵. Qu'il soit médical – préventif, curatif ou palliatif – ou « de confort », le massage, hérité des sociétés orientales, s'est considérablement développé et implanté dans les sociétés occidentales au fil du temps. Le « confort » et le « bien-être » du corps et de l'esprit sont aujourd'hui constamment recherchés tant par les personnes malades, que par les personnes saines. L'état de santé d'un individu, s'il ne lui ôte pas nécessairement la possibilité de bénéficier d'un massage « de confort », peut, uniquement s'il est défaillant, lui faire connaître la pratique du massage médical.

Une reconnaissance ancienne du massage thérapeutique. L'origine du massage dit thérapeutique paraît bien plus ancienne que la profession de masseur-kinésithérapeute auquel il est aujourd'hui associé. Dès l'Antiquité grecque et romaine, le massage est un des principaux moyens de guérir et de soulager⁷⁴⁶. Selon Hippocrate, « *le médecin doit avoir l'expérience de beaucoup de choses, mais à coup sûr du massage, [qui] peut assouplir une articulation enraidie, ou, au contraire, corriger une hyperlaxité* »⁷⁴⁷. Au Moyen-âge et durant la majeure partie de la Renaissance, période marquée par une pudeur exacerbée, le massage est proscrit par la quasi-totalité des clergés qui en interdisent la pratique et qui incitent le peuple à se tourner vers les prières⁷⁴⁸. L'exercice du massage tombe progressivement dans l'oubli ; l'art du toucher est considéré comme indigne de la profession médicale.

⁷⁴⁴ DUFEY Fr., « Massage : message du modèle mécanique au modèle de la communication dans la formation du masseur-kinésithérapeute », *Kinésithérapie Scientifique*, nov. 1993, n°328, p. 45 et s.

⁷⁴⁵ Expression empruntée à ROBART I., « Le toucher Massage et le Droit » in *Toucher-massage : vingt ans de pratique(s)*, SAVATOFSKI J., éd. De Parry, 2006, p. 44 et s.

⁷⁴⁶ Par ex. : Aulus Cornelius Celsus (25 av. J.-C. – 50 apr. J.-C.), un médecin romain, utilisait le massage dans son cabinet. Son œuvre *De Medicina* montre l'importance du massage. Dans la série de huit volumes, plusieurs discutent de l'utilisation, des méthodes et de la typologie du massage ou de la friction. L'auteur met principalement en avant son utilité dans le soulagement des maux de tête et de l'asthme et sa fonction curative pour la paralysie.

⁷⁴⁷ Le serment d'Hippocrate - Médecin grec 460 - 370 av. J.-C. - version dite de Montpellier.

⁷⁴⁸ V° COURTAULT C., « Histoire de la pudeur », in *La pudeur et le soin*, PY B. (dir.), PUN, 2011, pp. 7-27 : « Les chrétiens recourent à la notion de pudeur, mais ne la fonde pas sur la simple nudité du corps ou sur la notion de pureté. Le Moyen-Age chrétien emprunte aux Romains la honte de la nudité, la pudeur naturelle et la souillure de la chair (...) Initialement, la médecine étant réservée aux seuls religieux ; seuls les hommes d'église chirurgiens sont habilités à pouvoir voir et toucher le corps des patients ».

A compter du XVI^{ème} siècle, le massage retrouve peu à peu ses lettres de noblesse et fait ses premiers pas en chirurgie avec le médecin français Ambroise Paré⁷⁴⁹. Au XVII^{ème} siècle, la pratique se répand, principalement en raison de la découverte de la circulation sanguine par William Harvey⁷⁵⁰. Plus tard, au cours des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles, le massage devient populaire en Europe grâce aux travaux du suédois Per Henrik Ling⁷⁵¹, qui élabore sa propre méthode basée sur ses connaissances approfondies de différentes techniques de pression, aujourd'hui appelée « le massage suédois »⁷⁵². Vers la fin du XIX^{ème} siècle, ce massage « suédois » s'impose définitivement dans le monde médical. Le massage thérapeutique est né et intègre désormais l'arsenal des traitements médicaux⁷⁵³ : il prend le nom de « massothérapie »⁷⁵⁴.

Dès lors, la valeur thérapeutique du massage n'est plus démentie et la méthode se développe au fil du temps et des progrès scientifiques et techniques. Amélioré, évolué, modernisé, le massage thérapeutique revêt aujourd'hui des formes diverses et variées : « *le massage n'est pas une technique fermée, mais un ensemble de touchers signifiants aux limites étendues* »⁷⁵⁵. Il présente des intérêts dans différentes spécialités⁷⁵⁶ et est utilisé dans le traitement de nombreuses pathologies⁷⁵⁷.

Du « soigner » au « prendre soin » : les massages « de confort ». Très vite, et parallèlement à l'exercice du massage médical, s'est développée une autre pratique, celle du massage dit « de confort ». Si ces massages sont pratiqués en Chine et en Inde depuis des millénaires, ils ne sont réalisés en France que depuis 1850 dans des stations thermales, dans les hammams pour l'hygiène et dans certains établissements fréquentés pour le confort et la toilette⁷⁵⁸. Au XIX^{ème} siècle, il est acquis le massage thérapeutique peut soigner et l'idée que le massage non thérapeutique, permet de « prendre soin »⁷⁵⁹ émerge. A ses débuts, la pratique du massage non médical est réservée à des établissements spécialisés, plutôt éparés.

Au fil du temps, les nombreux interdits traditionnels ont vu leurs frontières reculer pour laisser plus de champ au « permis ». Les changements des mœurs des années 1960-1970, événements historiques déterminants qualifiés de véritable « révolution », ont modifié les mentalités et le

⁷⁴⁹ Ambroise PARE (1510-1590).

⁷⁵⁰ William HARVEY (1578-1657).

⁷⁵¹ Per Henrik LING (1776-1839).

⁷⁵² Il s'agit d'une synthèse de connaissances de gymnastique et en physiologie, et de techniques chinoise, égyptienne, grecque et romaine. Cette méthode est basée sur des mouvements d'effleurage, de pétrissage, de friction, de percussion et de vibration.

⁷⁵³ V° TREE G., *Total massage*, éd. Pearson, 2006.

⁷⁵⁴ Le mot « massothérapie », exprime clairement le lien avec la thérapeutique.

⁷⁵⁵ DUFOUR M., COLNE P., GOUILLY P., *Massages et massothérapie : effets, techniques et applications*, éd. Maloine, 2006, 2^{ème} éd., p. 17.

⁷⁵⁶ Par ex. : en traumatologie (fractures, entorses, contusions articulaires, hydarthroses, ankyloses, affections musculaires), en orthopédie (torticolis, pieds bots, scoliose), en rhumatologie (arthrites, lumbago, sciatique), en neurologie (paralysies, névrites, polynévrites, douleur), en gastro-entérologie (constipations, diarrhées) et en angiologie. V° ESTRADERE J., *Du Massage, son historique, ses manipulations, ses effets physiologiques et thérapeutiques*, Adrien Delahaye et Emile Lecrosnier, 1863, disponible sur <http://www.cfdrm.fr>, p. 4 : « *Lorsque l'on souffre, ne frictionne-t-on les parties malades pour diminuer les douleurs qui s'y produisent ? Chez tous les peuples, tous ceux qui souffrent emploient ces manipulations, ces frictions, comme unique et seul remède* ».

⁷⁵⁷ Il est à priori, principalement utilisé pour l'obésité, la goutte, le diabète sucré, les maladies des yeux, du larynx, du pharynx et de l'appareil auditif, ainsi que les troubles génito-urinaires.

⁷⁵⁸ MONET J., *Emergence de la kinésithérapie en France à la fin du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècle – une spécialité médicale impossible – Genève, acteurs et intérêt de 1880 à 1914*, thèse dactylographiée, Paris 1, 2003, p. 117 et s.

⁷⁵⁹ MARINHO DOEMART H., *Massages thérapeutiques et massages de « confort »*, Mémoire D. U. Droit et responsabilités des professions paramédicales, Nancy, 2007, p. 2 : « *Il [le massage] a toujours été utilisé dans les deux sens, c'est-à-dire dans celui de soigner mais aussi dans le prendre soin* ».

système juridique⁷⁶⁰. Cette « révolution sexuelle » ne doit pas être entendue comme un dénouement, une fin en soi, ni même comme un renversement fulgurant à elle seule des mœurs. Mais nul ne contestera qu'elle a engendré une marche vers une libéralisation du nu et du corps et une désacralisation de la sexualité. Ainsi, la réalisation de massages pour le seul plaisir et confort du corps se développe considérablement. Le concept de « bien-être » est propulsé sur les devants de la scène.

La logique consumériste moderne modifie la vision traditionnelle du marché pour aller jusqu'à inclure le corps humain dans les marchés économiques. Rien ne semble pouvoir échapper au processus de marchandisation et à la monétarisation des rapports sociaux. Du bien-être à la santé, en passant par la sexualité, le corps humain devient un objet de convoitise commerciale. Sans aller jusqu'à opérer une rétroaction du système juridique qui permettait l'achat et la vente d'esclaves considérés comme des choses⁷⁶¹, le corps humain constitue dorénavant une marchandise soumise au jeu de l'offre et de la demande. La presse véhicule constamment (presse écrite, télévisuelle, audiovisuelle, Internet) les bienfaits des « massages » en général⁷⁶². L'engouement pour le massage dit « de confort » est aujourd'hui aisément palpable dans la société.

Le cœur du litige : une pluralité d'intervenants pour une pluralité de massages. Si pendant un temps, seul le massage thérapeutique « prospérait » en France, aujourd'hui le massage non thérapeutique semble également en plein rayonnement. Puisqu'il se pratique sans prescription médicale (donc sans prise en charge par la sécurité sociale), non seulement sa tarification est libre, mais sa mise en œuvre suscite l'engouement d'autres professionnels que les masseurs-kinésithérapeutes.

Les hommes semblent redécouvrir le plaisir du toucher à tous les stades de leur vie : « *dans la santé ou la maladie, dans la richesse ou dans la pauvreté* »⁷⁶³, dans la tranquillité ou le stress, à des fins préventives, curatives, palliatives, relaxantes, ou encore esthétiques. Pour répondre à la demande, les offres commerciales se multiplient et de nombreuses personnes se « spécialisent » dans cette activité. Sont offerts des « massages » par des kinésithérapeutes, mais aussi des non kinésithérapeutes, des « modelages » esthétiques et des soins de confort, bien-être ou de relaxation, par des personnes *a priori* sans qualification.

Dès lors, une véritable polémique s'est créée et développée autour de l'art du toucher : quels intervenants peuvent exercer quels massages ? Le questionnement n'est pas nouveau et la réponse juridique ne peut être aujourd'hui que nuancée et guidée par la distinction traditionnelle entre le massage thérapeutique (1) et le massage « de confort » (2). Tous deux ont longtemps été considérés comme relevant du seul monopole des masseurs-kinésithérapeutes. Mais il semble dorénavant que la situation évolue sensiblement.

1) Les massages thérapeutiques : un exercice réservé

Une apparition officielle tardive de la profession de masseur-kinésithérapeute. S'il a fallu attendre 1946⁷⁶⁴ pour que le législateur crée un diplôme d'état de masseur-kinésithérapeute, et

⁷⁶⁰ Il s'agit principalement de l'émergence d'une morale du consentement fondée sur l'autonomie individuelle et ont facilité la dissociation entre le sexe-procréateur et le sexe-plaisir.

⁷⁶¹ CARBONNIER J., *Flexible droit*, LGDJ, 9^e éd., 1998, p. 213.

⁷⁶² MARINHO DOEMART H., *Massages thérapeutiques et massages de « confort »*, Mémoire D. U. Droit et responsabilités des professions paramédicales, Nancy, 2007, p. 1 : « *Il est bien difficile de passer à côté des articles de presse féminine, masculine, mais aussi journaliers télévisés, mettant en avant les bienfaits du massage* ».

⁷⁶³ Formulation qui n'est pas sans rappeler la célébration du mariage.

⁷⁶⁴ Loi n°46-857 du 30 avril 1957 relative à l'exercice des professions de masseur gymnaste médical, de masseur-kinésithérapeute et de pédicure, JORF 1 mai 1946 p. 3653. La loi du 30 avril 1946 est accompagnée d'un arrêté

qu'il consacre ainsi un véritable statut légal pour la profession, l'exercice du métier est assurément plus ancienne. Initialement pratiquée par les seuls médecins, parfois aidés de « garçons de douche » ou d'infirmiers⁷⁶⁵, certains professionnels non médecins se spécialisent peu à peu et revendiquent une reconnaissance officielle et une certaine main mise sur l'art du toucher. La profession de masseur-kinésithérapeute émerge avec l'apparition des professions d'auxiliaires médicaux au XX^{ème} siècle et cherche à s'organiser depuis longtemps⁷⁶⁶. Plusieurs efforts de structuration, *ante* 1946, en témoignent : en 1889, s'ouvre la première école française d'orthopédie et de massage ; le premier syndicat des masseurs est créé en 1924 ; deux projets de statut légal voient le jour dans les années 1930-1940⁷⁶⁷.

Par la suite, plusieurs normes complètent et modifient la réglementation de la profession telle que définie par la loi du 30 avril 1946. Le décret du 26 août 1985⁷⁶⁸ élargit le champ de compétence des masseurs-kinésithérapeutes. Le décret du 8 octobre 1996⁷⁶⁹ accroît davantage encore ce champ en créant le diagnostic masso-kinésithérapique et en reconnaissant des compétences en termes de prévention, de conseil et de recherche. Le décret du 27 juin 2000⁷⁷⁰ confirme le libre choix des actes et techniques et du diagnostic masso-kinésithérapique. La loi du 4 mars 2002⁷⁷¹ crée un conseil des professions d'infirmier, masseur-kinésithérapeute pédicure, orthophoniste et orthoptiste et un droit de prescription pour les masseurs-kinésithérapeutes. La loi du 9 août 2004⁷⁷² établit un Ordre professionnel. Aujourd'hui, l'article L4321-1 du Code de la santé publique définit la profession de masseur-kinésithérapeute : elle « (...) consiste à pratiquer habituellement le massage et la gymnastique médicale ».

Si elle relève assurément du monopole des masseurs kinésithérapeutes (A), la pratique du massage médical apparaît strictement règlementée, et par conséquent protégée (B).

A. Un monopole des masseurs-kinésithérapeutes incontesté

Le massage médical : une prérogative des masseurs-kinésithérapeutes. Le masseur-kinésithérapeute est un véritable auxiliaire médical qui participe à la prise en charge médicale

du 6 mai 1947 réglementant l'exercice des professions de masseur-gymnaste médical et de pédicure et du décret n° 47-1279 du 7 juillet 1947 relatif à la réglementation de la profession de masseur gymnaste médical.

⁷⁶⁵ V° MONET J., *Emergence de la kinésithérapie en France à la fin du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècle – une spécialité médicale impossible – Genèse, acteurs et intérêt de 1880 à 1914*, thèse dactylographiée, Paris 1, 2003, p. 118 et s. : « Dans les hôpitaux, les pratiques sont confiées à des infirmiers ou « doucheurs » qui sont des hommes, le massage ayant une connotation péjorative, synonyme de prostitution ».

⁷⁶⁶ V° VERLEYSSEN J., *Histoire du Massage et de la Gymnastique médicale*, éd. Bruxelles, 1956.

⁷⁶⁷ En 1929 un projet de statut légal est préparé par le syndicat des masseurs, mais il n'est pas voté. Un second projet est voté le 28 janvier 1937 par les députés, mais pas par le Sénat.

⁷⁶⁸ Décret n°85-918 du 26 août 1985 relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession de masseur-kinésithérapeute.

⁷⁶⁹ Décret n°96-879 du 8 octobre 1996 relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession de masseur-kinésithérapeute.

⁷⁷⁰ Décret n°2000-577 du 27 juin 2000 modifiant le décret n° 96-879 du 8 octobre 1996 relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession de masseur-kinésithérapeute.

⁷⁷¹ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF 5 mars 2002 p. 4118.

⁷⁷² Loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JORF 11 août 2004 p. 14277 et rectificatif du 12 août 2004.

d'un individu⁷⁷³. Selon l'article R4321-1 du Code de la santé publique⁷⁷⁴ sa mission est principalement d'agir dans un cadre thérapeutique : « *la masso-kinésithérapie consiste en des actes réalisés de façon manuelle ou instrumentale, notamment à des fins de rééducation, qui ont pour but de prévenir l'altération des capacités fonctionnelles, de concourir à leur maintien et, lorsqu'elles sont altérées, de les rétablir ou d'y suppléer. Ils sont adaptés à l'évolution des sciences et des techniques* ». Les articles R4321-5 à -13 du même Code prévoient des listes exhaustives des catégories d'actes qui entrent dans la compétence des masseurs-kinésithérapeutes.

L'article L4321-1 du Code de la santé publique dispose que « *la profession de masseur-kinésithérapeute consiste à pratiquer habituellement le massage et la gymnastique médicale. (...) Lorsqu'ils agissent dans un but thérapeutique, les masseurs-kinésithérapeutes pratiquent leur art sur ordonnance médicale (...)* ». Selon l'article L4321-2 du même Code, ne peuvent exercer la profession de masseur-kinésithérapeute que les personnes titulaires d'un diplôme⁷⁷⁵. La loi institue un véritable monopole des masseurs-kinésithérapeutes quant à l'exercice du massage thérapeutique. La pratique des massages thérapeutiques dépend d'une profession : seuls les kinésithérapeutes peuvent pratiquer un massage médical sur prescription médicale. Le législateur détermine dès lors des conditions précises pour l'exercice de la profession de masseur-kinésithérapeute : il impose à la fois une compétence matérielle et une compétence juridique.

Une compétence matérielle : un savoir-faire. La compétence matérielle se construit par l'acquisition de connaissances intellectuelles et gestuelles enseignées lors de la formation au sein d'un institut de formation en masso-kinésithérapie. L'article L4321-3 du Code de la santé publique précise qu'il est nécessaire d'être préparé avant de se présenter au diplôme d'état⁷⁷⁶. L'entrée dans un établissement est conditionnée par un concours qui a lieu après le baccalauréat et qui fait suite à une première année de préparation ou à une première année de faculté de médecine. La durée et le programme des enseignements sont fixés par les articles R4321-14 du même Code. La durée des études préparatoires est de trois ans⁷⁷⁷. Elles comprennent un enseignement théorique et pratique dispensé par des médecins, cadres de santé masseurs-kinésithérapeutes et des masseurs-kinésithérapeutes, ainsi qu'un parcours de stage⁷⁷⁸. Le massage y est abordé sous toutes ses formes, ainsi que les différentes manœuvres et applications pour leurs réalisations. L'obtention du diplôme comporte la soutenance d'un travail écrit devant un jury et la prise en compte de la note moyenne des douze modules des deuxième et troisième années⁷⁷⁹. Seul un niveau minimum d'acquisition de compétences permettra la délivrance du diplôme d'état, c'est-à-dire du permis de faire.

⁷⁷³ La réglementation de la profession de masseur-kinésithérapeute figure pour la partie législative à la quatrième partie « *Professions de santé* », au livre III « *Auxiliaires médicaux, aides-soignants, auxiliaires de puéricultrices et ambulanciers* », au titre II « *Professions de masseur-kinésithérapeute et de pédicure podologue* ». Pour la partie réglementaire, la réglementation de la profession figure à la quatrième partie « *Professions de santé* », au livre III « *Auxiliaires médicaux, aides-soignants, auxiliaires de puéricultrice et ambulanciers* », au titre II « *Professions de masseur-kinésithérapeute et pédicure-podologue* ».

⁷⁷⁴ Le décret n°96-879 du 8 octobre 1996, modifié par le décret n°2000-577 du 27 juin 2000, est inséré aux articles R4321-1 et s. du Code de la santé publique par le décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce Code.

⁷⁷⁵ C. santé publ., art. L4321-2 : « *Peuvent exercer la profession de masseur-kinésithérapeute les personnes titulaires d'un diplôme, certificat ou titre mentionné au articles L4321-3 et L4321-4 ou titulaires des autorisations mentionnées aux articles L4321-5 à L4321-7* ».

⁷⁷⁶ C. santé publ., art. L4321-3 : « *Le diplôme d'état de masseur-kinésithérapeute est délivré après des études préparatoires et des épreuves dont la durée et le programme sont fixés par décret (...)* ».

⁷⁷⁷ C. santé publ., art. D4321-15.

⁷⁷⁸ C. santé publ., art. D4321-16.

⁷⁷⁹ C. santé publ., art. D4321-21.

Le législateur prévoit expressément des modalités particulières pour permettre aux candidats aveugles de se préparer à l'obtention du diplôme d'état de masseur-kinésithérapeute et d'apprentissage du savoir-faire⁷⁸⁰. Véritable héritage du XIX^{ème} siècle où les personnes non-voyantes ont apporté une aide efficace aux médecins masseurs⁷⁸¹, l'article L4321-3 alinéa 2 du Code de la santé publique leur ouvre un accès spécifique à la profession de masseur-kinésithérapeute. La formation se déroule dans des instituts dont l'environnement, les supports d'enseignement et le matériel sont adaptés à leur handicap. Les candidats aveugles bénéficient également d'une augmentation du temps d'épreuve et de la possibilité de se présenter aux épreuves un nombre de fois plus élevé que les voyants.

Une compétence juridique : un permis de faire. Pour porter le titre professionnel⁷⁸² et exercer la profession de masseur-kinésithérapeute, il est impératif d'être titulaire du diplôme d'état⁷⁸³ tel que prévu par l'article L4321-3 du Code de la santé publique. Il est délivré par le préfet de région⁷⁸⁴ et atteste de la réussite aux études préparatoires. Cependant, le législateur prend en considération deux situations particulières et autorise l'exercice de la profession à des individus non titulaires de ce diplôme d'état. D'une part, l'article L4321-4 du Code de la santé publique permet l'exercice de la profession aux ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'espace économique européen, sous couvert de certaines conditions⁷⁸⁵. Cette disposition résulte du fait que les instituts français de formation en masso-kinésithérapie organisent des concours d'entrées souvent difficiles à réussir. Par conséquent, de nombreux candidats français non admis « fuient » vers les pays voisins où l'accès aux enseignements est parfois « facilité » (et dépend souvent d'un cycle universitaire). L'article L4321-4 du Code de la santé publique permet non seulement aux professionnels français ayant poursuivis un enseignement à l'étranger d'exercer en France, mais aussi de recruter des masseurs professionnels étrangers afin de prévenir une pénurie de personnel. D'autre part, la loi autorise à certains techniciens à recourir, dans leurs pratiques professionnelles, au massage

⁷⁸⁰ C. santé publ., art. L4321-3.

⁷⁸¹ V° MONET J., *Emergence de la kinésithérapie en France à la fin du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècle – une spécialité médicale impossible – Genèse, acteurs et intérêt de 1880 à 1914*, thèse dactylographiée, Paris 1, 2003, *passim*.

⁷⁸² C. santé publ., art. L4321-8.

⁷⁸³ C. santé publ., art. L4321-3.

⁷⁸⁴ C. santé publ., art. D4321-14.

⁷⁸⁵ C. santé publ., art. L4321-4 : « L'autorité compétente peut, après avis d'une commission composée notamment de professionnels, autoriser individuellement à exercer la profession de masseur-kinésithérapeute les ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen qui ont suivi avec succès un cycle d'études postsecondaires et qui, sans posséder le diplôme prévu à l'article L. 4321-3, sont titulaires :

1° D'un titre de formation délivré par un Etat, membre ou partie, et requis par l'autorité compétente d'un Etat, membre ou partie, qui régit l'accès à cette profession ou son exercice, et permettant d'exercer légalement celle-ci dans cet Etat ;

2° Ou, lorsque les intéressés ont exercé dans un Etat, membre ou partie, qui ne régit pas l'accès à cette profession ou son exercice, d'un titre de formation délivré par un Etat, membre ou partie, attestant de la préparation à l'exercice de la profession, accompagné d'une attestation justifiant, dans cet Etat, de son exercice à temps plein pendant deux ans au cours des dix dernières années ou à temps partiel pendant une durée correspondante au cours de la même période. Cette condition n'est pas applicable lorsque la formation conduisant à cette profession est réglementée ;

3° Ou d'un titre de formation délivré par un Etat tiers et reconnu dans un Etat, membre ou partie, autre que la France, permettant d'y exercer légalement la profession.

Dans ces cas, lorsque l'examen des qualifications professionnelles attestées par l'ensemble des titres de formation et de l'expérience professionnelle pertinente fait apparaître des différences substantielles au regard des qualifications requises pour l'accès à la profession et son exercice en France, l'autorité compétente exige que l'intéressé se soumette à une mesure de compensation qui consiste, au choix du demandeur, en une épreuve d'aptitude ou en un stage d'adaptation (...).

thérapeutique sous certaines conditions. Ainsi, les personnes titulaires de l'examen de fin d'études ou du diplôme délivré par l'école des techniques thermales d'Aix-les-Bains, obtenu avant le 31 décembre 1992 peuvent exercer certains actes de massage médical⁷⁸⁶. De la même manière, l'article L4321-7 du Code de la santé publique autorise certains techniciens à réaliser des actes de masso-kinésithérapie à condition que leur exercice soit effectué « *auprès d'une équipe soignante comportant au moins un masseur-kinésithérapeute diplômé d'état et sous la responsabilité de ce dernier* ».

L'obtention du diplôme d'état constitue une condition nécessaire, sauf dérogations, mais non suffisante pour obtenir le titre de masseur-kinésithérapeute. Les articles L4321-9 et L4321-10 du Code de la santé publique imposent également une inscription au tableau de l'Ordre de la profession et un enregistrement du diplôme ou de l'autorisation, à la préfecture auprès du service désigné à cette fin, dans le mois qui suit la prise de fonction. Le permis de faire n'est valide qu'après la réalisation de ces trois conditions cumulatives : l'obtention du diplôme d'état, l'inscription à l'Ordre et l'enregistrement du diplôme.

B. Un monopole des masseurs-kinésithérapeutes strictement encadré

Un monopole « partagé » avec les seuls médecins. Si la loi semble conférer aux masseurs-kinésithérapeutes un monopole quant à la pratique du massage thérapeutique, elle permet toutefois un certain partage de son exercice. En effet, le diplôme de docteur en médecine confère « *à son titulaire le droit d'exercer l'art médical, et par conséquent de pratiquer tous les actes médicaux* »⁷⁸⁷. L'omnivalence du diplôme de docteur en médecine permet à tout médecin de réaliser l'ensemble des actes médicaux, mais aussi des actes paramédicaux pratiqués par un auxiliaire médical, parmi lesquels les actes pratiqués par un masseur-kinésithérapeute. Qui plus est, pendant longtemps, les médecins ont occupé une place prépondérante dans la reconnaissance des vertus thérapeutiques du massage⁷⁸⁸.

Toutefois, la pratique semble témoigner que la majorité des médecins préfèrent solliciter un masseur-kinésithérapeute pour effectuer un massage médical plutôt que de l'effectuer lui-même⁷⁸⁹. Le Droit maintient dès lors une compétence juridique pour des professionnels – les docteurs en médecine – désintéressés en pratique par l'acte de masser. Cette situation est courante et ne pose aucune difficulté : le massage médical n'est pas le seul acte qu'un médecin a toute latitude de faire mais qu'il « délaisse » au profit d'autres professions paramédicales⁷⁹⁰.

Un monopole sur prescription médicale. Selon l'article L4321-1 al. 3 du Code de la santé publique, « *lorsqu'ils agissent dans un but thérapeutique, les masseurs-kinésithérapeutes pratiquent leur art sur ordonnance médicale (...)* ». Les masseurs-kinésithérapeutes travaillent par délégation des compétences des médecins et dépendent de la prescription pour réaliser des actes touchant au domaine médical. Sur prescription médicale, le masseur-kinésithérapeute est habilité à participer divers actes de rééducation exhaustivement prévus par l'article R4321-5 du

⁷⁸⁶ C. santé publ., art. L4321-7 : « *Les personnes appartenant à la réserve sanitaire prévue à l'article L. 3132-1 ou requises en application des articles L. 3131-8 ou L. 3131-9 et ayant validé la deuxième année d'études préparant au diplôme d'Etat de masseur-kinésithérapeute ou inscrites en troisième année d'études préparant à ce diplôme peuvent réaliser des actes de masso-kinésithérapie (...)* ».

⁷⁸⁷ HOCQUET-BERG S. et PY B., *La responsabilité du médecin*, Heures de France, coll. « Droit professionnel », 2006, n°173.

⁷⁸⁸ MARINHO DOEMART H., *Massages thérapeutiques et massages de « confort »*, Mémoire D. U. Droit et responsabilités des professions paramédicales, Nancy, 2007, p. 21 : « *Au XIX^{ème} siècle, en se rendant compte que cet art populaire pouvait contribuer à la récupération d'une fonction perdue ou à la réduction d'une fracture et d'éviter l'immobilisation du segment atteint, certains médecins se sont mobilisés autour du massage pour former le groupe des "médecins-masseurs"* ».

⁷⁸⁹ MARINHO CODEMARD H., *Massages thérapeutiques et massages de « confort »*, *ibidem*, p. 21 et s.

⁷⁹⁰ Par ex. : les actes relevant du rôle propre des infirmiers.

Code de la santé publique⁷⁹¹. Pour se faire, il peut avoir recours à différentes techniques⁷⁹², certaines à la seule condition qu'un médecin puisse intervenir immédiatement⁷⁹³.

Hors urgence⁷⁹⁴, l'exercice du massage médical est donc « réservé » aux masseurs kinésithérapeutes, qui ne peuvent agir que si une prescription médicale les y autorise. Sans une telle ordonnance, un masseur-kinésithérapeute qui pratique un massage médical exerce

⁷⁹¹ C. santé publ., art. R4321-5 : « Sur prescription médicale, le masseur-kinésithérapeute est habilité à participer aux traitements de rééducation suivants : 1° Rééducation concernant un système ou un appareil : a) Rééducation orthopédique ; b) Rééducation neurologique ; c) Rééducation des affections traumatiques ou non de l'appareil locomoteur ; d) Rééducation respiratoire ; e) Rééducation cardio-vasculaire, sous réserve des dispositions de l'article R. 4321-8 ; f) Rééducation des troubles trophiques vasculaires et lymphatiques ; 2° Rééducation concernant des séquelles : a) Rééducation de l'amputé, appareillé ou non ; b) Rééducation abdominale, y compris du post-partum à compter de l'examen postnatal ; c) Rééducation périnéo-sphinctérienne dans les domaines urologique, gynécologique et proctologique, y compris du post-partum à compter du quatre-vingt-dixième jour après l'accouchement ; d) Rééducation des brûlés ; e) Rééducation cutanée ; 3° Rééducation d'une fonction particulière : a) Rééducation de la mobilité faciale et de la mastication ; b) Rééducation de la déglutition ; c) Rééducation des troubles de l'équilibre ».

⁷⁹² C. santé publ., art. R4321-6 : « Le masseur-kinésithérapeute est habilité à procéder à toutes évaluations utiles à la réalisation des traitements mentionnés à l'article R. 4321-5, ainsi qu'à assurer l'adaptation et la surveillance de l'appareillage et des moyens d'assistance » ;

C. santé publ., art. R4321-7 : « Pour la mise en œuvre des traitements mentionnés à l'article R. 4321-5, le masseur-kinésithérapeute est habilité à utiliser les techniques et à réaliser les actes suivants : 1° Massages, notamment le drainage lymphatique manuel ; 2° Postures et actes de mobilisation articulaire mentionnés à l'article R. 4321-4 ; 3° Mobilisation manuelle de toutes articulations, à l'exclusion des manœuvres de force, notamment des manipulations vertébrales et des réductions de déplacement osseux ; 4° Etirements musculo-tendineux ; 5° Mécanothérapie ; 6° Réalisation et application de contentions souples, adhésives ou non, d'appareils temporaires de rééducation et d'appareils de postures ; 7° Relaxation neuromusculaire ; 8° Electro-physiothérapie : a) Applications de courants électriques : courant continu ou galvanique, galvanisation, diélectrolyse médicamenteuse, le choix du produit médicamenteux étant de la compétence exclusive du médecin prescripteur, et courant d'électro-stimulation antalgique et excito-moteur ; b) Utilisation des ondes mécaniques, infrasons, vibrations sonores, ultrasons ; c) Utilisation des ondes électromagnétiques, ondes courtes, ondes centrimétriques, infrarouges, ultraviolets ; 9° Autres techniques de physiothérapie : a) Thermothérapie et cryothérapie, à l'exclusion de tout procédé pouvant aboutir à une lésion des téguments ; b) Kinébalnéothérapie et hydrothérapie ; c) Pressothérapie » ;

C. santé publ., art. R4321-9 : « Dans le cadre des traitements prescrits par le médecin et au cours de la rééducation entreprise, le masseur-kinésithérapeute est habilité : 1° A prendre la pression artérielle et les pulsations ; 2° Au cours d'une rééducation respiratoire : a) A pratiquer les aspirations rhinopharyngées et les aspirations trachéales chez un malade trachéotomisé ou intubé ; b) A administrer en aérosols, préalablement à l'application de techniques de désencombrement ou en accompagnement de celle-ci, des produits non médicamenteux ou des produits médicamenteux prescrits par le médecin ; c) A mettre en place une ventilation par masque ; d) A mesurer le débit respiratoire maximum ; 3° A prévenir les escarres ; 4° A assurer la prévention non médicamenteuse des thromboses veineuses ; 5° A contribuer à la lutte contre la douleur et à participer aux soins palliatifs ».

C. santé publ., art. R4321-11 : « En milieu sportif, le masseur-kinésithérapeute est habilité à participer à l'établissement des bilans d'aptitude aux activités physiques et sportives et au suivi de l'entraînement et des compétitions ».

C. santé publ., art. R4321-12 : « Le masseur-kinésithérapeute est habilité à participer à la réalisation de bilans ergonomiques et à participer à la recherche ergonomique ».

⁷⁹³ C. santé publ., art. R4321-8 : « Sur prescription médicale, et à condition qu'un médecin puisse intervenir à tout moment, le masseur-kinésithérapeute est habilité : 1° A pratiquer des élongations vertébrales par tractions mécaniques, par mise en œuvre manuelle ou électrique ; 2° A participer à la rééducation cardio-vasculaire de sujets atteints d'infarctus du myocarde récent et à procéder à l'enregistrement d'électrocardiogrammes au cours des séances de rééducation cardiovasculaire, l'interprétation en étant réservée au médecin ; 3° A participer à la rééducation respiratoire ».

⁷⁹⁴ C. santé publ., art. R4321-10 : « En cas d'urgence et en l'absence d'un médecin, le masseur-kinésithérapeute est habilité à accomplir les gestes de secours nécessaires jusqu'à l'intervention d'un médecin. Un compte rendu des actes accomplis dans ces conditions est remis au médecin dès son intervention ».

illégalement la médecine et encourt, selon l'article L4161-5 du Code de la santé publique⁷⁹⁵, une peine de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. Il en est ainsi du masseur-kinésithérapeute qui intervient auprès de patients qui « viennent le consulter en qualité d'étiopathe de leur propre chef sans ordonnance médicale ou après échec d'un traitement médical »⁷⁹⁶ ou qui procède à une manipulation vertébrale sur un patient qui n'a pas consulté préalablement un médecin⁷⁹⁷.

Un monopole « protégé ». Le Droit pénal n'a pas pour vocation première de « protéger » les individus, mais de sanctionner la violation d'interdits. Toutefois, si l'effet instrumental de la loi pénale est de permettre une répression, son effet symbolique, lui, traduit l'identification de certaines valeurs protégées par le Droit pénal. Ainsi, si le Droit pénal consiste avant tout en un droit de punir, son application permet de déduire quelles sont les valeurs sociales qu'il préserve⁷⁹⁸. Rien ne garantit mieux les valeurs que reconnaît une société que la manière dont elle les protège et les impose par son système législatif⁷⁹⁹. L'étude des infractions relatives à l'exercice du massage médical par les masseurs-kinésithérapeutes permet de considérer qu'il existe une réelle protection du monopole des masseurs-kinésithérapeutes pour la pratique du massage médical.

Selon l'article L4323-4 du Code de la santé publique, l'exercice illégal de la profession de masseur-kinésithérapeute est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende⁸⁰⁰. Le législateur n'a pas précisé ce que recouvre l'expression « exercice illégal » : il

⁷⁹⁵ C. santé publ., art. L4161-5 : « L'exercice illégal de la profession de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Les personnes physiques encourent également les peines complémentaires suivantes : a) L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal ; b) La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, conformément à l'article 131-21 du code pénal ; c) L'interdiction définitive ou pour une durée de cinq ans au plus d'exercer une ou plusieurs professions régies par le présent code ou toute autre activité professionnelle ou sociale à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, suivant les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal ; d) L'interdiction d'exercer pour une durée de cinq ans l'activité de prestataire de formation professionnelle continue au sens de l'article 6313-1 du code du travail. Le fait d'exercer l'une de ces activités malgré une décision judiciaire d'interdiction définitive ou temporaire est puni des mêmes peines ».

⁷⁹⁶ Cass. crim., 17 juill. 1987, pourvoi n° 86-96.743.

⁷⁹⁷ CA Paris, 3 mai 1990, D. 1990, IR, p. 144. Non seulement les manipulations vertébrales relèvent de la compétence des seuls médecins (arrêté du 6 janvier 1962 fixant liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyses médicales non médecins – article 2), mais les masseurs-kinésithérapeutes ne peuvent agir que sur ordonnance médicale.

⁷⁹⁸ CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2^e éd. 2004, p. 400 : « Le vrai pourrait bien être que le symbole se dégage, s'exhale de la partie instrumentale de la loi, et que ce n'est pas quand il a été voulu par le législateur qu'il réussit le mieux à le devenir, mais bien quand les sujets de la loi sentent sa force de symbole à travers un texte apparemment prosaïque. Réciproquement, reconnaissons que les symboles sont en danger de s'évanouir lorsqu'ils ne sont pas soutenus par des dispositions instrumentales ».

⁷⁹⁹ LECLERC H., *Le nouveau Code pénal*, Seuil, coll. « Point », 1994, p. 12 : « Un Code pénal n'est pas seulement une collection de textes répressifs. Au travers des interdits qu'il définit et de leur gravité relative se dessinent en creux les valeurs qu'une société veut protéger et leur hiérarchie ».

⁸⁰⁰ C. santé publ., art. L4323-4 : « L'exercice illégal de la profession de masseur-kinésithérapeute est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. L'exercice illégal de la profession de pédicure-podologue est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Les personnes physiques encourent également les peines complémentaires suivantes : a) L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal ; b) La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, conformément à l'article 131-21 du code pénal ; c) L'interdiction définitive ou pour une durée de cinq ans au plus d'exercer une ou plusieurs professions régies par le présent code ou toute autre activité professionnelle ou sociale à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, suivant les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal. Le fait d'exercer l'une de ces activités malgré une décision judiciaire d'interdiction définitive ou temporaire est puni des mêmes peines. Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, de l'infraction

faut comprendre l'exercice de la profession sans satisfaire aux conditions exigées par la loi, c'est-à-dire sans compétence juridique valide. Il en est ainsi lorsqu'une personne pratique un massage médical sans avoir de diplôme, ou sans être inscrit à l'Ordre ou sans avoir enregistré son diplôme d'état. Si tel est le cas (élément matériel) et que l'individu a agi sciemment (élément moral), il commet alors le délit. Le tribunal correctionnel de Metz, par exemple, a condamné une praticienne qui a réalisé des drainages lymphatiques en France sans que son diplôme allemand de masseur-kinésithérapeute ne soit reconnu en France : elle a une compétence matérielle non contestée, mais aucune compétence juridique⁸⁰¹.

Deux autres délits peuvent être retenus pour une pratique sans compétence juridique de la profession de masseur-kinésithérapeute. D'une part, il s'agit de l'usurpation de titre prévue par l'article L4323-5 du Code de la santé publique⁸⁰² : l'usage sans droit de la profession de masseur-kinésithérapeute est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. La cour d'appel de Montpellier a récemment considéré, par exemple, que le délit est constitué lorsqu'un homme se présente comme kinésithérapeute aux domiciles de femmes âgées pour leurs proposer ses services⁸⁰³. D'autre part, l'usage sans droit de l'insigne de la profession est prohibé selon l'article 433-14 2° du Code pénal⁸⁰⁴ et fait encourir une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. En effet, l'article L4321-12 du Code de la santé publique⁸⁰⁵ autorise les masseurs-kinésithérapeutes à porter l'insigne de la profession dont l'usage leur est strictement réservé. Tout port illégal constitue l'infraction de l'article 433-14 2° du Code pénal précité.

2) Les massages « de confort » : un exercice partagé ?

La fin du monopole des masseurs-kinésithérapeutes ? L'ancien article L487 du Code de la santé publique ne permettait aucun doute quant à l'exercice réservé de tout massage aux seuls masseurs-kinésithérapeutes. Le monopole du massage, en son entier, y était inscrit en des termes non équivoques : « (...) nul ne peut exercer la profession de masseur-kinésithérapeute, c'est-à-dire pratiquer le massage et la gymnastique médicale, s'il n'est muni du diplôme d'Etat de masseur-kinésithérapeute et inscrit au tableau de l'ordre (...) ». Une ordonnance du 15 juin 2000⁸⁰⁶, visant une harmonisation rédactionnelle des normes régissant les professions de santé,

définie au présent article encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal, les peines prévues par les 2° à 9° de l'article 131-39 du même code. L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du même code porte sur une ou plusieurs professions régies par le présent code ou toute autre activité professionnelle ou sociale à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ».

⁸⁰¹ T. corr. Metz, 22 janv. 1998, n°rôle : 981858.

⁸⁰² C. santé publ., art L4323-5 : « L'usage sans droit de la qualité de masseur-kinésithérapeute, de gymnaste médical, de masseur, de pédicure-podologue, de pédicure, de podologue ou d'un diplôme, certificat ou autre titre légalement requis pour l'exercice de ces professions est puni comme le délit d'usurpation de titre prévu à l'article 433-17 du code pénal. Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, de l'infraction définie au présent article encourent l'amende prévue à l'article 433-17 du code pénal suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du même code, ainsi que les peines prévues aux 2° à 4° de l'article 433-25 du même code ».

⁸⁰³ CA Montpellier, 10 mars 2011, 3^{ème} ch. Corr., n°rôle : 10/01101.

⁸⁰⁴ C. pén., art. 433-14 : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende le fait, par toute personne, publiquement et sans droit : 1° De porter un costume, un uniforme ou une décoration réglementés par l'autorité publique ; 2° D'user d'un document justificatif d'une qualité professionnelle ou d'un insigne réglementés par l'autorité publique ; 3° D'utiliser un véhicule dont les signes extérieurs sont identiques à ceux utilisés par les fonctionnaires de la police nationale ou les militaires ».

⁸⁰⁵ C. santé publ., art. L4321-12 : « Les masseurs-kinésithérapeutes titulaires du diplôme d'Etat peuvent porter l'insigne respectif conforme au modèle établi par le ministre chargé de la santé et dont l'usage leur est exclusivement réservé. Il leur est délivré une carte professionnelle dont le modèle est également établi par le ministre chargé de la santé ».

⁸⁰⁶ Ordonnance n°2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie Législative du code de la santé publique, JORF 22 juin 2000, p. 9340.

transforme le texte qui devient l'actuel L4321-1 du Code de la santé publique : « *La profession de masseur-kinésithérapeute consiste à pratiquer habituellement le massage et la gymnastique médicale* ». La nouvelle formulation a très vite soulevé un réel doute quant au maintien du monopole des masseurs-kinésithérapeutes : s'agit-il d'une « libération » officielle du massage non thérapeutique ? Le Conseil d'Etat, saisi d'une requête du syndicat national des masseurs kinésithérapeutes aux vues d'annuler pour excès de pouvoir l'ordonnance du 15 juin 2000 et de rétablir les dispositions de l'ancien article L487 du Code de la santé publique, s'est prononcé le 29 décembre 2000⁸⁰⁷. Rappelant que la modification de rédaction se fait à droit constant, la juridiction administrative considère que le changement introduit dans la définition de la profession de masseur-kinésithérapeute « *n'a ni pour objet ni pour effet de modifier l'état du droit relatif aux conditions d'exercice de la profession et à la répression de son exercice illégal* ». Qu'il soit thérapeutique ou non, le massage continuerait ainsi de relever de la seule compétence des masseurs-kinésithérapeutes. L'article R4321-3 du Code de la santé publique⁸⁰⁸ définit également très largement le mot « massage » comme étant : « *toute manœuvre externe, réalisée sur les tissus, dans un but thérapeutique ou non, de façon manuelle ou par l'intermédiaire d'appareils autres que les appareils d'électrothérapie, avec ou sans l'aide de produits, qui comporte une mobilisation ou une stimulation méthodique, mécanique ou réflexe de ces tissus* ». Il semblerait, dès lors, que le monopole des masseurs-kinésithérapeutes, ne soit pas remis en cause, même lorsqu'il est question de massage non thérapeutique. Les non masseurs-kinésithérapeutes qui pratiquent un massage non thérapeutique seraient-ils tous des « hors-la-loi » ?

En réalité, la situation est loin d'être aussi certaine. En dépit de la décision du Conseil d'Etat et de l'article R4321-3 du Code de la santé publique, le monopole des masseurs-kinésithérapeutes est largement contesté en ce qui concerne les massages dits « de confort » (A), bien que leur pratique ne soit pas toujours licite (B).

A. Un monopole des masseurs-kinésithérapeutes contesté

Les esthéticiens : des jeux de mains aux jeux de mots ? L'essentiel du contentieux relatif aux massages « de confort » porte sur l'activité des esthéticiens : peuvent-elles pratiquer légalement un massage « de confort » ? La profession n'est réglementée que depuis la loi du 5 juillet 1996⁸⁰⁹, qui rend obligatoire la qualification professionnelle des esthéticiens⁸¹⁰. Cette loi, non exclusivement consacrée aux esthéticiens, demeure toutefois succincte et, ni l'activité d'esthéticien, ni leur champ de compétences, n'y sont clairement définis ou précisés⁸¹¹. Toutefois, plusieurs éléments indicatifs permettent de délimiter en partie ce champ de compétences des esthéticiens, qui paraît avoir connu des variations dans le temps.

⁸⁰⁷ CE, 29 déc. 2000, n°223361.

⁸⁰⁸ Ancien article 3 du décret de compétences du 8 octobre 1996. Le décret n°96-879 du 8 octobre 1996, modifié par le décret n°2000-577 du 27 juin 2000, est inséré aux articles R4321-1 et s. du Code de la santé publique par le décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code.

⁸⁰⁹ Loi n°96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, JORF 6 juill. 1996, p. 10199.

⁸¹⁰ L'article 16-I de la loi précise que « *quels que soient le statut juridique et les caractéristiques de l'entreprise, ne peuvent être exercées que par une personne qualifiée professionnellement ou sous le contrôle effectif et permanent de celle-ci, les activités suivantes :..., les soins esthétiques à la personne autres que médicaux et paramédicaux...* ».

⁸¹¹ V° NEFUSSY-LEROY N., « La réglementation de la profession d'esthéticien – Loi n°96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat », *LPA* 18 sept. 1996, n°113, p. 9.

Avant même la loi de 1996, la Cour de cassation a explicitement affirmé dès 1963 que « *les soins esthétiques donnés à des biens portants n'entrent pas dans le monopole médical* »⁸¹². Aussi, les esthéticiens ne peuvent pratiquer un acte médical sans commettre un exercice illégal de la médecine⁸¹³. Par la suite, la Cour suprême a également décidé que le législateur n'ayant pas pris le soin d'accorder au pluriel l'adjectif « médical », il fallait comprendre l'expression « *le massage et la gymnastique médicale* »⁸¹⁴ comme visant **tout massage et la gymnastique médicale**⁸¹⁵, l'adjectif « médical » ne doit pas s'appliquer au mot « massage ». Les esthéticiens ne pouvaient donc pas effectuer de massage, qu'il soit thérapeutique ou non.

En 1996, le législateur se contente de rendre obligatoire la qualification professionnelle des esthéticiens⁸¹⁶. Puis la loi du 2 août 2005⁸¹⁷ fait sienne la décision de la Cour de cassation de 1963 et précise que « *les modelages esthétiques de confort [sont] sans finalité médicale* ». Le législateur use d'un vocabulaire spécifique⁸¹⁸ pour déterminer les actes esthétiques et le terme « confort » intègre « *les mots de la loi* »⁸¹⁹. Enfin, la loi du 23 juillet 2010⁸²⁰ définit la notion de « modelage » : il s'agit de « (...) *toute manœuvre superficielle externe réalisée sur la peau du visage et du corps humain dans un but exclusivement esthétique et de confort, à l'exclusion de toute finalité médicale et thérapeutique. Cette manœuvre peut être soit manuelle, éventuellement pour assurer la pénétration d'un produit cosmétique, soit facilitée par un appareil à visée esthétique* ». Est ainsi reconnu officiellement aux esthéticiens, depuis 2005, la possibilité de réaliser uniquement des modelages, dont ils auraient le monopole. Le Droit ne fait-il pas alors preuve d'une particulière ironie ? En effet, quelle différence existe-t-il entre un modelage ou un massage superficiel ? Les deux termes ne sont-ils pas similaires ? En réalité, la définition du modelage esthétique de confort pourrait très bien s'appliquer au massage « de confort ». Le mot « modelage » est utilisé pour désigner la possibilité pour les esthéticiens de réaliser des massages superficiels mais sans le reconnaître expressément et surtout, sans user du terme « massage ».

A la lecture des travaux préparatoires de la loi du 2 août 2005, il semble évident que c'est avec un grand soin et une prudence excessive que le législateur a choisi le terme « modelage » et non « massage de confort » ou « massage superficiel » : ne pas utiliser le mot « massage » relève davantage d'une volonté que d'un oubli. Ce texte manifestait surtout le souci du législateur de répondre à la pratique courante chez d'autres professionnels que les masseurs-kinésithérapeutes, notamment les esthéticiens, de procéder à certains massages, de sorte qu'un assouplissement de la rigueur du monopole des masseurs-kinésithérapeutes était apparu

⁸¹² Cass. Crim., 30 avril 1963, *D.* 1963, p. 729, note R. SAVATIER.

⁸¹³ C. santé publ., art. L4161-5.

⁸¹⁴ Expression figurant à l'ancien article L487 du Code de la santé publique et à l'actuel article L4321-1.

⁸¹⁵ Cass. Crim., 8 juill. 1970, *D.* 1970, p. 614.

⁸¹⁶ Loi du 5 juillet 1996, art. 16 : « *Quels que soient le statut juridique et les caractéristiques de l'entreprise, ne peuvent être exercées que par une personne qualifiée professionnellement ou sous le contrôle effectif et permanent de celle-ci les activités suivantes : (...) les soins esthétiques à la personne autres que médicaux et paramédicaux (...)* ».

⁸¹⁷ Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, JORF 3 août 2005, p. 12639.

⁸¹⁸ La jurisprudence considérait déjà, avant cette loi, que les esthéticiens pouvaient exercer un modelage. Par ex. : CA Metz, 13 juin 1979, n° rôle : 398179 : une esthéticienne est poursuivie pour exercice illégal de la profession de masseur-kinésithérapeute pour avoir réalisé des modelages de visage. La cour considère qu'il s'agit de simples effleurages de la peau du visage à l'exclusion du corps, des modelages qu'elle a tout latitude de pratiquer.

⁸¹⁹ Expression empruntée à CORNU G., *Linguistique juridique*, Montchrétien, coll. « Domat Droit privé », 3^e éd., 2005, *passim*.

⁸²⁰ Loi n°2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, JORF 28 juill. 2010, p. 13955.

nécessaire⁸²¹. Le choix se voulait conscient et pris avec discernement : le législateur ne voulait absolument pas empiéter sur le monopole des masseurs-kinésithérapeutes. Cependant, les champs de compétences des masseurs-kinésithérapeutes et des esthéticiens ne sont pas si clairement distincts du seul fait de l'emploi de deux mots différents, d'autant qu'entre massage et modelage, la différence semble mince : pour le législateur, des jeux de mains aux jeux de mots, il semble n'y avoir qu'un pas. Si le vocabulaire est réservé par la loi (le mot « massage » est destiné aux seuls masseurs-kinésithérapeutes), la technique paraît partagée depuis 2005 (certains actes, les « modelages », peuvent légalement être effectués par un esthéticien). Ne pas utiliser le mot n'empêche pas l'art du toucher de « se diviser » entre plusieurs professionnels.

Il est intéressant de constater que les juges du fond emploient fréquemment le mot « massage » pour désigner les actes esthétiques. Très souvent, ils énoncent qu'il doit être opéré « *une distinction entre le massage superficiel à caractère esthétique et le massage en profondeur à caractère médical* »⁸²². Les effleurages superficiels relèvent de la compétence des esthéticiens et les pétrissages en profondeur de la compétence des masseurs-kinésithérapeutes. Que certains juges emploient expressément le mot « massage » ne permet pas d'établir clairement une distinction entre le massage thérapeutique et le massage « de confort », mais paraît assurément moins ironique. Toutefois, qu'ils soient appelés « modelages », « massages superficiels », ou massages « de confort », toute la difficulté est de déterminer une liste exhaustive des « massages » pouvant être exercés par une esthéticienne.

Les « salons de massage » - « salon de prostitution » : des jeux de mains aux jeux « coquins » ? Hormis les rares hypothèses où le massé demeure vêtu⁸²³, la majorité des gestes s'effectue « de *peau à peau* »⁸²⁴, sur une personne nue ou partiellement dévêtue. A ceci s'ajoute le fait que pour les massages « de confort », davantage encore que pour les massages thérapeutiques, « *être massé implique une satisfaction d'ordre physique qui peut poser problème si elle n'est pas clairement située et délimitée...* »⁸²⁵. Tout exercice du massage pourrait dès lors être « détourné » pour devenir un acte prostitutionnel, soit à la demande du massé, soit à la demande du masseur.

Le « plus vieux métier du monde » est depuis des siècles un sujet de préoccupation dans nos sociétés ; tous les états sont confrontés à l'existence d'un « *marché tarifés des amours* »⁸²⁶. La prostitution, souvent affublée d'une conception péjorative et considérée comme un acte déviant et blâmable, n'est pas, en France, une infraction pénale⁸²⁷. Tout individu a le choix de sa sexualité et peut donc librement décider de monnayer ses prestations : une chose sont les produits du corps humain, une autre est les « services » qu'il peut rendre. Le droit à disposer de

⁸²¹ De nombreuses questions parlementaires en attestent. Par ex. : question n°22154 – Sénat (Santé et solidarités), 27 juill., 2006, p. 2016 ; question n°71781 – Ass. Nat. (Santé et solidarités), 20 déc. 2005, p. 11840 ; question n°64117 – Ass. Nat. (Santé et solidarités), 20 déc. 2005, p. 11836 ; question n°71801 – Ass. Nat. (Petites et moyennes entreprises, commerce, artisanat et professions libérales), 20 sept. 2005, p. 8800 ; question n°70234 – Ass. Nat. (Petites et moyennes entreprises, commerce, artisanat et professions libérales), 20 sept. 2005, p. 8799.

⁸²² Le premier est dévolu aux esthéticiens, le second aux masseurs-kinésithérapeutes. Cette formule est reprise par de nombreux jugements et arrêts. Par ex. : TGI Bonneville, 16 juin 2000, n° jugement 2000-1715 ; CA Versailles, 21 janv. 2005, n° rôle : 04/00486.

⁸²³ Comme le *amma* ou le massage chinois : cf. *infra*.

⁸²⁴ Expression empruntée à MARINHO DOEMART H., *Massages thérapeutiques et massages de « confort »*, Mémoire D. U. Droit et responsabilités des professions paramédicales, Nancy, 2007, p. 28.

⁸²⁵ DUFOUR M., COLNE P., GOUILLY P., *Massages et massothérapie : effets, techniques et applications*, éd. Maloine, 2006, 2^{ème} éd., p. 19.

⁸²⁶ PY B., « Prostitution, proxénétisme, racolage », *Répertoire Dalloz*, mai 2006, n°1.

⁸²⁷ La Cour de cassation a eu l'occasion de définir la prostitution pour la première fois dans un arrêt du 27 mars 1996 : « *la prostitution consiste, à se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui* » (Cass. Crim., 27 mars 1996, pourvoi n°95-82.016).

son corps permet jusqu'à l'utilisation de son propre corps à des fins lucratives. Toutefois, si le principe demeure (encore⁸²⁸) l'impunité du fait prostitutionnel, il existe des infractions limitrophes qui sanctionnent des comportements périphériques à la prostitution, notamment le proxénétisme⁸²⁹ et le racolage⁸³⁰.

Les fameux salons de massage qui offrent des « finitions » font souvent la une des médias⁸³¹. Bien que les chiffres relayés par la presse ne puissent pas toujours être vérifiés, nul ne peut nier que de telles pratiques existent⁸³². Certains gérants d'établissements dits de prostitution clandestine ont déjà fait l'objet de condamnations pour proxénétisme⁸³³, tant sous l'empire de l'ancien Code pénal⁸³⁴ que du nouveau⁸³⁵.

Au-delà de l'existence de « ces salons de massage » qui serviraient de couverture à l'exercice de faits prostitutionnels, c'est la détermination d'une frontière entre le massage thérapeutique et/ou « de confort » et le massage sexuel qui interpelle le plus les professionnels du massage (qu'ils s'agissent des masseurs-kinésithérapeutes ou d'autres personnes). A partir de quand un massage pratiqué sur un pénis ou la poitrine, par exemple, « dépasse » l'objectif poursuivi (thérapeutique ou de bien-être) pour pénétrer le champ de la sexualité ? Le risque d'être poursuivi pour proxénétisme et/ou racolage effraie les professionnels. Il convient de rappeler que la définition de la prostitution exigeant un but particulier – la satisfaction des besoins sexuels d'autrui – le masseur ne se prostitue pas à chaque fois que le massé prend du plaisir⁸³⁶. Le plaisir du massé n'est fort heureusement un élément d'identification d'un fait prostitutionnel⁸³⁷. Et, sans acte prostitutionnel, il ne peut y avoir ni proxénétisme, ni racolage.

La multiplicité des situations litigieuses. Si la majorité du contentieux repose sur la pratique de massages « de confort » par des esthéticiens, les situations litigieuses s'avèrent bien plus diversifiées. Des massages sur les plages et les aires d'autoroutes, en passant par les salons de coiffures ou les instituts de beauté, jusqu'aux salons de « pur » plaisir, les lieux et les personnes proposant leurs services sont aussi divers et variés que les différents massages « de confort »

⁸²⁸ Il faut préciser qu'il est envisagé, depuis peu, la répression des clients de prostitués. Une proposition de loi visant à la pénalisation des clients de prostitués devrait voir le jour au printemps 2012 ; elle serait à l'initiative de Roselyne BACHELOT. Une proposition qui suscite déjà des débats houleux alors même qu'elle n'existe pas encore !

⁸²⁹ C. pén., art. 225-5 et s.

⁸³⁰ C. pén., art. 225-10-1.

⁸³¹ Par ex. : CRISA L., « Même sans maisons closes, la prostitution se met à l'abri », *Rue 89*, 8 avril 2010, <http://www.rue89.com/>

⁸³² A ce sujet, de nombreuses questions parlementaires peuvent être relevées. Par ex. : question n°3376 – Ass. Nat. (Santé, jeunesse et sports), 16 oct. 2007, p. 6385 ; question n° 961 – Ass. Nat. (Santé, jeunesse et sports), 11 sept. 2007, p. 5562 ; question n°120870 – Ass. Nat. (Intérieur, Outre-mer et collectivités territoriales), 19 juin, p. 4746 ; question n°119885 – Ass. Nat. (Intérieur et aménagement du territoire), 10 avril 2007, p. 3614.

⁸³³ Ancien article 334-1 ; actuels articles 225-5 et s. du Code pénal.

⁸³⁴ Par ex. : Cass. Crim., 25 oct. 1978, pourvoi n°78-90.425 ; Cass. Crim., 24 avril 1981, n°JurisData : 1981-001706 ; CA Paris, ch. 11, sect. B, 10 nov. 1983, n°JurisData : 1983-028910 ; CA Poitiers, ch. D'accusation, 8 nov. 1988, n°JurisData : 1988-047172.

⁸³⁵ Par ex. : Cass. Crim., 2 juin 1999, pourvoi n°98-83.524 ; CA Agen, 9 mars 2000, n°JurisData : 2000-176580 ; CA Rennes, 7 juin 2006, n°206-307883.

⁸³⁶ Tout comme le médecin ou les professionnels paramédicaux lorsqu'ils effectuent des actes médicaux/paramédicaux sur un patient qui y prend du plaisir : un toucher rectal, un contrôle vaginal, la toilette des parties intimes...

⁸³⁷ Il est d'ailleurs fortement envisageable de considérer qu'un client de prostitué puisse rechercher un acte prostitutionnel et, bien que celui-ci soit effectué, qu'il ne parvienne pas à obtenir du plaisir. La prostitution vise la satisfaction des besoins sexuels, non du plaisir.

proposés : le *amma*⁸³⁸, le *ayurvedia*⁸³⁹, le cachemirien⁸⁴⁰, le californien⁸⁴¹, le chinois⁸⁴², le coréen⁸⁴³, l'hawaïen⁸⁴⁴, le shiatsu⁸⁴⁵, le suédois⁸⁴⁶, les points-gâchettes⁸⁴⁷, le thaïlandais⁸⁴⁸, le *watsu*⁸⁴⁹... Même si depuis la loi du 2 août 2005, les esthéticiens ont le monopole du modelage, et malgré la définition légale du terme depuis 2010, la pratique de tous les massages « de confort » n'est pas réservée aux seuls esthéticiens. Tout comme le fait que le législateur semble user d'un subterfuge lexical (en refusant d'employer le mot massage), les professionnels non esthéticiens qui pratiquent des massages « de confort » ne les qualifient ni de massages, ni de modelages pour pouvoir les effectuer. Il est ainsi fréquent de rencontrer les expressions « soins du corps », « soins bien-être », « soins détente », « séances de relaxation », etc.

Ces professionnels font parfois l'objet de poursuites pour exercice illégal de la profession de masseur-kinésithérapeute. Ont ainsi été condamnés un héliothérapeute qui pratiquait des massages réflexogènes accompagnés de régimes alimentaires⁸⁵⁰, un moine qui réalisait des massages « énergétiques » sur des enfants nus⁸⁵¹, ou encore une pharmacienne dermocosmétologue qui utilisait un appareil reproduisant le palper-roulé⁸⁵². A l'inverse, ont été relaxés un homme proposant une activité de « toucher psycho-corporel »⁸⁵³, des infirmières qui ont constitué une société ayant pour objet les prestations de services à la personne (parmi

⁸³⁸ Le *amma* est un massage japonais. Le terme signifie « massage assis » ou « massage sur chaise ». Il s'agit de parcourir l'ensemble des méridiens sur plus de cent quarante points spécifiques par différentes techniques de la main et du coude : balayages énergétiques, étirements, pressions et percussions. Il s'exécute sur une personne vêtue.

⁸³⁹ Le *ayurvedia* est un massage indien qui consiste en des pressions sur différents points ayurvédiques (c'est-à-dire des points d'énergie), avec usage d'huiles chaudes. Il s'exécute sur une personne partiellement dévêtue.

⁸⁴⁰ Le massage cachemirien fait partie intégrante du yoga et repose sur la connaissance du corps et des *marmas*, qui sont des lieux de jonction ou de rencontre : ligaments, vaisseaux, muscles, os et articulations. Il s'exécute sur une personne partiellement dévêtue.

⁸⁴¹ Le massage californien se pratique sur un corps nu et se caractérise par de longs mouvements en surface avec une huile de massage : l'effleurage, la friction et le pétrissage.

⁸⁴² Le massage chinois fait partie intégrante de la médecine traditionnelle chinoise. Son objectif est d'améliorer la circulation de l'énergie vitale. Ce massage prend en compte les méridiens et les points d'acupuncture du corps. Il s'exécute sur une personne vêtue.

⁸⁴³ Le massage coréen n'impose que des contacts très limités avec le corps du massé : la particularité de la relaxation coréenne est de n'utiliser qu'un type de manœuvre, la « vibration », extérieure, mais intérieure surtout.

⁸⁴⁴ Le massage hawaïen se fait directement sur la peau à l'aide d'une grande quantité d'huile, il s'agit essentiellement de frictions rapides. Il s'exécute sur une personne partiellement dévêtue.

⁸⁴⁵ Le shiatsu est un massage japonais consistant à pratiquer des pressions avec les pouces sur les points du corps qui correspondent aux méridiens d'acupuncture. Il s'exécute sur une personne partiellement dévêtue.

⁸⁴⁶ Le massage suédois non thérapeutique s'exécute sur les attaches musculaires, les tendons et les muscles. Il a pour but de procurer une grande détente musculaire et de favoriser ainsi l'augmentation de l'amplitude de mouvement. Il s'exécute sur une personne partiellement dévêtue.

⁸⁴⁷ Les points-gâchettes sont des points de tension à l'intérieur de tissus musculaires. Il s'agit d'exercer une pression longue et forte sur ces points pour aider à éliminer les douleurs articulaires, les tensions et les douleurs musculaires et/ou améliorer la capacité des mouvements. Il s'exécute sur une personne partiellement dévêtue.

⁸⁴⁸ Le massage thaïlandais est une combinaison de massages en surface, d'acupressure et d'étirements. Il s'exécute sur une personne partiellement dévêtue.

⁸⁴⁹ Le *watsu* est un massage pratiqué sur une personne flottant à la surface d'un bassin d'eau peu profonde. Il s'exécute sur une personne partiellement dévêtue.

⁸⁵⁰ CA Limoges, 27 mai 1998, n° rôle 97/00217 : Pour la cour, même si ces actes sont *a priori* superficiels, cette méthode est parfois utilisée à des fins thérapeutiques pour traiter des surcharges pondérales, notamment en préalable à des interventions chirurgicales.

⁸⁵¹ CA Agen, 9 oct. 1997, n° rôle : 97/00053 : Pour la cour, il s'agit de massages au sens du décret de compétence des masseurs-kinésithérapeutes, peu importe le qualificatif « énergétique » employé par le prévenu.

⁸⁵² CA Lyon, 17 oct. 1996, n° rôle : 95/02784.

⁸⁵³ CA Montpellier, 2 juill. 2009, 3^{ème} ch. Corr., n° rôle : 08/02207 : Pour la cour, ce ne sont pas des massages au sens du Code de la santé publique, puisqu'ils ne comportent pas de mobilisation méthodique, mécanique ou réflexe des tissus.

lesquelles le bien-être, la relaxation et la détente)⁸⁵⁴, une personne effectuant des massages « de confort » aux automobilistes sur les aires de repos⁸⁵⁵, ou encore ceux qui effectuent des séances de relaxation et de détente aux coureurs cyclistes du Tour de France⁸⁵⁶.

Notons que pour réussir à « détrôner » les masseurs-kinésithérapeutes de leur monopole quant à l'exercice de tout massage, non seulement les différents professionnels du massage « de confort » se regroupent en association pour renforcer leurs actions revendicatives⁸⁵⁷, mais ils ont également créé la Fédération Française Massage Bien-être, qui a pour objectif « *d'asseoir une reconnaissance légitime et un meilleur encadrement professionnel de cette activité en France* »⁸⁵⁸. Leurs prétentions ne sont pas exclusivement tournées vers les actes de massage au sens du Code de la santé publique. Il est ainsi remarqué que les esthéticiens, membres de la fédération, revendiquent l'utilisation du laser à des fins esthétiques (aujourd'hui réservée aux docteurs en médecine)⁸⁵⁹.

B. Vers un partage de l'exercice des massages « de confort » ?

Une frontière douteuse. Depuis longtemps déjà, l'essentiel des décisions de Justice porte sur l'exercice de massage « de confort » des esthéticiens. Ce contentieux illustre en réalité un problème plus général : celui de la détermination d'une frontière précise entre le massage thérapeutique et le massage « de confort ». Plusieurs difficultés semblent empêcher d'établir une nette distinction. D'une part, une seule et même technique peut être réalisée, soit de manière similaire, soit de manière légèrement différente, dans des desseins parfaitement différents. Plus ou moins réalisée en profondeur, elle se verra attribuer le nom légal de massage (et donc relèvera du monopole des masseurs-kinésithérapeutes) ou de modelage (monopole des esthéticiens) ou encore un simple « *toucher de relaxation* »⁸⁶⁰ (pouvant être pratiqué par de nombreux professionnels. D'autre part, même si des listes exhaustives déterminant précisément les compétences de chacun des professionnels de l'art du toucher étaient établies, non seulement, elles feraient sans doute l'objet de modifications régulières (aux vues du progrès), mais il se poserait la question de leur possible et réelle distinction, ne serait-ce que visuelle⁸⁶¹.

Un contentieux incertain. Le nombre conséquent de décisions de Justice à propos de l'utilisation par les esthéticiens d'appareils, qui reproduisent la technique du palper-roulé (type Cellu M6) ou qui utilisent un circuit électrique de faible intensité (type Lippox), manifeste le caractère incertain et fluctuant des solutions jurisprudentielles. Avant même d'étudier ce contentieux, il convient de préciser que le palper-roulé consiste à désolidariser la couche la plus profonde de la peau, l'hypoderme, de l'enveloppe de l'organe sous-jacent, le fascia. Il s'agit d'une technique utilisée pour les besoins du drainage lymphatique. Ce dernier peut avoir un objet médical (essentiellement de résorber les œdèmes en accélérant la réabsorption des

⁸⁵⁴ CA Rouen, 11 févr. 2009, 1^{ère} ch., n° rôle : 07/04517 : Pour la cour, ce sont de simples « *touchers de confort et de relaxation* », non un massage au sens légal.

⁸⁵⁵ Il s'agit de la célèbre affaire « massage bien-être » : CA Dijon, 11 sept. 2003, n° rôle : 03/00102 ; TGI Chalon-sur-Saône, 20 janv. 2003.

⁸⁵⁶ CA Paris, 19 juill. 1951, *D.* 1953, p. 62.

⁸⁵⁷ L'une des principales associations est l'Association Soutien Massage Bien-être. V° <http://www.asmbe.com/>

⁸⁵⁸ V° <http://www.ffmbe.fr/>

⁸⁵⁹ A ce titre, plusieurs questions parlementaires peuvent être relevées. Par ex. : question n°37628 – Ass. Nat. (santé et sport), 27 janv. 2009, p. 896 ; question n°5700 – Sénat (Santé, jeunesse, sports et vie associative), 11 déc. 2008, p. 2499 ; question n°5643 – Sénat (Santé, jeunesse, sports et vie associative), 11 déc. 2008, p. 2498 ; question n°30584 – Ass. Nat. (Santé, jeunesse, sports et vie associative), 18 nov. 2008, p. 10024.

⁸⁶⁰ Expression « émergente » devant les juridictions du fond. Par ex. : CA Montpellier, 2 juill. 2009, 3^{ème} ch., n° rôle : 08/02207 ; CA Versailles 4 mars 2009, n° rôle : 07/02093 ; CA Rouen, 11 févr. 2009, 1^{ère} ch., n° rôle : 07/04517.

⁸⁶¹ Comment, même pour un « expert » du toucher, serait-il toujours possible, de distinguer un massage, d'un modelage ? L'emploi d'appareils pourrait être un indicateur, mais *quid* lorsqu'il s'agit d'actes purement manuels ?

liquides, de stimuler les processus immunitaires et de favoriser la régénération tissulaire), mais aussi un objet esthétique (principalement de revivifier la peau pour donner une sensation de bien-être, de combattre la cellulite, d'atténuer l'effet « peau d'orange » et de traiter les peaux ridées).

Dans un premier temps, les juges restent fermés à l'argument selon lequel le bulletin officiel de l'éducation nationale inscrit au programme des esthéticiens le palper-roulé et les « *drainages lymphatiques esthétiques* »⁸⁶² et condamnent pour exercice illégal de la profession de masseur-kinésithérapeute les esthéticiens qui recouraient à de tels appareils⁸⁶³. A compter des années 2000, les juridictions du fond commencent à présenter des divergences de jurisprudence. Certains juges du fond relaxent les esthéticiens en se fondant sur la distinction jurisprudentielle entre le massage superficiel et le massage en profondeur⁸⁶⁴, ou sur son utilisation purement esthétique⁸⁶⁵, ou encore en raison de la vente libre desdits appareils aux esthéticiens⁸⁶⁶. D'autres continuent de condamner les esthéticiens en considérant que les drainages lymphatiques – manuels ou reproduits par un appareil – sont des massages au sens du Code de la santé publique⁸⁶⁷ et restent totalement indifférent au but purement esthétique poursuivi⁸⁶⁸. L'incertitude semble aujourd'hui dépassée, puisque la Cour de cassation dans un arrêt du 20 mars 2007 considère qu'un tel appareil reproduit un massage au sens des articles L4321-1 et L4321-2 du Code de la santé publique⁸⁶⁹. Indépendamment de la vente libre de l'appareil⁸⁷⁰, de la mention « drainage lymphatique esthétique » au programme des esthéticiens, le but esthétique demeure indifférent⁸⁷¹, l'utilisation d'une telle machine par un esthéticien est un exercice illégal de la profession de masseur-kinésithérapeute. Depuis cet arrêt de la juridiction suprême, et malgré l'existence d'une décision d'une cour d'appel retenant l'erreur de droit⁸⁷², la solution semble actée.

Ce contentieux relatif aux appareils reproduisant le palper-roulé n'est qu'un exemple de l'incertitude ambiante existant autour de l'exercice des massages « de confort ». Il est important de préciser qu'outre l'existence de litiges soumis aux juridictions, certains actes semblent épargnés ou oubliés (comme l'activité des coiffeurs qui offrent de plus en plus des « massages » du cuir chevelu), voire semblent tolérées (comme les « massages » réalisés par des professionnels de la santé dans l'exercice de leur profession – comme les infirmières et leurs actions de prévention des escarres).

⁸⁶² <http://www.education.gouv.fr/>

⁸⁶³ Par ex. : Cass. Crim., 8 juill. 1970, *D.* 1970, p. 614 ; TGI Dijon, 16 juin 2000, n° jugement : 2000/1715.

⁸⁶⁴ Par ex. : TGI Bonneville, 16 juin 2000, n° jugement : 2000/1914.

⁸⁶⁵ Par ex. : CA Angers, 12 juin 2001, n° rôle : 01/00075 ; TGI Grenoble, 18 mars 2002, n° jugement : 1056/MP65C ; CA Dijon, 7 juill. 2002, n° rôle : 02/00812.

⁸⁶⁶ Par ex. : TGI Grenoble, 18 mars 2002, n° jugement : 1052/MP6JC.

⁸⁶⁷ Par ex. : TGI Angers, 8 nov. 2000, n° jugement : 2000/2800 ; TGI Perpignan, 2 mai 2002, n° jugement : 02/00264 ; CA Versailles, 21 janv. 2005, n° rôle : 04/00486.

⁸⁶⁸ Par ex. : TGI Perpignan, 31 juill. 2001, n° jugement : 01/00453.

⁸⁶⁹ Cass. Crim., 20 mars 2007, pourvoi n° 05-20.546 et n° 05-21.996.

⁸⁷⁰ Il faut noter qu'en 2008, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a décidé d'annuler un contrat de vente d'un appareil d'épilation définitive à une esthéticienne, qui, en raison de sa profession « *n'avait pas la compétence lui donnant les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques requises par l'appareil réservé exclusivement aux médecins* ». Il y avait donc inexécution, pour le vendeur, de son obligation de renseignement, ce qui privait l'appareil de la moitié de son utilité (CA Aix-en-Provence, 22 janv. 2008, n° rôle : 07/01946). Une telle solution pourrait un jour être prise à propos de la vente des Cellu M6, Cellusculpt et autres appareils a priori réservés aux seuls kinésithérapeutes.

⁸⁷¹ Comme tout « mobile » en Droit pénal français.

⁸⁷² V° CA Versailles, 4 mars 2009, n° rôle : 07/02093 : Pour la cour, « *à l'époque des agissements (...) le ministère autorise la technique aux esthéticiens (formés au cours de leurs études) ; de multiples fabricants vendent librement des appareils et la pratique est couramment admise au regard du monopole litigieux non clairement fixé par les tribunaux et cours* ». La juridiction retient donc une erreur de droit.

Conclusion : Volens nolens. « *Qu'on le veuille ou non, de gré ou de force* », le massage, en son sens général du terme, c'est-à-dire à la fois le massage thérapeutique et le massage « de confort » semble désormais parfaitement ancré dans la société actuelle. Les « remparts » du monopole des masseurs-kinésithérapeutes s'effritent, doucement mais sûrement. Hier, ce sont les esthéticiens qui se sont vus reconnaître des compétences certaines dans l'art du toucher, demain peut-être s'agira-t-il d'autres professionnels comme les diététiciens, les psychothérapeutes et les professeurs de sport ?

S'il semble essentiel de maintenir un monopole des masseurs-kinésithérapeutes dans l'art du toucher thérapeutique, il paraît tout aussi important de pouvoir « sortir de l'impasse » actuelle et de réorganiser les rôles des différents intervenants dans la pratique du massage « de confort ». Nier leurs activités, effrontément, ou plus subtilement en se cachant derrière des mots, ne peut être qu'une « solution » temporaire... et, en tous les cas, ne résout pas tous les litiges.

Au risque de heurter la sensibilité de certains lecteurs, pour conclure, il nous paraît important de rappeler – sur une note plus optimiste – que, fort heureusement, le massage « privé » demeure, lui, à l'abri et loin des considérations et batailles de territoires (de compétences) que connaît son pendant « public ». A défaut de pouvoir revendiquer publiquement ses talents de masseur, certains peuvent toujours offrir leur art dans l'intimité⁸⁷³...

⁸⁷³ Si les esprits lubriques penseront immédiatement à la réalisation de massages sur son partenaire sexuel et/ou affectif, il paraît fondamental de rappeler que le massage exercé en « privé » vise en réalité bien plus d'hypothèses, comme celle d'un parent pratiquant un massage sur son enfant ou l'inverse.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	5
SOMMAIRE.....	7
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	9
INTRODUCTION.....	13
PARTIE 1 : SYNTHÈSE DES TRAVAUX DE RECHERCHE.....	17
I. <i>L'intégrité sexuelle.....</i>	17
A. Le corps regardé.....	19
1) Le corps fantasmé.....	19
2) Le corps dénudé.....	25
B. Le corps touché.....	27
1) Le corps négocié.....	28
2) Le corps abusé.....	31
II. <i>L'intégrité corporelle.....</i>	38
A. Le corps malade.....	39
1) Les corps impliqués.....	39
2) Les corps soignés.....	45
B. Le corps instrumentalisé.....	51
1) Le corps objet.....	52
2) Le corps moyen.....	56
III. <i>L'intégrité de la personne.....</i>	58
A. La personne représentée.....	58
1) L'image du vivant.....	58
2) L'image du mort.....	61
B. La personne examinée.....	62
1) La personne épiée.....	62
2) La personne enregistrée.....	65
PARTIE 2 : PERSPECTIVES DE RECHERCHE.....	69
I. <i>L'affermissement des recherches sur l'intégrité sexuelle.....</i>	71
II. <i>La consolidation des recherches sur l'intégrité corporelle.....</i>	71
III. <i>Le développement de recherches sur le corps enfermé.....</i>	73
IV. <i>L'ouverture des recherches en droit comparé.....</i>	76
ANNEXE 1 - CURRICULUM VITAE.....	77
ANNEXE 2 - LISTE COMPLETE DES PUBLICATIONS.....	79
1. DIRECTION D'OUVRAGES SCIENTIFIQUES (DOS).....	79
2. CHAPITRES DANS DES OUVRAGES SCIENTIFIQUES (OS).....	79
3. ARTICLES DANS DES REVUES AVEC COMITÉ DE LECTURE (ACL).....	80

4. COMMUNICATIONS AVEC ACTES DANS UN CONGRÈS INTERNATIONAL (C-ACTI)	81
5. COMMUNICATIONS AVEC ACTES DANS UN CONGRÈS NATIONAL (C-ACTN)	81
6. COMMUNICATIONS ORALES SANS ACTES DANS UN CONGRÈS INTERNATIONAL OU NATIONAL (C-COM).....	83
7. AUTRES PRODUCTIONS	85
ANNEXE 3 : ACTIVITES DE RECHERCHE	87
1. TRAVAUX DE THÈSE	87
2. ORGANISATION DE COLLOQUES	88
3. AUTRES ACTIVITÉS DE RECHERCHE.....	88
ANNEXE 4 – ACTIVITES D’ENCADREMENT	89
• ENCADREMENT DE THESE DE DOCTORAT (DROIT PRIVE ET SCIENCES CRIMINELLES) :	89
• ENCADREMENT DE THESE D’EXERCICE (PHARMACIE) :	89
• ENCADREMENT DE MEMOIRES (DROIT PRIVE ET SCIENCES CRIMINELLES) :	90
• PARTICIPATION A DES JURYS (THESES ET MEMOIRES) :	94
ANNEXE 5 - LES CINQ PUBLICATIONS SCIENTIFIQUES SIGNIFICATIVES.....	99
1. « LA PENALISATION DES CLIENTS DE LA PROSTITUTION : UNE INFRACTION DISCUTEE OU UN MAL DISCUTABLE ? »	101
2. « LES CONTOURS JURIDIQUES DE LA DISPENSATION DE MEDICAMENTS A UN MINEUR ».....	111
3. « L’IMPORTANCE DE LA DETERMINATION DE L’AGE DU MINEUR EN DROIT PENAL : QUAND ON AIME ON NE COMPTE PAS »	123
4. « L’IMAGE PATRIMONIALISEE DES ACTEURS PORNOGRAPHIQUES »	137
5. « LES MASSAGES : JEUX DE MAINS, JEUX DE VILAINS – REGARDS DU DROIT SUR L’ART DU TOUCHER »	159
TABLE DES MATIERES	177