

Avant-propos

En tant que directeurs de la publication du présent ouvrage, il nous sera difficile de colliger la pluralité des raisons personnelles justifiant la réalisation de celui-ci. De manières différentes, nous avons en effet eu le plaisir de croiser le chemin du professeur Molinari. Quel qu'en soit le titre, quelles que fussent les anecdotes avec Patrick qui nous passèrent par la tête lorsque vint le temps de matérialiser ce projet, il y avait derrière celui-ci un mérite tout à fait naturel.

Et puis «Mélanges Molinari», tout de même, cela se conçoit bien. Sous-jacent à cet intitulé, au même titre que les «Mélanges Popovici», se trouve une formule «franche», «sonore», qui «sonne bien»¹; il y a même une élégance toute naturelle, envers lui qui incarne si bien cette qualité.

Mais au-delà des justifications qui nous furent propres, il y avait une réelle demande de la part de la presque vingtaine d'auteurs rassemblée à cette occasion de signifier, par le biais de cet ouvrage, leur reconnaissance envers Patrick, et ce, que ce soit à titre de collègue, d'auteur de doctrine, d'assistant de recherche, de directeur de thèse, de doyen, de vice-recteur, de directeur du CRDP ou tout simplement d'ami.

Ceux qui ont déjà effectué une pareille aventure savent qu'au début, il y a pas mal d'inconnu; les lignes sont lancées et on ne sait jamais trop ni combien, ni quand ni sur quoi les auteurs souhaiteront intervenir. Néanmoins, des tendances sont très vite apparues; tendances en lien avec les champs de spécialités dans lesquels le professeur Molinari excella.

D'abord, c'est dans le cadre d'une préface que la professeure Lajoie (CRDP – Université de Montréal) présente l'évolution scientifique de Patrick A. Molinari. Qui d'autre que celle qui eut Patrick comme assistant de recherche pour présenter ses premiers pas en droit de la santé dans les années soixante-dix alors que les premières lois en la matière apparaissaient. Professeur Molinari, curieux de nature, découvrit un domaine dans lequel il concentra ses efforts pour en devenir le spécialiste. D'abord coauteur du *Traité de droit de la santé et des services sociaux*², ce texte

¹ Générosa BRAS MIRANDA, « Introduction », dans Générosa BRAS MIRANDA et Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici*, Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 1, à la p. 1.

² Andrée LAJOIE, Patrick A. MOLINARI et Jean-Marie AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981.

explique aussi comment, un peu plus tard, Patrick A. Molinari ajouta une portée théorique importante à ses propos, agrémentant ainsi son analyse positiviste d'une vision plus aérienne, plus substantielle. On y découvre enfin que l'analyse du droit de la santé telle que proposée par le professeur Molinari ne peut être isolée de la finalité première de ce pan du droit, à savoir davantage d'accès au soin.

Ensuite, et cela fera l'objet de la première partie, cet ouvrage collige deux textes en lien avec le droit pharmaceutique. D'abord, le professeur Cotnoir (Université de Poitiers) dans l'article «Le respect des bonnes pratiques dans le secteur pharmaceutique français» s'interroge sur l'impact des bonnes pratiques dans le droit pharmaceutique français, règles qui non seulement s'imposent à l'industrie pharmaceutique, mais aussi aux différentes activités liées à l'exercice des officines. Cet ensemble de règles concourt à prévenir l'occurrence du risque et contribue à la gestion des risques dans le domaine du médicament. Souvent implantées dans le droit positif pharmaceutique français, elles font aussi l'objet d'une reconnaissance judiciaire tant française qu'européenne.

Puis, dans un second article consacré au droit pharmaceutique et intitulé, «Quelle transparence pour une utilisation sécuritaire des médicaments en dehors de l'étiquette ?», Laurence Largenté (CRDP – Université de Montréal) s'intéresse à l'utilisation des médicaments pour une indication autre que celle pour laquelle ils ont été mis en marché. Bien que cette prescription en dehors de l'étiquette soit une pratique courante, elle présente des risques pour les patients. Le médicament proposé n'a pas fait l'objet d'essais cliniques préalables et ne fait pas non plus l'objet de contrôle postérieur à sa mise en marché. Cette utilisation répond à des besoins médicaux tout en dérogeant à des règles de droit pharmaceutique. Entre nécessité médicale et protection juridique, des outils et des politiques de transparence réalisent la conciliation. Cet article présente les moyens en question tout en analysant les enjeux et les limites de chacun d'entre eux.

En deuxième lieu, et plus généralement, c'est autour du système de santé et de sa gouvernance que s'attacheront la majorité des textes proposés dans le présent recueil. D'abord, il nous plaît de noter la présence dans cet ouvrage des auteurs Héту, Joly et Knoppers (Université McGill) qui publient un texte intitulé «Une relecture contemporaine du droit de retrait du consentement à la recherche à l'heure des bio-banques». Dans ce texte, les auteurs proposent des pistes de solution afin d'encourager une interprétation contemporaine du droit de retrait des participants à la recherche. Ils prennent l'exemple de la médecine génomique pour illustrer les limites du droit de retrait tel que prévu actuellement au *Code civil*



Avant-propos

du Québec. En effet, la recherche dans ce secteur se base souvent sur des bio-banques complexes qui impliquent un grand nombre d'acteurs dans la gestion des données et des échantillons et rend le retrait parfois impossible une fois les résultats de recherche publiés. Les auteurs proposent huit éléments fondamentaux qu'il leur semble important d'intégrer au sein d'une approche renouvelée du droit de retrait en recherche afin de créer une balance adéquate entre, d'un côté, la protection des participants en recherche et de l'autre, le progrès scientifique dans le domaine médical.

Ensuite, la professeure Khoury (Université McGill) s'intéresse au rôle de la transparence dans la protection de la sécurité des soins. Dans un texte s'intitulant «La divulgation publique des taux d'infections par les établissements de santé : responsabilisation, prévention ou confusion ?», elle présente le fait que les exigences envers une plus grande transparence s'inscrivent notamment dans le cadre du mouvement états-unien qui a imposé la divulgation publique obligatoire des taux d'infections dans les établissements de santé. Plus spécifiquement, elle s'intéresse à la divulgation publique des indicateurs de qualité des soins comme moyen d'assurer la sécurité des soins et l'autonomie des patients. Pr Khoury mettra en évidence le fait que la divulgation publique des taux d'infections comme indicateur de qualité des soins participe effectivement à un changement de culture et d'attitude dans la prévention des risques. Par contre, elle met en doute le fait que cette divulgation améliore l'autonomie des patients et leur capacité d'effectuer des choix éclairés. Selon elle, l'attrait principal de la divulgation publique des indicateurs de qualité est de permettre aux établissements de soins de modifier leurs priorités et de prendre des mesures d'amélioration de la qualité des soins.

Plus loin, les lecteurs du présent ouvrage auront accès au texte du professeur Kouri («Les directives médicales anticipées : une œuvre perfectible») (Université de Sherbrooke) qui analyse minutieusement le régime des directives médicales anticipées entré en vigueur au Québec en décembre 2015 avec la *Loi concernant les soins de fin de vie*³. Ce régime consacre le caractère contraignant de telles directives, permettant à une personne de refuser ou d'accepter certains soins médicaux à l'avance advenant son inaptitude. Le professeur Kouri met en relief différentes failles du régime qui en affectent la qualité et la réelle possibilité d'assurer le respect de l'autonomie de la personne. Il argumente notamment que la rigidité du processus prévu ainsi que la nature parcellaire du régime qui exclut différentes décisions à prendre advenant l'inaptitude sont au nombre de ces

³ RLRQ, c. S-32.0001.





faillies. Il propose des améliorations possibles au régime dont certaines s'inspirent de la législation française.

Le quatrième texte de cette partie 2 présente un article coécrit par les professeurs Gautrais et Régis (CRDP – Université de Montréal). Forts de leur spécialité respective, le droit de la technologie et le droit de la santé, les auteurs traitent dans un document intitulé « Cybersanté : les tentatives juridiques pour objectiver un domaine en pleine effervescence » de comment ce domaine à la mode, ce « déjà demain », est en train de modifier en profondeur la manière dont la santé se donne, et ce, avec une certaine déraison. En effet, trop souvent, les technologies sont considérées comme la seule voie possible, solutionnant tout par le biais d'une nouveauté. Sans remettre en cause les opportunités qui se présentent, il faut identifier les gains et les pertes. Il est donc important d'objectiver les manières de faire en identifiant les fonctions fondamentales que l'on cherche à promouvoir.

Sans transition, le prochain texte du professeur Nicholas Léger-Riopel (Université de Moncton) (« Droit et médecine : prolégomènes d'une épistémologie comparée ») plaide pour un entrelacement plus étroit entre la raison médicale et la raison juridique. Selon lui, les regards monodisciplinaires triomphants offerts tant par la médecine que le droit ne répondent plus aux appétits de connaissances d'une société aux besoins de santé changeants. Il dira que la médecine et le droit comme « états d'exception » ne résistent plus aux pressions technologiques et sanitaires croissantes et les besoins résolument complexes qui émergent avec les nouvelles modalités d'exercice de la médecine et les expressions récentes de la recherche biomédicale. Ainsi, il milite en faveur de la reconnaissance croissante de la proximité méthodologique et épistémologique du droit et de la médecine.

Dans un article intitulé « Qualification juridique du “colloque singulier” : faut-il en finir avec le contrat ? », les auteurs Véron et Violla (Université de Montpellier) remettent en cause l'existence du contrat médical dans la relation médecin-patient en France. Selon eux, le droit médical fonctionnerait en marge du contrat, parfois même en porte à faux par rapport à la logique contractuelle. Ils affirment que la relation médicale n'est pas basée sur la sécurité des échanges, propre au contrat, mais plutôt sur une autre « sécurité » qui est au cœur des règles régissant le rapport médical : celle de la personne du patient, qui n'est pas envisagé comme un contractant qui s'engage mais comme une personne humaine qui se soumet à des soins. Les auteurs rappellent au final que l'objet du droit médi-





cal contemporain est de reconnaître la présence d'un pouvoir qui traite efficacement la maladie sans pour autant oublier le malade.

Dans son article intitulé « Nouvelles technologies, droit de la santé et bioéthique : trois cheminements parallèles ou possiblement convergents », Michèle Stanton-Jean (CRDP – Université de Montréal) souligne que les avancées de la science et les technologies appliquées au domaine de la santé mettent à mal le respect des principes fondamentaux qui régissent le biomédical (respect de l'autonomie et du consentement, protection de la dignité, etc.). Leur encadrement juridique et éthique soulève des conflits d'interprétation, car leur champ d'application respectif se conjugue mal. Un dialogue entre les deux est dès lors indispensable pour trouver un consensus pragmatique dans la recherche du bien commun.

Enfin, dans le cadre d'une troisième et dernière partie, nous avons le plaisir de présenter trois textes qui s'articulent autour de la thématique du droit constitutionnel et des droits fondamentaux. Le premier est proposé par le professeur Karim Benyekhlef (CRDP – Université de Montréal) et s'intitule « Les glissements du droit à la vie privée. De Feydeau à Facebook : de la comédie de mœurs à l'économie des données ». Cet auteur y traite d'une thématique chère à Patrick : la vie privée. On y aperçoit que ce domaine dispose d'une place centrale dans nos débats non seulement juridiques mais démocratiques. Des plateformes technologiques gigantesques, non sans appétits commerciaux, deviennent les nouveaux « états civils ». Les données personnelles, autrefois considérées comme une extension de la personnalité, se voient désormais intégrées au sein du modèle économique dominant. Selon l'auteur, à cette évolution des faits doit s'en suivre une évolution du droit. Cette dernière est d'abord le fruit de la Cour suprême du Canada qui dans une jurisprudence fournie intègre, peu à peu, le changement. Et son apport n'est pas terminé ; en effet, de nombreuses questions fondamentales demeurent à peaufiner, la place du consentement qui doit être réévaluée ou la portée de la tendance propriétaire des données ainsi générées.

Le deuxième article écrit par le professeur Jean-Christophe Galloux (Université Panthéon-Assas – Paris) est consacré à « l'esquisse d'un statut du corps humain par la notion de vie privée sous la plume de la Cour européenne des droits de l'homme ». Le Code civil français et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) reconnaissent le corps humain comme objet de droit sans pour autant le définir. La Cour européenne de Strasbourg associe la protection de l'enveloppe charnelle à celle de la personne. Afin de répondre aux revendications de liberté corporelle, la Cour s'appuie sur le concept « d'autonomie personnelle » qui



implique « le droit d'opérer des choix concernant son propre corps ». La CEDH interprétée à la lumière de ce principe semble conduire à des solutions convergentes mais aussi divergentes, voire insuffisantes, avec le statut conféré au corps humain par le droit civil.

Le dernier, du professeur Pierre Trudel (CRDP – Université de Montréal) porte sur le droit à l'image (« Le droit de la personne sur son image »), sujet, s'il en est un, cher à l'auteur mais aussi à Patrick A. Molinari qui, l'apprend-on dans l'article, traite de la question dès 1977 en reprenant une célèbre jurisprudence la qualifiant de « constellation de valeurs concordantes et opposées ». Selon Pierre Trudel, il s'agit donc d'une notion floue, nécessairement floue, qui requiert un cadre théorique qu'il propose d'offrir en traitant de trois points successifs. Le premier entend présenter la nature de la notion, en se basant sur de nombreux apports jurisprudentiels et doctrinaux. Le deuxième évoque son étendue, considérant que son application ne doit pas être trop englobante, ne s'appliquant donc que lorsqu'elle est « reconnaissable » et qu'elle constitue le sujet principal. Le troisième enfin présentera ses limites et notamment celles provenant du consentement de l'individu tout comme l'intérêt du public.

Une postface a également été produite par le professeur Christian Hervé (Université de Paris René Descartes) où ce dernier présente l'historique d'une collaboration fructueuse et ancienne entre les deux chercheurs. Dans cette note personnelle « Patrick Molinari et l'Institut international de recherche en éthique biomédicale comme collaboration franco-québécoise en éthique : apport du premier président Patrick Molinari », on y découvre notamment qu'une bonne recherche scientifique requiert davantage que de simples relations professionnelles et que les collaborations France-Québec sont riches des similitudes et des différences caractérisant les deux pays. L'Institut International de Recherche en Éthique Biomédicale en est un bon exemple.

Dans le cadre de cette présentation, il nous a donc été donné de relire l'ensemble des contributions qui honorent le professeur Patrick A. Molinari. À cette occasion, nous nous devons de remercier les auteurs pour la qualité de leurs travaux et les bons mots qu'ils ne manquèrent pas d'adresser à la personne que nous honorons. Au-delà de l'apport scientifique que ces travaux autorisent, ils traduisent une reconnaissance qui n'est que justice envers le professeur Molinari.

Vincent Gautrais
Catherine Régis
Laurence Largenté