
*Philippe Avramov**

La théorie du progrès chez Jean-Jacques ROUSSEAU: une solution pour le droit suisse?

Introduction

Dans la vision de ROUSSEAU, le progrès technique se veut synonyme de déclin moral qui s'exprime, dans la majorité des cas, par une stagnation des mœurs et des préceptes, tant éthiques que juridiques. En lien avec cette conception, il serait intéressant de se demander si le législateur suisse a su, notamment dans le domaine du remboursement d'un médicament pouvant guérir une maladie orpheline, ainsi que dans la responsabilité nucléaire, tenir compte des réflexions de ROUSSEAU telles qu'elles nous sont dévoilées dans le *Discours sur les sciences et les arts* et le *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*.

A travers les deux *Discours*, ROUSSEAU propose une méditation sur ce que doit être le progrès – la réelle mesure d'un changement dans les valeurs humaines, pouvant s'exprimer par l'adoption de solutions juridiques équitables. En effet, les arts et les sciences doivent favoriser l'équilibre entre l'éveil moral conceptualisé par les lois et la technique. Or, l'auteur démontre qu'il existe dans le progrès scientifique une dislocation entre la technique et la morale, ouvrant la voie au luxe et au bénéfice individuel. Le danger du progrès est donc qu'il balaye les sentiments de pitié et de solidarité en faveur de la satisfaction personnelle. ROUSSEAU s'amuse à nous présenter l'homme du XVIIIe comme un individu qui pêche par démesure, consommateur du progrès, sans véritablement s'éveiller moralement. Il affirme en outre que les institutions politiques mises en place ne parviennent pas à distribuer le progrès de manière complète aux hommes.

En analysant les solutions de droit suisse dans les deux domaines précités que sont la couverture sociale pour un traitement d'une maladie orpheline et la responsabilité nucléaire, l'on sera mené à s'interroger sur l'intégration du progrès dans notre société, et son exploitation par les institutions politiques et juridiques mises en place à l'heure actuelle. Autrement dit, il s'agit de constater si à l'heure actuelle le progrès est, comme aime à le rappeler ROUSSEAU, une cause de décadence de la civilisation ? Le droit suisse en tant qu'outil à contenir et encadrer le progrès va revêtir le rôle de comparé dans notre développement, tandis que l'œil critique de ROUSSEAU, servira de

* Assistant & Doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Genève

comparant. En conclusion, il faudra vérifier si l'homme-législateur du XXI^e siècle a su orienter et définir librement les finalités du progrès, à travers l'éradication des vices qui l'entoure, tels que l'amour-propre, la consommation, l'inégalité, le luxe, mais tout en préservant la vertu ? A toutes ces interrogations, les *Discours* pourraient peut-être offrir une solution pour le législateur suisse dans sa quête de bon usage du progrès scientifique.

I. La décadence de la vertu morale et juridique à travers les *Discours* de Rousseau

1. L'image du progrès telle que dépeinte dans le premier *Discours*

La question que ROUSSEAU discute en 1749 pour le prix de l'Académie de Dijon porte sur l'épineuse question de la contribution de la Renaissance à épurer ou à corrompre les mœurs: "*Le rétablissement des sciences et des arts a-t-il contribué à épurer ou à corrompre les mœurs? Voilà ce qu'il s'agit d'examiner*"¹.

Bien que le premier *Discours* commence par un éloge de la culture et de la civilisation occidentale toujours à la recherche du développement technique, l'auteur fait rapidement volte-face en indiquant que tout cela n'est qu'apparence, décor: "*Les sciences, les lettres et les arts [...] étendent des guirlandes de fleurs sur les chaînes de fer dont [les hommes] sont chargés*"². En effet, le progrès et plus généralement les bienfaits des Lumières que sont les arts et les sciences, viennent à être compensés par les vices innombrables d'apparences qu'il engendrent³. En effet, selon le philosophe genevois, la bonté naturelle de l'homme s'est trouvée en perte de vue à travers les âges au fur et à mesure qu'il perfectionnait tant sa technique scientifique qu'artistique. Pour l'auteur, il y a une causalité naturelle entre le développement des sciences et la corruption de l'humanité⁴. C'est en ce sens que ROUSSEAU regrette, de manière nostalgique, les temps primitifs – temps de la simplicité et de l'innocence: "*quand les hommes innocents et vertueux*

¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 11.

² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 13.

³ J. STAROBINSKI, *Jean-Jacques Rousseau. La transparence et l'obstacle suivi de sept essais sur Rousseau*, Gallimard, Paris, 1971, p. 13: "*L'esprit humain triomphe mais l'homme s'est perdu*".

⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 16-17: "*Où il n'y a nul effet, il n'y a point de cause à chercher: mais ici l'effet est certain, la dépravation réelle, et nos âmes se sont corrompues à mesure que nos sciences et nos arts se sont avancés à la perfection. Dira-t-on que c'est un malheur particulier à notre âge? Non, messieurs: les maux causés par notre vaine curiosité sont aussi vieux que le monde*".

aimaient à avoir les dieux pour témoins de leurs actions [...]”⁵. Durant les temps ancestraux, les hommes sont décrits comme vertueux à travers des exemples historiques. Ils ont été pervertis par les sciences et les arts. ROUSSEAU s’appuie sur la civilisation perse, germanique, scythe ou encore romaine – toutes connues pour leurs avancées dans la technique (scientifique et artistique), pour démontrer la décadence proportionnelle des vertus et des institutions politiques⁶. En reprenant de manière chronologique l’histoire⁷ de ces civilisations anciennes et de leurs avancées, ROUSSEAU parvient à opposer les nations traditionnellement agricoles et militaires aux nations qui ont donné libre cours à la consommation du luxe et des arts⁸: “*Le luxe va rarement sans les sciences et les arts, et jamais ils ne vont sans lui*”⁹. Il semble évident pour le philosophe que c’est justement le passage à la technique qui fait basculer la civilisation égyptienne dans “*une politique impérialiste*”¹⁰.

Ainsi, ROUSSEAU, tout en revisitant les faits historiques marquants de la civilisation occidentale, fait le rapprochement entre la technique et la perte de la morale¹¹. En ce sens, l’auteur précise que les sciences et les arts “*doivent leur naissance à nos vices*”¹² et que leurs objectifs ne sont guère louables: “*L’astronomie est née de la superstition; l’éloquence, de l’ambition, de la haine, de la flatterie, du mensonge; la géométrie, de l’avarice; la physique, d’une vaine curiosité, toutes, et la morale même, de l’orgueil humain*”¹³. Ce qui est révolutionnaire dans ce premier *Discours* est

⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 30.

⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 17-19: “*Voyez l’Égypte, elle devient la mère de la philosophie et des beaux-arts et bientôt après, la conquête de la Cambise, puis celle des Grecs, des Romains, des Arabes, et enfin des Turcs. Voyez la Grèce jadis peuplée de héros [...]. [...] Rome, jadis le temple de la vertu, devient le théâtre du crime, l’opprobre des nations et le jouet des barbares. [...] la simplicité, l’innocence et les vertus. Telle avait été Rome même dans les temps de sa pauvreté et de son ignorance*”.

⁷ A. DENEYS-TUNNEY, *Un autre Jean-Jacques Rousseau. Le paradoxe de la technique*, PUF, Paris, 2010, p. 46: “[ROUSSEAU retrace] *l’histoire d’une culpabilité morale où le luxe, l’immortalité et l’esclavage constituent le châtiment immanent des peuples*”.

⁸ A. DENEYS-TUNNEY, *Un autre Jean-Jacques Rousseau. Le paradoxe de la technique*, PUF, Paris, 2010, p. 47.

⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 27.

¹⁰ Expression reprise de A. DENEYS-TUNNEY, *Un autre Jean-Jacques Rousseau. Le paradoxe de la technique*, PUF, Paris, 2010, p. 47.

¹¹ A. DENEYS-TUNNEY, *Un autre Jean-Jacques Rousseau. Le paradoxe de la technique*, PUF, Paris, 2010, p. 47; M. FOUCAULT, *Philosophie, Anthropologie*, Folio, 2004, p. 1394, où il fait état de l’espoir que les Lumières ont suscité dans la croissance de la technique et de la connaissance sur la liberté individuelle.

¹² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 25.

¹³ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 25.

la négation d'un bonheur ou d'une morale humaine en équilibre avec la technique. Le philosophe considère que les mœurs et la vertu n'ont fait que s'affaiblir dès lors que le courage militaire et les simples gens¹⁴ ont dû faire place aux scientifiques et aux artistes¹⁵. Cette critique à l'encontre des sciences est tout d'abord le reflet d'un constat que ROUSSEAU fait de la société à travers son histoire: les "*sciences sont nées de l'oisiveté humaine qui la nourrissent à leur tour*"¹⁶ et provoquant "*la perte irréparable du temps*"¹⁷. Ce premier préjugé porté à l'humanité vient à être renforcé par les arts qui impliquent le luxe en tant que second préjugé social: "*Le goût du faste ne s'associe guère dans les mêmes âmes avec celui de l'honnête. Tout artiste veut être applaudi*"¹⁸. Tout en démontrant que la technique poursuit des objectifs pervers, ROUSSEAU démontre qu'elle aboutit à des conséquences désastreuses pour les peuples qui la mettent excessivement en avant: "*Charles VIII se vit maître de la Toscane et du royaume de Naples sans avoir presque tiré l'épée; et toute sa cour attribua cette facilité inespérée à ce que les princes et la noblesse d'Italie s'amusaient plus à se rendre ingénieux et savant qu'ils ne s'exerçaient à devenir vigoureux et guerriers*"¹⁹. Il devient évident pour le lecteur que l'avancée des sciences et des arts se fait à un certain prix: "*esclavage, conquêtes sanglantes, meurtres politiques [...]. Voilà comment le luxe, la dissolution et l'esclavage ont été de tout temps le châtiment des efforts orgueilleux que nous avons fait pour sortir de l'heureuse ignorance où la sagesse éternelle nous avait placés*"²⁰.

Avec ce premier *Discours*, ROUSSEAU médite sur la valeur d'une morale issue de la technique regroupant les sciences et arts. Il parvient à la conclusion que la progression de la technique se fait au profit de la morale²¹.

¹⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 35 : "*Nous avons des physiciens, des géomètres, des chimistes, des astronomes, des poètes [...], nous n'avons plus de citoyens ; ou s'il nous en reste encore, dispersés dans nos campagnes abandonnées, ils y périssent indigents et méprisés. Tel est l'état où sont réduits, tels sont les sentiments qu'obtiennent de nous ceux qui nous donnent du pain, et qui donnent du lait à nos enfants*".

¹⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 31 : "*Les Romains ont avoué que la vertu militaire s'était éteinte parmi eux à mesure qu'ils avaient commencé à se connaître en tableaux, en gravures, en vases d'orfèvrerie, et à cultiver les beaux-arts*".

¹⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 26.

¹⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 26.

¹⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 29.

¹⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 31.

²⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 22-23.

²¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 19 : "*Ce n'est point par stupidité que [les Scythes et les Germains] ont préféré d'autres exercices à ceux de l'esprit. Ils n'ignoraient pas que dans d'autres contrées des*

Cette dernière est assombrie par les artifices du luxe qui émergent des arts et par l'inégalité sociale couplée à la science. En clair, pour l'auteur, la véritable vertu se situe dans l'homme antique avec sa force d'âme. Cet homme de bien n'est jugé qu'à travers ses actions militaires, son courage et son honnêteté²². Bien que ROUSSEAU ne semble pas identifier les causes précises de la corruption des hommes²³, il souligne donc la complicité entre les sciences et les arts d'une part, et la dislocation des vertus morales de l'autre. Il semble clair aux yeux du Genevois que la technique ne fait que précipiter nos âmes dans l'erreur: "*Ô vertu! Science sublime des âmes simples, faut-il donc tant de peines et d'appareils pour te connaître? Tes principes ne sont-ils pas gravés dans tous les cœurs, et ne suffit-il pas pour apprendre tes lois de rentrer en soi-même et d'écouter la voix de sa conscience dans le silence des passions? Voilà la véritable philosophie [...]*"²⁴.

Toutefois, il faut relever que ROUSSEAU n'est pas un fervent opposant au progrès et au génie humain dans l'évolution de sa technique²⁵. Dans sa réponse au Roi de Pologne, il relate le génie humain à travers des faits historiques, démontrant que c'est finalement grâce à la technique que l'homme est sorti des ténèbres²⁶. Son premier *Discours* est une mise en garde dans le déséquilibre social que les sciences et les arts sont capables d'apporter. Ce déséquilibre provient du fait d'une part que les sciences favorisent

hommes oisifs passaient leur vie à disputer sur le souverain bien, sur le vice et la vertu, et que d'orgueilleux raisonneurs, se donnant à eux-mêmes les plus grands éloges, confondaient les autres peuples sous le nom méprisant de barbares; mais ils ont considéré leurs mœurs et appris à dédaigner leur doctrine".

²² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 34: "*On ne demande plus à un homme s'il a de la probité mais s'il a des talents; ni d'un livre s'il est utile, mais s'il est bien écrit. Les récompenses sont prodiguées au bel esprit, et la vertu reste sans honneurs. Il y a mille prix pour un bel discours, aucun pour les belles actions*".

²³ A. DENEYS-TUNNEY, *Un autre Jean-Jacques Rousseau. Le paradoxe de la technique*, PUF, Paris, 2010, p. 51.

²⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 40.

²⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 12: "*C'est un si grand et beau spectacle de voir l'homme sortir en quelque manière du néant par ses propres efforts; dissiper, par les lumières de sa raison les ténèbres dans lesquelles la nature l'avait enveloppé; s'élever au-dessus de lui-même [...]*".

²⁶ J.-J. ROUSSEAU, "Réponse au Roi de Pologne, Duc de Lorraine", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 83: "[...] *gardons-nous d'en conclure qu'il faille aujourd'hui brûler toutes les bibliothèques et détruire les universités et les académies. Nous ne ferions que replonger l'Europe dans la barbarerie, et les mœurs n'y gagneraient rien*". ; G.-R. HAVENS, "La théorie de la bonté naturelle de l'homme chez Jean-Jacques Rousseau", in: *Revue d'Histoire littéraire de la France*, Armand Colin, Paris, t. 31, 1924, p. 630ss.

la puissance et la force des uns, puis des passions perverses²⁷ agissant sur la vertu que suscitent les arts d'autre part. Dans la réflexion rousseauiste, le bonheur social ne peut être atteint que lorsque "*la vertu, la science et l'autorité animés d'une noble émulation et [travaillent] de concert à la félicité du genre humain. Mais tant que la puissance sera seule d'un côté; les lumières et la sagesse seules d'un autre, les savants penseront rarement de grandes choses, les princes en feront plus rarement de belles, et les peuples continueront d'être vils, corrompus et malheureux*"²⁸. Les sciences et les arts endossent une connotation destructrice pour la vertu humaine, puisque l'homme désormais corrompu perd sa dévotion envers la patrie²⁹. Le "soldat citoyen"³⁰ tel qu'apparaît dans les cités antiques est à l'époque des Lumières inexistant; rongé par les apparences, le luxe et la concurrence, il ignore totalement ce qu'est la vertu³¹.

2. La perfectibilité de l'homme : source de désastre pour les vertus juridiques dans le second Discours

Avec le second *Discours*, ROUSSEAU parvient à démontrer que l'homme contient en lui-même une qualité qui le distingue radicalement des autres espèces sur terre: la perfectibilité³². Cette qualité a un prix. En effet, bien qu'elle permette à l'homme libre de rentrer dans l'histoire, elle peut aussi le

²⁷ J. ROGER, *Introduction*, Discours sur les sciences et les arts; Discours sur l'origine de l'inégalité, GF-Flammarion, Paris, 1992, p. 6, où l'auteur précise que ROUSSEAU condamne fortement les arts, car ils désignent le joli, le sublime, les artifices de la politesse moderne et le luxe.

²⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 39; E. CASSIRER, *Le problème Jean-Jacques Rousseau*, Hachette, Paris, 1987, p. 34: "*La science est sans danger tant qu'elle ne s'élève pas purement et simplement au-dessus de la vie et s'en détache, tant qu'elle entend servir l'organisation de la vie elle-même*".

²⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 31: "[...] *tous les exemples nous apprennent qu'en cette martiale police et en toutes celles qui lui sont semblables, l'étude des sciences est bien plus propre à amollir et efféminer les courages qu'à les affermir et les animer*". ; Voir en ce sens la lettre de ROUSSEAU sur la réfutation de son *Discours* par M. GAUTIER, in : *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 52.

³⁰ Expression utilisée par Jacques ROGER, *Introduction*, Discours sur les sciences et les arts; Discours sur l'origine de l'inégalité, GF-Flammarion, Paris, 1992, p. 7.

³¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 27-28: "*Que le luxe soit un signe certain des richesses; qu'il serve même si l'on veut à les multiplier: Que faudra-t-il conclure de ce paradoxe si digne d'être né de nos jours; et que deviendra la vertu, quand il faudra s'enrichir à quelque prix que ce soit? Les anciens politiques parlaient sans cesse de mœurs et de vertu; les nôtres ne parlent que de commerce et d'argent*".

³² Pour une discussion autour du thème de la perfectibilité humaine, voir notamment L. MILLET, *Pour connaître la pensée de Rousseau*, Bordas, Paris, 1966, p. 42ss.

mener à sa propre chute à travers de mauvais choix légistiques et institutionnels³³. Il en ressortira alors une inégalité sociale, légale et économique parmi les hommes³⁴.

ROUSSEAU précise dans sa *Préface* au *Discours* que pour répondre à la question philosophique qui lui est posée, il convient en premier de se pencher sur les origines et de la nature même des hommes³⁵.

En ce sens, il considère de manière anthropologique³⁶ que l'homme est bon par nature³⁷. A titre d'exemple, il renvoie aux sauvages d'Amérique qui

³³ J. ROGER, "Introduction", *Discours sur les sciences et les arts; Discours sur l'origine de l'inégalité*, Flammarion, Paris, 1992, p. 16.

³⁴ J.-J. ROUSSEAU, "Réponse au Roi de Pologne, Duc de Lorraine", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p.76, dans laquelle réponse le philosophe anticipe sur son second *Discours*: "*La première source du mal est l'inégalité; de l'inégalité sont venues les richesses; car ces mots de pauvre et de riche sont relatifs, et partout où les hommes seront égaux, il n'y aura ni riches, ni pauvres. Des richesses sont nés le luxe et l'oisiveté; du luxe sont venues les beaux-arts, et de l'oisiveté la science*".

³⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 171: "*Aussi je regarde le sujet de ce Discours comme une des questions les plus intéressantes que la philosophie puisse proposer, et malheureusement pour nous comme une des plus épineuses que les philosophes puissent résoudre. Car comment connaître la source de l'inégalité parmi les hommes, si l'on ne commence par les connaître eux-mêmes? [...]*"; Pour une discussion autour de l'état de nature et des origines de l'homme tels que présentés par Rousseau, voir notamment M.-F. PLATTNER, *Rousseau's state of nature. An interpretation of the Discourse on Inequality*, Northern Illinois Univ. Press, De Kalb, 1979, p. 18; R.D. MASTERS, *The political philosophy of Jean-Jacques Rousseau*, Princeton Univ. Press, Princeton/N.Jersey, 1968, p. 118; P. BÉNICHOU, "Réflexions sur l'idée de nature chez Jean-Jacques Rousseau", in : *Annales de la société Jean-Jacques Rousseau*, t. 39, 1972-77, p. 24.

³⁶ Vinh-De NGUYEN, *Le problème de l'homme chez Jean-Jacques Rousseau*, Presses de l'Univ. du Québec, 1991, p. 3.

³⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 213ss ; Voir dans ce sens, Lettre n°2129 du 2.9.1762, in: *Correspondance complète de Jean-Jacques Rousseau*, édition critique établie et annotée par R. A. Leigh, Droz, Genève/Oxford, 40 vol., lettres 1-7180, 1965-82, vol. 13, p. 71: "*[...] que l'homme est un être naturellement bon, aimant la justice et l'ordre*". Egalement, Lettre n°3564 du 13.10.1764, vol. 21, p. 248: "*[...] la persuasion où j'ai toujours été et que mes malheurs même n'ont pu détruire, que l'homme est né bon et qu'il deviendrait meilleur encore s'il était judicieusement éclairé*". ; Sur la question de la bonté naturelle de l'homme telle que discutée par ROUSSEAU, voir notamment A. SCHINZ, *La notion de vertu dans le premier Discours de Jean-Jacques Rousseau*, Mercure de France, 1912, A. SCHINZ, "La théorie de la bonté naturelle de l'homme chez Rousseau", in: *Revue du XVIIIe siècle*, t. 1, 1913, p. 434ss, G.-R. HAVENS, "La théorie de la bonté naturelle de l'homme chez Jean-Jacques

sont les seuls bénéficiaires du bonheur terrestre, puisqu'ils sont libres et vertueux, tout en n'éprouvant d'autres besoins que ceux de la nature³⁸. De plus, l'homme primitif ne reconnaît d'autres règles que celles qui se rapportent à sa propre conservation³⁹. Ignorant et faisant preuve d'innocence, cet homme n'a qu'une seule vertu : la pitié⁴⁰. Cette dernière passe par le sentiment d'identification à autrui qui ne peut exister que lorsque l'amour de soi existe⁴¹. Autrement dit, la pitié n'est plus possible à un stade de civilisation trop avancée où la technique, comme décrite dans le premier *Discours*, affaiblit les convictions humaines en privilégiant l'amour-propre. Or, à l'état de nature, l'homme proche des animaux⁴² vit dans un "monde intact, où le temps de s'écoule pas ou ne compte pas"⁴³. A ce stade primitif, la

Rousseau", in: *Revue d'Histoire littéraire de la France*, Armand Colin, Paris, t. 31, 1924, p. 629ss.

³⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 235.

³⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 188: "La terre abandonnée à sa fertilité naturelle, et couverte de forêts immenses que la cognée ne mutila jamais, offre à chaque pas des magasins et des retraites aux animaux de toute espèce. [L'homme] se nourrit également de la plupart des aliments divers que les autres animaux se partagent, et trouve par conséquent sa subsistance plus aisément que ne peut faire aucun d'eux".

⁴⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 213-214: "Je parle de la pitié, disposition convenable à des êtres aussi faibles, et sujets à autant de maux que nous le sommes; vertu d'autant plus universelle et d'autant plus utile à l'homme qu'elle précède en lui l'usage de toute réflexion, et si naturelle que les bêtes même en donnent quelque fois des signes sensibles. [...] que des cette seule qualité découlent toutes les vertus sociales".

⁴¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, note 15, p. 317: "L'amour de soi-même est un sentiment naturel qui porte tout animal à veiller à sa propre conservation et qui, dirigé dans l'homme par la raison et modifié par la pitié, produit l'humanité et la vertu. L'amour-propre n'est qu'un sentiment relatif, factice et né dans la société, qui porte chaque individu à faire plus de cas de soi que de tout autre, qui inspire aux hommes tous les maux qu'ils se font mutuellement et qui est la véritable source de l'honneur".

⁴² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 187, où l'auteur commence par examiner l'anatomie de l'homme.

⁴³ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 185, où ROUSSEAU considère l'état de nature comme n'ayant jamais véritablement existé: "Il ne faut pas prendre les recherches, dans lesquelles on peut entrer sur ce sujet, pour des vérités historiques, mais seulement pour des raisonnements hypothétiques et conditionnels; plus propres à éclaircir la nature des choses, qu'à en montrer la véritable origine [...]". Pour une analyse de ce passage, voir L. MILLET, Pour connaître la pensée de Rousseau, Bordas,

perfectibilité est en suspens, puisque les désirs, le temps et les satisfactions personnelles sont en équilibre⁴⁴. L'homme de nature est sensible – il accorde la priorité à l'émotion en lieu et place à la réflexion⁴⁵. Tant que la perfectibilité reste statique, l'homme est porté vers le secours mutuel faisant ainsi preuve de solidarité⁴⁶.

Avec cette approche de l'homme naturellement bon à l'état de nature, ROUSSEAU se démarque notamment de HOBBS⁴⁷, tout en restant proche de la pensée de PUFENDORF⁴⁸. En ce sens, le philosophe Genevois idéalise la forme primitive de l'être humain, qui, sortant des mains de la nature ne fait pas encore usage de sa liberté. L'homme à son stade primitif subit les lois de la nature sans pouvoir être un acteur créatif de l'histoire du monde⁴⁹. Le

Paris, 1966, p. 43; J. STAROBINSKY, "Du Discours sur l'inégalité au contrat social", in: *Etudes sur le contrat social de J.-J. Rousseau, Publications de l'Univ. de Dijon*, vol. XXX, p. 99; Vinh-De NGUYEN, *Le problème de l'homme chez Jean-Jacques Rousseau*, Presses de l'Univ. du Québec, 1991, p. 64: "L'état de nature serait un état historique, un fait qui, en dépit de l'éloignement par rapport à la condition de vie actuelle des hommes, ne s'impose pas moins comme un fait réel".

⁴⁴ J. STAROBINSKY, "Du Discours sur l'inégalité au contrat social", in: *Etudes sur le contrat social de J.-J. Rousseau, Publications de l'Univ. de Dijon*, vol. XXX, p. 99, 343: "[...] l'individu fait partie du monde, et le monde fait partie de l'individu".

⁴⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 221: "L'homme sauvage est sujet à peu de passions, et se suffisant à lui-même, n'avait que les sentiments et les lumières propres à cet état, qu'il ne sentait que ses vrais besoins, ne regardait que ce qu'il croyait avoir intérêt de voir, et que son intelligence ne faisait pas plus de progrès que sa vanité". ; R.-P. DROIT, "Rousseau le pur", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. viii.

⁴⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 215: "C'est la raison qui engendre l'amour-propre, et c'est la réflexion qui le fortifie; c'est elle qui replie l'homme sur lui-même [...] c'est la philosophie qui l'isole: c'est par elle qu'il dit en secret, à l'aspect d'un homme souffrant: péris si tu veux, je suis en sûreté". ; R.-P. DROIT, "Rousseau le pur", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. ix: "Tant que nous ne sommes pas dénaturés, nous souffrons en voyant un autre être souffrir. Donc spontanément, nous sommes portés à le secourir".

⁴⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 189: "Hobbes prétend que l'homme est naturellement intrépide, et ne cherche qu'à attaquer, et combattre. Un philosophe illustre pense au contraire, et Cumberland et Pufendorf l'assurent aussi, que rien n'est si timide que l'homme dans l'état de nature, et qu'il est toujours tremblant [...]".

⁴⁸ S. von PUFENDORF, *Devoirs de l'homme et du citoyen*, liv. II, chap. I, §4-5, 8; chap. II, §3, où l'état de nature est décrit comme un état indépendant de tout autre que de Dieu. L'homme vit isolé et de manière indépendante de toute institution gouvernementale.

⁴⁹ R. DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, 2e éd., Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1974, p. 148-149: "La sociabilité sera donc nulle chez un être qui, en raison de son isolement même, est privé de toute sorte de

sentiment de pitié d'une part, et celui de la conservation d'autre part sont les seuls qui l'animent en ces temps lointains. Ces mêmes sentiments font toutefois appel à une morale naturelle gravée dans le cœur de chaque individu – une pureté sentimentale qui sera perdue au cours de l'histoire humaine⁵⁰. L'auteur va jusqu'à affirmer que la loi naturelle est issue de la combinaison de ces deux principes : "*notre bien-être*" ou la conservation et "*la répugnance de voir l'autre souffrir*"⁵¹. Ainsi, il existe dans l'état de nature certaines règles qui sont antérieures à la raison⁵². Ce droit est l'expression de la bonté naturelle de l'homme.

Bien que ROUSSEAU reconnaisse une série de causes diverses d'inégalités physiques ou naturelles, elles ne sont pas propices à semer la discorde dans l'espèce humaine. En ce sens, l'auteur cite l'âge, la maladie, la force, ou encore la qualité d'esprit⁵³. Or, l'homme est devenu acteur de son histoire par des "*concours singuliers et fortuits de circonstances [...], qui pouvaient fort bien ne jamais arriver*"⁵⁴ – le hasard, l'accident démographique ou encore géologique sont sans doute ces causes externes qui sont aux yeux de ROUSSEAU le facteur perturbateur de cet équilibre naturel⁵⁵. Le temps des premiers hommes oisifs, par essence amoraux et vivant dans la disparité disparaît alors à jamais pour céder la place au caractère perfectible de

lumière. Sortant des mains de la nature, l'homme n'est sociable qu'en puissance, il est seulement fait pour le devenir et ne le deviendra effectivement qu'après avoir vécu en société".

⁵⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 164: "Je vous conjure de rentrer tous au fond de votre cœur et de consulter la voix secrète de votre conscience". ; R.-P. DROIT, "Rousseau le pur", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. x-xii.

⁵¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 176.

⁵² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 225, où l'auteur associe le premier sentiment de l'homme à celui de son existence, tandis que le premier soin de l'homme se rapporte à sa conservation.

⁵³ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 183, 192.

⁵⁴ J.-J. ROUSSEAU, "Lettre à M. Philopolis", in: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 282 ; J. ROGER, "Introduction", in: *Discours sur les sciences et les arts; Discours sur l'origine de l'inégalité*, Flammarion, Paris, 1992, p. 18.

⁵⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 223: "[...] la perfectibilité, les vertus sociales et les autres facultés que l'homme naturel avait reçues en puissance ne pouvaient jamais se développer d'elles-mêmes, qu'elles avaient besoin pour cela du concours fortuit de plusieurs causes étrangères qui pouvaient ne jamais naître, et sans lesquelles il fût demeuré éternellement dans sa condition primitive [...]".

l'homme – au progrès: "*A mesure que le genre humain s'étendit, les peines se multiplièrent avec les hommes. La différence des terrains, des climats, des saisons, put les forcer à en mettre dans leurs manières de vivre. Des années stériles, des hivers longs et rudes, des étés brûlants qui consomment tout, exigèrent d'eux une nouvelle industrie*"⁵⁶. Ainsi, ces bouleversements changent radicalement le milieu dans lequel l'homme s'est habitué à vivre. Désormais, "*expulsé de son bonheur oisif*"⁵⁷, il doit lutter contre l'insécurité et le manque de subsistance.

L'ingéniosité stimulée par le caractère perfectible de l'homme le conduit à faire face aux externalités pour assouvir ses besoins : "*Plus l'esprit s'éclairait, et plus l'industrie se perfectionna*"⁵⁸. Dans la difficulté à l'assouvissement de ces mêmes besoins, les êtres se sont associés⁵⁹. Ce premier pas vers la sociabilité engendre rapidement les premières inégalités: "*Celui qui chantait ou dansait le mieux; le plus beau, le plus fort, le plus adroit ou le plus éloquent devint le plus considéré, et ce fut là le premier pas vers l'inégalité, et vers le vice en même temps: de ces premières préférences naquirent d'un côté la vanité et le mépris, de l'autre la honte et l'envie [...]*"⁶⁰. L'association des hommes engendre la perte de la conscience morale et naturelle qui se voit remplacée par les jeux et les arts⁶¹ – "*responsables de*

⁵⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 226.

⁵⁷ J. STAROBINSKI, "Du Discours sur l'inégalité au contrat social", in: *Etudes sur le contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Vol. 30, Publications de l'Université de Dijon, Paris, 1964, p. 100.

⁵⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 229.

⁵⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 226ss, où le philosophe relate cinq étapes majeures de l'évolution de l'espèce humaine. En premier, l'homme vécut en solitaire et ses relations avec ses semblables n'étaient que très brèves et exceptionnelles. Puis, l'homme se construisit des abris et ne plus vivre dans des cavernes ou sous les arbres. Les familles et les clans firent leur apparition. En troisième vient une découverte majeure à la fois pour l'espèce humaine et pour l'inégalité – le travail en division. Chacun connaissait des tâches spécifiques. En quatrième et issue de cette troisième phase vint le droit de propriété et de partage, ce qui ne fit qu'augmenter l'inégalité. L'espèce humaine connue et connaît des guères en lien avec ce même droit. Enfin, et pour pallier à la paix, les hommes se dotèrent du contrat social. ; J. STAROBINSKI, "Du Discours sur l'inégalité au contrat social", in: *Etudes sur le contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Vol. 30, Publications de l'Université de Dijon, Paris, 1964, p. 100-101.

⁶⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 232-233.

⁶¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 235, où l'auteur favorise l'art qui ne met pas en avant une personne parmi d'autres. "*Tant que les hommes se contentèrent de leurs*

*la naissance des mauvais sentiments*⁶². Rapidement, ROUSSEAU nous explique que l'agriculture et la répartition des tâches au travail quotidien ont su créer, entre ces hommes déjà inégaux les uns des autres, d'autres inégalités encore plus marquantes. Ces dernières sont issues des lois que les hommes se dotèrent – autrement dit, les lois positives sont strictement associées chez le philosophe à la société et contribuent à l'accroissement des inégalités⁶³.

En effet, l'essor des lois humaines qui marque d'avantage le recul du sentiment naturel de pitié, va avoir pour fonction d'introduire le droit de propriété: " [...] *mais dès qu'on s'aperçut qu'il était utile à un seul d'avoir des provisions pour deux, l'égalité disparut, la propriété s'introduisit, le travail devint nécessaire et les vastes forêts se changèrent en des campagnes riantes qu'il fallut arroser de la sueur des hommes, et dans lesquelles on vit bientôt l'esclavage et la misère germer et croître avec les moissons*"⁶⁴. Le travail récompensé dans les lois, va faire naître la conscience réfléchie. De cette dernière vont naître de nouveaux désirs qui outrepasseront les besoins naturels de l'homme⁶⁵.

La forte culture politique du philosophe genevois⁶⁶ sert à critiquer ouvertement l'oppression légale structurée autour du droit de propriété⁶⁷. L'établissement de la loi et de ce même droit va engendrer la scission entre les riches et les pauvres, ce qui est qualifié comme la première étape vers

cabanes rustiques, tant qu'ils se bornèrent à coudre leurs habits de peaux avec des arrêtes, à se parer de plumes [...], en un mot tant qu'ils ne s'appliquèrent qu'à des ouvrages qu'un seul pouvait faire, et qu'à des arts qui n'avaient pas besoin de concours de plusieurs mains, ils vécurent libres et sains, bons et heureux [...]".

⁶² J. ROGER, *Introduction*, Discours sur les sciences et les arts; Discours sur l'origine de l'inégalité, Flammarion, Paris, 1992, p. 19.

⁶³ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 234: "*Les lois sont nées car de par l'évolution et l'émergence de la société, la seule morale – la bonté de l'état de nature – étaient insuffisante. Plus la société grossissait, plus les châtiments étaient cruels*".

⁶⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 235.

⁶⁵ J. STAROBINSKI, "Du Discours sur l'inégalité au contrat social", in: *Etudes sur le contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Vol. 30, Publications de l'Université de Dijon, Paris, 1964, p. 100.

⁶⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 174, 189, 211, 233, 238, 249, 251, etc., où il cite BURLAMAQUI, HOBBS, PUFENDORF, CUMBERLAND, GROTIUS, LOCKE.

⁶⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 236ss, où l'auteur associe le *suum cuique tribuere* (p. 237) faisant partie des premières règles de justice au droit de propriété. A cet égard, il ne manque pas de se servir de faits historiques en rapport avec la métallurgie et l'agriculture, qui, faisant appel à une main d'œuvre croissante, nécessitent le partage des terres.

l'inégalité permanente dans une société civile. La seconde étape est l'institution de la magistrature qui favorise les puissants en désespoir des faibles. Enfin, la troisième étape est celle qui attrait avec le changement du pouvoir institutionnel en place menant à l'arbitraire, car il scinde entre maîtres et esclaves la population humaine⁶⁸. L'on constate que la sociabilité se manifeste bien tardivement dans l'évolution de l'espèce humaine. En d'autres termes, le progrès apparaît à la suite d'une longue série d'événements qui aboutissent à la création des sociétés dépravant et pervertissant les hommes. Le philosophe tend à éveiller le lecteur sur la direction que l'humanité prend dans sa quête du progrès – tant institutionnel et légal que scientifique et intellectuel. Ce processus déclenché donc par la perfectibilité, tend de manière croissante à nous éloigner de nos sentiments naturels à l'égard d'autrui⁶⁹. Sur un plan légal, ROUSSEAU considère que le mal ne provient pas de l'homme directement mais de l'homme mal gouverné et des vertus juridiques contraires à la loi de nature que les institutions encouragent⁷⁰. En effet, le philosophe conclut que l'inégalité morale est autorisée par le seul droit positif, qui encourage les distinctions non naturelles entre individus – "qu'un enfant commande à un vieillard, qu'un imbécile conduise un homme sage et qu'une poignée de gens regorge de superfluidités, tandis que la multitude affamée manque du nécessaire"⁷¹.

Conclusion intermédiaire

Avec ses deux *Discours*, ROUSSEAU défend l'idée que l'homme perfectible est bon par nature, tel que Dieu l'a fait. Mais l'homme s'est altéré lui-même par de mauvais choix issu de sa capacité d'individu libre⁷². Séduit par le

⁶⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 256.

⁶⁹ R.-P. DROIT, "Rousseau le pur", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. xi: "La révolution que propose Rousseau consiste en fin de compte à faire renaître la pureté première de la nature dans notre cœur, dans nos mœurs et dans l'histoire universelle. Car la pureté n'est jamais tout à fait morte. Elle n'est qu'obscurcie, enfouie, déformée, transformée par l'histoire et par la société".

⁷⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 264: "Il suit de cet exposé que l'inégalité, étant presque nulle dans l'état de nature, tire sa force et son accroissement du développement de nos facultés et des progrès de l'esprit humain et devient enfin stable et légitime par l'établissement de la propriété et des lois. Il suit encore que l'inégalité morale, autorisée par le seul droit positif, est contraire au droit naturel, toutes les fois qu'elle ne concourt pas en même proportion avec l'inégalité physique [...]".

⁷¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 264.

⁷² E. CASSIRER, *Le problème Jean-Jacques Rousseau*, Hachette, Paris, 1987, p. 93: "La perfectibilité est la source de tous les espoirs comme de toutes les erreurs des

paraître de la technique puis par les avantages à vivre en société, les êtres humains ont peu à peu rejeté les vertus naturelles pour finalement ne pas les concrétiser dans les dispositions légales. A l'appui de faits historiques de la civilisation occidentale, le philosophe conclut que le progrès est une source de défaite morale engendrant la stagnation voir même la perte des mœurs. En d'autres termes, il est proposé au lecteur une vision pessimiste de l'humanité, qui ne vivant qu'à travers et pour le progrès, ne parvient plus à s'élever moralement. En ce sens, c'est l'optimisme des Lumières qui lui semble excessif et mensonger favorisant les arts et les sciences⁷³. L'idée que la technique conduit à un progrès dans les mœurs et la vertu lui semble contradictoire. Le temps du monde agricole et des valeurs guerrières antiques est définitivement révolu. Les sentiments ont fait place à la raison⁷⁴ éveillée qui préconise le travail et le profit individuel, afin de toucher au graal – le droit de propriété. A terme, la quête de la propriété, de même que la technique engendrent le mal en l'homme qui ne s'appartenant plus, exige toujours d'avantage que ce qui lui revient de par la nature⁷⁵. Poussé à l'extrême, la société valorise à travers le droit, le superflu artistique, la beauté et la puissance de certains dirigeants. Il en ressort que nos corps souffrent physiquement, car la grande majorité des maladies proviennent du luxe et des nourritures trop abondantes, des liqueurs, des passions, de fatigues⁷⁶. Or, les lois humaines continuent à défendre l'inégalité morale qui "*consiste dans les différents privilèges, dont quelques-uns jouissent, au préjudice des autres,*

hommes, de leurs vertus aussi bien que de leurs vices. Elle semble l'élever au-dessus de la nature, mais elle fait de lui le tyran de la nature et de lui-même".

⁷³ R.-P. DROIT, "Rousseau le pur", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. xiv; J. ROGER, *Introduction*, *Discours sur les sciences et les arts*; *Discours sur l'origine de l'inégalité*, Flammarion, Paris, 1992, p. 5, 6.

⁷⁴ R. MAUZI, *L'idée du bonheur dans la littérature et la pensée française au XVIIIe siècle*, A. Colin, Paris, 1960, p. 137: "*Au stade naturel, la raison et le cœur restaient accordés, ou plutôt indifférenciés. L'homme de la nature n'avait à faire aucune réflexion sur lui-même. [...] Son immédiate innocence lui suffisait*". ; p. 139: "*La raison est une force immobile, immunisée à la fois contre la tristesse et la gaieté, elle a l'apparence d'un visage serein*". ; J. ROGER, *Les sciences de la vie ans la pensée française du XVIIIe siècle: la génération des animaux de Descartes à l'Encyclopédie*, A. Colin, Paris, 1963, p. 562.

⁷⁵ J. STAROBINSKI, *Jean-Jacques Rousseau. La transparence et l'obstacle suivi de sept essais sur Rousseau*, Gallimard, Paris, 1971, p. 347-348.

⁷⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 192. A cet égard, l'auteur ne manque pas de préciser que l'homme sauvage connaît beaucoup moins de maux ne l'obligeant pas à la surconsommation de la médecine comme au XVIIIe siècle. "[Il] est toujours certain que si le sauvage malade abandonné à lui-même n'a rien à espérer que de la nature, en revanche il n'a rien à craindre que de son mal, ce qui rend souvent sa situation préférable à la notre" (p. 193).

comme d'êtres plus riches, plus honorés, plus puissants qu'eux, ou même de s'en faire obéir"⁷⁷.

ROUSSEAU affirme qu'une fois la faculté de perfectibilité activée en l'homme, il lui est impossible de revenir à l'état de nature. En définitive, le lecteur est placé devant deux constats. En premier, la condition actuelle de l'homme civilisé lui semble perverse et par conséquent inacceptable par comparaison à la vertu de l'homme naturel. Puis, l'impossibilité d'un retour en arrière est contrebalancée par l'éthique du droit, elle-même fondatrice de la société⁷⁸. Les hommes vivant désormais en société n'ont alors d'autre choix que de se tourner vers "*la religion civile*"⁷⁹, seule capable de souder les engagements des citoyens concrétisés dans une convention collective⁸⁰. Dès l'instant où l'homme est devenu exclusivement citoyen, il ne va réfléchir et se confronter qu'aux problèmes d'une entité et non d'individualités⁸¹.

II. Deux domaines de droit suisse à l'épreuve de la vision du progrès tel que présentée par Rousseau

Dans cette seconde partie, il s'agit de démontrer, à l'appui des deux *Discours* de ROUSSEAU, que le progrès engendre un certain ralentissement sur le court

⁷⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 183-184.

⁷⁸ E. CASSIRER, *Le problème Jean-Jacques Rousseau*, Hachette, Paris, 1987, p. 94, 97.

⁷⁹ R. DERATHÉ, "La religion civile selon Rousseau", in: *Annales de la société Jean-Jacques Rousseau*, t. 35, A. Jullien, Genève, 1959-62, p. 162, 163; R.-P. DROIT, "Rousseau le pur", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. xi.

⁸⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 252-253: "[...] je me borne en suivant l'opinion commune à considérer ici l'établissement du corps politique comme un vrai contrat entre le peuple et les chefs qu'il se choisit, contrat par lequel les deux parties s'obligent à l'observation des lois qui y sont stipulées et qui forment les liens de leur union. Le peuple ayant, au sujet des relations sociales, réuni toutes ses volontés en une seule, tous les articles sur lesquels cette volonté s'explique deviennent autant de lois fondamentales qui obligent tous les membres de l'Etat sans exception, et l'une desquelles règle le choix et le pouvoir des magistrats chargés de veiller à l'exécution des autres". ; E. CASSIRER, *Le problème Jean-Jacques Rousseau*, Hachette, Paris, 1987, p. 36, 37.

⁸¹ R. MAUZI, *L'idée du bonheur dans la littérature et la pensée française au XVIII^e siècle*, A. Colin, Paris, 1960, p. 141: "Non seulement il n'y aurait pas de conflit entre l'individuel et le collectif, mais la distinction entre les deux perdrait tout sens, puisque le citoyen est précisément cet homme en qui l'individuel et le collectif ne se conçoivent plus comme séparés".

terme, voir même un recul sur le long s'agissant des vertus et mœurs juridiques. Ce dépassement du droit par la science peut s'illustrer dans un double choix législatif suisse en lien avec les domaines technologiques: le domaine des médicaments et celui du nucléaire. C'est justement la pérennité de ce paradoxe entre le droit matériel et la technique relevé déjà au XVIIIe siècle par ROUSSEAU qu'il convient de mettre en lumière à travers la LAMal⁸² et la LPT⁸³ s'agissant du remboursement d'un médicament pouvant guérir une maladie orpheline, puis avec la LRCN⁸⁴ et les art. 41ss COS⁸⁵ en ce qui concerne la responsabilité nucléaire.

La méthode d'approche sera donc la mise en parallèle des solutions contemporaines suisses avec l'œil critique en matière de progrès tel que posé par le philosophe. Ce procédé pourra souligner les défauts figurant dans nos lois – défauts dont ROUSSEAU soupçonnait déjà l'existence en évoquant les perversions et les limites du progrès à la fois sur l'homme et l'Etat. Malgré les exceptions de droit prétorien et législatif, afin de donner plus d'équité aux solutions juridiques, il n'est pas certain que l'on puisse parvenir à un équilibre entre la technique et le bonheur de tout un chacun. Il faudra alors se demander si les *Discours* n'apportent pas une certaine manière de penser dont le législateur helvétique devrait s'inspirer.

1. La couverture sociale pour le traitement d'une maladie orpheline en Suisse: inégalité et déclin moral d'après les Discours de Rousseau

a) Le système actuel de prise en charge d'un traitement pour une maladie rare

Un dépassement du droit par la science peut être illustré dans un choix législatif en lien avec le remboursement d'un traitement pouvant à terme guérir ou atténuer les effets d'une maladie orpheline.

Pour des questions évidentes de protection de la santé et d'ordre public, la majorité des médicaments mis sur le marché en Suisse nécessitent une autorisation formelle de mise sur le marché⁸⁶. Le déclenchement de la procédure de mise sur le marché ne peut être effectuée que par un titulaire

⁸² Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10).

⁸³ Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques, LPT, RS 812.21).

⁸⁴ Loi fédérale du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN, RS 732.44).

⁸⁵ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations, RS 220).

⁸⁶ Art. 9 al.1 LPT.

d'une autorisation de fabrication, d'importation ou de commerce de gros⁸⁷. De plus, le requérant doit avoir élu domicile sur le territoire suisse, ou y avoir sa filiale⁸⁸. Ainsi, il est évident que le demandeur de mise sur le marché d'un produit thérapeutique sera dans la grande majorité des cas un fabricant pharmaceutique. La loi sur les produits thérapeutiques procède à une liste d'éléments qui attirent avec la qualité, la sécurité et l'efficacité d'un médicament. Tout demandeur d'autorisation doit démontrer le respect de cette liste⁸⁹. En outre, dans la demande d'autorisation, le demandeur doit notamment faire figurer la désignation du médicament⁹⁰, les effets thérapeutiques ainsi que les effets indésirables⁹¹, l'étiquetage, l'information, le mode de remise et le mode d'administration⁹². L'examen de ces éléments constitutifs quant à la mise sur le marché d'un tel produit peut nécessiter plusieurs mois⁹³. Lorsque toutes les conditions s'avèrent être remplies, l'Institut fédéral des produits thérapeutiques (ci-après: Swissmedic), octroie la mise sur le marché du produit en question⁹⁴. Enfin, il convient de relever qu'il existe au sens du droit suisse une procédure accélérée permettant d'obtenir une autorisation de mise sur le marché⁹⁵. Celle-ci peut être utilisée sur demande de Swissmedic dans le cas des maladies rares, ce qui revient à dire qu'elle n'est pas un droit pour le fabricant⁹⁶.

Le coût d'un médicament mis valablement sur le marché suisse n'est remboursé par l'assurance obligatoire des soins que s'il est prescrit conformément à son étiquetage agréé par Swissmedic et délivré sur ordonnance médicale⁹⁷. Il est également primordial que les produits pharmaceutiques prescrits doivent être efficaces, appropriés et économiques, afin que l'assurance entre en matière⁹⁸. S'agissant du critère d'efficacité, la loi nous

⁸⁷ Art. 10 al. 1 let.b LPTh.

⁸⁸ Art. 10 al.1 let.c LPTh.

⁸⁹ Art. 10 al.1 let.a LPTh.

⁹⁰ Art. Art. 11 al.1 let.a LPTh.

⁹¹ Art. 11 al. 1 let. e LPTh.

⁹² Art. 11 al. 1 let.f LPTh. S'agissant plus particulièrement du mode d'administration, voir art. 12ss OEMéd (RS 812.212.22).

⁹³ Voir le Message du Conseil fédéral, FF 1999 3151, p. 3167ss.

⁹⁴ Art. 16 al.1 LPTh; art. 7 al.1 OMéd (RS 812.212.21); Toute modification ultérieure doit à nouveau faire l'objet d'une procédure d'autorisation: voir, art. 11ss OMéd.

⁹⁵ Art. 14 al.1 let.f LPTh; Art. 24ss OASMéd (RS 812.212.23).

⁹⁶ P. RICHLI, "Regelungsschwerpunkte des Heilmittelgesetzes", in: *Das neue Heilmittelgesetz: eine erste Bilanz*, POLEDNA/THOMAS/EICHENBERGER (éd.), Zurich/Basel/Genève, 2004, p. 59; cité par L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 4.

⁹⁷ Art. 25-34 LAMal.

⁹⁸ Art. 25 cum 32 al.1 LAMal.

renseigne qu'elle "doit être démontrée selon des méthodes scientifiques"⁹⁹. Puis, l'art. 31 al.1 LAMal ne manque pas d'insister sur le critère d'économicité (coûts-bénéfices)¹⁰⁰, qui implique l'obligation de privilégier à efficacité égale, le médicament au meilleur coût mis sur le marché¹⁰¹. Enfin, l'assurance obligatoire des soins n'est autorisée par la loi à ne rembourser aucunes autres prestations que celles listées aux arts. 25-33 LAMal¹⁰².

Ainsi, l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) peut établir une liste, "avec prix, des préparations pharmaceutiques et des médicaments confectonnés (liste des spécialités). Celle-ci doit également comprendre les génériques meilleurs marché qui sont interchangeables avec les préparations originales"¹⁰³. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la liste des spécialités endosse un caractère contraignant, c'est-à-dire que les médicaments qui ne sont pas listés ne doivent pas être pris en charge par l'assurance, et exhaustif, dans le sens où les prestations doivent y être inscrites¹⁰⁴. En d'autres termes, un patient ne peut espérer se voir rembourser par son assurance obligatoire des soins que si le médicament en question figure formellement sur ladite liste des spécialités. Chaque année la liste est présentée sous forme électronique, puis mise à jour et complétée¹⁰⁵. A titre exceptionnel, lorsque la santé publique l'exige ou lorsqu'un médicament revêt d'une grande importance pour le traitement médical, l'Office fédéral de la santé (ci-après : OFSP) peut inscrire ou maintenir dans la liste un produit, alors même que le fabricant ou l'importateur n'a pas demandé son inscription

⁹⁹ Art. 32 al.1 LAMal.

¹⁰⁰ Voir art. 43 LAMal.

¹⁰¹ Le critère d'économicité est également mentionné dans les conditions d'inscription à la liste des spécialités et ainsi être remboursé à l'art. 65 OAMal (RS 832.102). Pour l'évaluation du critère économique d'un médicament en général, voir art. 65a OAMal ; L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 10; Pour une approche détaillée du mécanisme menant au remboursement d'un médicament en Suisse, voir G. SCARTAZZINI, "Le caractère approprié et économique des prestations dans l'assurance-maladie suisse", in: *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, 2006 (36), p. 9ss.

¹⁰² Art. 34 al. 1 LAMal.

¹⁰³ Art. 52 al.1 let.b LAMal. La liste des spécialités est ne doit pas être assimilée à la "liste avec tarif des substances actives et auxiliaires employés pour la prescription magistrale; le tarif comprend aussi les prestations du pharmacien" (art. 53 al.1 let a ch.2 LAMal).

¹⁰⁴ Voir notamment l'arrêt du 1er septembre 2003 (K 63/02), ainsi que l'arrêt du 10 octobre 2003 (K 83/03).

¹⁰⁵ Art. 63 al.1 OAMal ; art. 64 OAMal ; Pour la procédure de radiation, voir l'art. 68 OAMal.

ou qu'il a demandé sa radiation. Dans ce cas, c'est l'OFSP qui fixe le montant à rembourser par l'assureur¹⁰⁶.

Outre l'exigence à ce que le médicament en cause figure formellement sur la liste des spécialités pour se voir rembourser, la loi et la jurisprudence exigent que son emploi soit conforme à l'étiquetage¹⁰⁷. Autrement dit, l'emploi du produit dans un but médical doit être strictement en accord avec l'autorisation de mise sur le marché. Toute utilisation qui sort de l'étiquetage tel que figurant dans l'autorisation est un emploi hors étiquette (*off-label use*)¹⁰⁸.

Or, il n'est pas rare qu'un médicament hors étiquette puisse avoir des effets bénéfiques pour un patient atteint d'une maladie rare. A ce titre, l'art. 14 al.1 let. f LPTh prévoit que les médicaments importants pour les maladies rares peuvent bénéficier d'une procédure d'autorisation simplifiée¹⁰⁹. En théorie donc un patient atteint d'une maladie rare peut se faire rembourser un traitement extrêmement coûteux. *"Toutefois, bien souvent, compte tenu du manque d'intérêt de l'industrie pharmaceutique pour ces médicaments, ils ne bénéficient pas d'autorisation de mise sur le marché"*¹¹⁰. En effet, alors que l'utilisation hors étiquette est très présente et dans beaucoup de cas bénéfique

¹⁰⁶ Art. 70 OAMal.

¹⁰⁷ K 103/03 : " *Il ressort du système d'autorisation de mise sur le marché d'un médicament que l'admission de celui-ci se rapporte toujours à des indications médicales précises. L'exigence d'un lien entre le médicament et une application concrète et déterminée de celui-ci est inhérente au système de l'autorisation, puisqu'un médicament est, par définition, destiné à agir médicalement sur l'organisme humain et sert à diagnostiquer, à prévenir ou traiter des maladies, des blessures et des handicaps (art. 4 al. 1 let.a LPTh). En plus de la qualité du médicament, une autre des conditions de l'autorisation est l'efficacité du produit thérapeutique (art. 10 al.1 let.a LPTh), soit sa capacité à atteindre le résultat thérapeutique visé par rapport à une maladie déterminée. La mise sur le marché d'un médicament n'est donc autorisée qu'en relation avec les maladies pour le diagnostic, la prévention ou le traitement desquelles le requérant a apporté la preuve que le médicament était efficace*". ; Pour un commentaire sur cet arrêt, voir L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 4.

¹⁰⁸ Terme employé dans la littérature saxonne. Voir notamment, A. TABARROK, "Assessing the FDA via the anomaly of off-label drug prescribing", in: *The independent review* (2000/vol.V), p. 25ss; THE AMERICAN SOCIETY OF CLINICAL ONCOLOGY, "Reimbursement for cancer treatment: coverage of off-label drug indications", in: *Journal of clinical oncology*, 2006, vol.24, N19, p. 3206ss.

¹⁰⁹ Voir également l'art. 4 OASMéd. Une fois le statut de médicament orphelin reconnu (art. 13 LPTh), le médicament peut bénéficier d'une autorisation simplifiée si un Etat ayant un système de contrôle équivalent à la Suisse l'a mis sur le marché (art. 24ss OASMéd).

¹¹⁰ L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 6.

en oncologie¹¹¹, en psychiatrie¹¹² ou encore en pédiatrie¹¹³, les entreprises pharmaceutiques ne procèdent pas à une demande de changement dans l'autorisation délivrée par Swissmedic. Le devoir de diligence du médecin devient alors central. D'une part, il bénéficie d'une marge d'appréciation dans le choix de la thérapie en cours, mais d'autre part, il lui incombe d'informer le patient à la fois sur les risques¹¹⁴ d'un médicament non homologué pour sa pathologie et des aspects financiers qui pourraient en ressortir¹¹⁵. En effet, le patient doit savoir qu'une utilisation hors étiquette contraint les caisses maladies, à travers une application stricte de la loi, à refuser tout remboursement de traitement¹¹⁶.

Finalement, l'assureur ne dispose d'aucune marge de manœuvre pour accorder le remboursement à son client, même si le médecin prescripteur est certain de l'efficacité du traitement proposé.

Conclusion intermédiaire

Les personnes atteintes d'une maladie rare se retrouvent face à une situation en Suisse dramatique, où, alors qu'ils sont couverts par une assurance maladie obligatoire, et que le médicament figure sur la liste des spécialités, le remboursement de leur traitement est refusé sur le grief de l'étiquetage¹¹⁷. Il

¹¹¹ R. ABELSON / A. POLLACK, "Medicare widens drugs it accepts for cancer", in: *The New York Times*, 26.1.2009.

¹¹² J. G. EDERSHEIM, "Off-label prescribing", in: *Psychiatric Times*, 2009, vol.26, N4.

¹¹³ E. R. DI PAOLO, H. STOETTER, J. COTTING (etc.), "Unlicensed and off-label drug use in a Swiss paediatric university hospital", in: *Swiss medical weekly*, 2006-136, p. 218ss.

¹¹⁴ Art. 59 al.3 LPTh.

¹¹⁵ D. MANAI, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Staempfli, Berne, 2006, p. 69.

¹¹⁶ Le catalogue exhaustif figurant à l'art. 34 LAMal empêche les caisses de prendre en charge d'autres coûts que ceux contenus aux arts. 25-33 LAMal. De plus, la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances sociales (K 103/03) a également affirmé en 2009 l'exhaustivité de la liste des spécialités qui exclut une prise en charge pour les *off-label use*. ; V. JUNOD, "Accès aux médicaments: les conditions du remboursement dans l'assurance-maladie obligatoire", in: *Le droit de la santé: aspects nouveaux: rapports des contributeurs suisses aux Journées internationales Capitant*, Univ. de Neuchâtel, Neuchâtel, 2009, p. 83ss, 98.

¹¹⁷ L'on pourrait très bien imaginer des cas où un médicament étiqueté de manière partielle mais peu coûteux et pouvant soigner une maladie orpheline ne sera pas couvert au profit d'un médicament plus cher ayant les mêmes effets. L'on assiste alors à ce que pourrait appeler ROUSSEAU un "effet pervers" du système légal mis en place qui ne respecte plus aucune logique: (*Discours sur les sciences et les arts*, p. 26) "*Si nos sciences sont vaines dans l'objet qu'elles se proposent, elles sont encore plus dangereuses par les effets qu'elles produisent. [...] Répondez-moi, dis-je, vous de qui nous avons reçu tant de sublimes connaissances ; quand vous ne nous auriez jamais rien appris de ces choses, en serions-nous moins nombreux, moins bien gouvernés, moins redoutables, moins florissants ou plus pervers ?*".

convient alors de se demander si le progrès scientifique est véritablement au profit de l'humanité, puisque toute une fraction d'individus s'en voit refuser l'accès. En effet, ROUSSEAU avançait que "*nos âmes se sont corrompues à mesure que nos sciences et nos arts se sont avancées à la perfection*"¹¹⁸, ce qui implique que le progrès technique engendre une stagnation des mœurs. Tandis que la science a su trouver comment palier aux méfaits de maux graves, le droit met un obstacle, balayant par la même occasion le sentiment de pitié, afin de privilégier les compagnies pharmaceutiques et les assurances – libres de décider de la conservation et de la survie des individus malades. En effet, Swissmedic ne dispose pas d'un droit à autorisation sur sa propre initiative, car il ressort de la loi que c'est l'entreprise-fabricant qui doit faire la demande¹¹⁹. Ainsi, une telle entreprise ne va faire un dépôt de demande que lorsqu'elle est certaine des retombées économiques suite à son investissement à la recherche, et ce, même si elle sait que l'un des effets bénéfiques de son produit peut soigner une maladie orpheline¹²⁰. En d'autres termes, l'institution de contrôle étatique qu'est Swissmedic a les "mains liées" ne pouvant pas intervenir légalement au profit des citoyens malades¹²¹. La dislocation prévue par le philosophe genevois entre le progrès moral concrétisé dans le droit et le progrès technique est parfaitement illustré dans la prise en charge d'un traitement contre une maladie orpheline. Le mécanisme légal et la mise en place des institutions de contrôle des médicaments, tels que choisi par le législateur, provoquent un sentiment de déshumanisation alors que les sciences offrent objectivement des solutions aux peines humaines. "[T]ant que la puissance sera seule d'un côté; les lumières et la sagesse seules d'un autre, les savants penseront rarement de

¹¹⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 16.

¹¹⁹ Art. 10 LPTh.

¹²⁰ Cette situation abusive a provoqué une série de Recommandations de la part de l'Association des pharmaciens cantonaux suisses et de Swissmedic au sujet de l'utilisation des médicaments au sens de l' "off label use" (24.7.2006): http://www.gesundheitsdienste.bs.ch/hmw_off-label-use_schlusspapier_06-07-24f4.pdf

¹²¹ Bien que l'art. 70 OAMal stipule que l'OFSP peut se substituer au fabricant pharmaceutique en usant de son pouvoir à l'inscription d'un médicament sur la liste des spécialités et ayant au préalable obtenu l'autorisation de mise sur le marché de Swissmedic, l'autorité ne semble pas dans les faits en faire un usage fréquent. Dans ce sens, voir le commentaire de V. JUNOD, "Accès aux médicaments: les conditions du remboursement dans l'assurance-maladie obligatoire", in: *Le droit de la santé: aspects nouveaux: rapports des contributeurs suisses aux Journées internationales Capitain*, Univ. de Neuchâtel, Neuchâtel, 2009, p. 98 (Note 76): "[L]art. 70 OAMal pose des problèmes de mise en oeuvre non négligeables. D'une part, l'OFSP n'a pas forcément accès aux éléments de fait qui lui seraient utiles pour fixer correctement le prix. D'autre part, l'imposition d'un prix maximum à la société pharmaceutique soulève le problème constitutionnel de l'ancrage légal dans la seule ordonnance".

grandes choses, les princes en feront plus rarement de belles, et les peuples continueront d'être vils, corrompus et malheureux"¹²².

b) *Le droit prétorien comme rempart aux inégalités*

Les juges du Tribunal fédéral ont choisi d'appliquer deux exceptions de création prétorienne au refus de remboursement des médicaments hors étiquette: le complexe thérapeutique et l'utilité thérapeutique¹²³.

Selon la Haute Cour, il y a un complexe thérapeutique dès lors que plusieurs mesures médicales, bien que distinctes, poursuivent un but commun¹²⁴. Lorsque ces mesures sont étroitement connectées entre elles et que la majorité est couverte par l'assurance maladie – le médicament non pris en charge n'étant qu'accessoire mais irremplaçable, alors l'ensemble du traitement doit être pris en charge¹²⁵.

Le Tribunal fédéral admet qu'il y a une nécessité thérapeutique lorsque suite à des études de randomisation, il ressort qu'aucun autre traitement n'est possible¹²⁶. Autrement dit, et conformément à l'art. 9 al.4 LPTh, il convient

¹²² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 39.

¹²³ Pour une approche détaillée de ces deux exceptions, voir L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 16ss.

¹²⁴ ATF 120 V 200, consid. 7b, p. 212 : " [...] beim Zusammentreffen mehrerer medizinischer mAssnahmen, die gleichzeitig verschiedene, jedoch unter sich zusammenhängende Zwecke verfolgen, die für sich allein genommen sozialversicherungsrechtlich unterschiedliche Fogen nach sich ziehen würden, das Schicksal der gesamten therapeutischen Behandlung von Hauptzweck abhängig zu machen ist".

¹²⁵ K 103/03, consid. 6.1 : "Il existe des situations dans lesquelles il apparaît nécessaire de prescrire un médicament figurant dans la liste des spécialités pour une indication autre que celles pour lesquelles il a été autorisé, lorsqu'une maladie entraînant une menace pour la vie du patient ou une atteinte à sa santé grave et chronique ne pourrait pas être traitée autrement de manière efficace, par manque d'alternatives thérapeutiques. Le médicament ne pourra toutefois être administré à charge de l'assurance obligatoire des soins que s'il existe des raisons sérieuses pour admettre que le produit en question présente une utilité thérapeutique importante (curative ou palliative). A cet égard, on peut s'inspirer des conditions auxquelles Swissmedic peut autoriser pour une durée limitée la distribution ou la remise de médicaments contre des maladies mortelles qui ne sont pas autorisés à être mis sur le marché. Selon l'art. 9 al. 4 LPTh, une telle autorisation pour une durée limitée est admise lorsqu'elle est compatible avec la protection de la santé, qu'une grande utilité thérapeutique est attendue de l'administration de ces médicaments et qu'il n'existe pas de médicament équivalent". ; ATF 120 V 200, consid. 7b/bb, p. 213; Ces jurisprudences sont reprises à l'art. 71a al.1 let.a OAMal et dans les *Instructions concernant la liste des spécialités du 1.1.2012* de l'OFSP, ch. I.2.1.2, p. 60, <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/06492/07568/index.html?lang=fr>

¹²⁶ ATF 130 V 532, consid. 6.2.

d'autoriser un tel usage hors étiquette, lorsqu'il "*est compatible avec la protection de la santé, qu'une grande utilité thérapeutique est attendue de l'administration de ces médicaments et qu'il n'existe pas de médicament équivalent*"¹²⁷.

Malgré l'effort correcteur entrepris par le Tribunal fédéral, la loi laisse transparaître une inégalité de traitement entre des malades souffrant d'une maladie orpheline, voir de la même maladie. En effet, une personne hospitalisée bénéficie d'un remboursement total de son traitement, peu importe que ce dernier figure dans la liste des spécialités ou qu'il soit utilisé hors étiquette: "*en cas d'hospitalisation, la rémunération s'effectue conformément au tarif applicable à l'hôpital en vertu de l'al.1, tant que le patient a besoin, selon l'indication médicale, d'un traitement et de soins ou d'une réadaptation médicale en milieu hospitalier*"¹²⁸. A l'inverse, le patient admis en ambulatoire ou traité par son médecin de famille se retrouve normalement à couvrir seul les dépenses liées à son traitement. De même, le patient qui sort du milieu hospitalier et qui jusqu'alors était couvert par l'assurance obligatoire, se verra refuser la continuation de son traitement hors étiquette.

Autrement dit, en privilégiant le principe de la légalité par une application à la lettre du système de remboursement actuel, le Tribunal fédéral préserve les intérêts économiques des compagnies pharmaceutiques. En effet, en posant le principe de non remboursement pour l'utilisation hors étiquette, le patient est à la merci du fabricant qui choisit, lors du dépôt de la demande de mise sur le marché, la fonctionnalité du produit. Les deux exceptions que le droit prétorien apporte font penser à un rééquilibrage entre les intérêts économiques et le droit à la vie, ainsi qu'à l'égalité de traitement¹²⁹.

Suite à ces deux exceptions, l'Office fédéral de la santé publique a rédigé en 2011 deux nouveaux articles dans l'OAMal se rapportant à la prise en

¹²⁷ Voir l'art. 71a al.1 let.b OAMal qui fixe le critère d'« absence d'alternative thérapeutique » c'est-à-dire qu'il n'existe pas d'autre traitement efficace autorisé. Le principe d'utilité thérapeutique doit être admis que restrictivement, afin de ne pas porter atteinte au principe de la légalité. En ce sens, voir V. JUNOD, "Accès aux médicaments: les conditions du remboursement dans l'assurance-maladie obligatoire", in: *Le droit de la santé: aspects nouveaux: rapports des contributeurs suisses aux Journées internationales Capitant*, Univ. de Neuchâtel, Neuchâtel, 2009, p. 123 ; OFSP, *Instructions concernant la liste des spécialités du 1.1.2012*, ch. 1.2.1.2, p. 60.

¹²⁸ Art. 49 al.4 LAMal; Pour une comparaison entre l'ancien art. 49 al.1 LAMal et l'actuel art. 49 al.4, voir L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 24.

¹²⁹ V. JUNOD, "Accès aux médicaments: les conditions du remboursement dans l'assurance-maladie obligatoire", in: *Le droit de la santé: aspects nouveaux: rapports des contributeurs suisses aux Journées internationales Capitant*, Univ. de Neuchâtel, Neuchâtel, 2009, p. 113 ; L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 27.

charge d'un médicament qui se trouve sur la liste des spécialité et d'un médicament hors liste¹³⁰. Ainsi, "il appartient à l'assureur-maladie, en concertation avec le médecin-conseil, de juger de ces cas particuliers, indépendamment de la question de savoir si l'admission d'un médicament dans la LS a été demandée ou rejetée"¹³¹. Ainsi, en voulant donner plus de "clarté" à la situation des patients souffrant d'une maladie rare, l'institution fédérale délègue la prise de décision formelle et matérielle quant au remboursement au médecin-conseil de l'assureur. De facto, l'avis du médecin-conseil et l'assureur disposent d'une marge de manœuvre au moment d'apprécier si les conditions d'une des deux exceptions prétoriennes sont remplies. Par ce procédé, les assurances se substituent à un organe de contrôle étatique et il ne sera alors pas exceptionnel que de rencontrer deux patients atteints de la même maladie traités différemment par leur assurance des soins obligatoire.

Conclusion intermédiaire

Avec l'exception d'utilité thérapeutique, le Tribunal fédéral insiste sur la condition d'absence d'alternative pour le patient atteint d'une maladie rare, obligé d'employer le produit hors étiquetage. Or, en voulant être plus équitables, les juges ne font que créer une autre brèche entre les patients atteints de maladie orpheline et ceux qui combattent une "maladie courante". Ces derniers se verraient refuser l'application de l'exception, à travers le qualificatif de leur maladie. Le second *Discours* de ROUSSEAU décrit deux formes d'inégalités: physique ou naturelle et morale ou politique¹³². La maladie est une inégalité physique ou naturelle commune aux hommes vivant en société¹³³. Tous sont égaux devant la souffrance. Or, le Tribunal fédéral ne fait en l'espèce que créer une troisième inégalité à travers le droit. Donc en faisant preuve de raison envers les personnes atteintes de maladie orpheline, les juges en oublient le sentiment naturel de pitié pour tous les autres sujets de droit. Il en résulte une inégalité morale, fondée sur une convention légale qui s'articule autour d'une inégalité naturelle. "Il suit que l'inégalité morale, autorisée par le seul droit positif, est contraire au droit naturel, toutes les fois qu'elle ne concourt pas en même proportion avec l'inégalité physique; distinction qui détermine suffisamment ce qu'on doit penser à cet égard de la

¹³⁰ Art. 71a et art. 71b OAMal (en vigueur depuis le 1er mars 2011), RO 2011 653.

¹³¹ OFSP, *Instructions concernant la liste des spécialités du 1.1.2012*, I.1, p. 60.

¹³² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 183.

¹³³ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 191.

sorte d'inégalités qui règne parmi tous les peuples policés [...] ¹³⁴". La Haute Cour se substitue ainsi à la nature ce qui provoque un mal nouveau entre les hommes. Le droit devient une source d'inégalité naturelle imprévisible pour un justiciable malade. En d'autres termes, sa situation est bien pire que celle de l'homme sauvage qui, "abandonné à lui-même n'a rien à espérer que de la nature, et n'a rien à craindre que de son mal, ce qui rend souvent sa situation préférable à la notre" ¹³⁵.

Par ailleurs, l'absence d'alternative thérapeutique implique que la partie demanderesse apporte une preuve scientifique à son argumentation. L'on peut également se demander si le côté raisonnable du Tribunal a toujours un sens: peut-on décemment exiger des personnes atteintes de maladies rares une étude statistique? N'est-ce pas le rôle de l'institut de contrôle suisse qui a examiné au préalable les conditions pour une mise sur le marché? Le remboursement "semble dépendre en bonne partie du talent avec lequel l'assuré prépare son dossier et, surtout, des appuis qu'il trouve auprès de médecins appelés à témoigner du caractère indispensable du médicament prescrit hors indication. Si le patient n'est pas activement secondé par ses médecins, voire par des experts, il perdra vraisemblablement son procès et devra assumer le coût du médicament" ¹³⁶. Il est alors évident qu'une telle démarche prendrait du temps, ce qui est en défaveur de la personne souffrante. L'autorisation délivrée à exploiter un produit équivaut au droit de propriété dans le second *Discours*. Il s'en suit qu'indirectement, les institutions et la magistrature favorisent une scission entre individus puissants et faibles ¹³⁷. Alors que les hommes de nature sont désormais des hommes-citoyens vivant par une convention collective à former un cadre civil avec une couverture sociale, cette dernière leur échappe à cause d'une insécurité juridique.

Le mal ne se situe alors pas dans les hommes eux mêmes, mais dans leur choix institutionnel et légal provoquant le déclin de toute pitié ou sentiment

¹³⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 264.

¹³⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 193.

¹³⁶ V. JUNOD, "Avastin-Lucentis: un médicament à tout prix?", in: *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, Cahier no 42(2009), Genève, p. 67; Passage cité et commenté par L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 31.

¹³⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 256, où l'auteur précise que la seconde étape conduisant à une inégalité est formée par l'institution de la magistrature qui instaure un régime entre personnes puissantes et faibles.

d'humanité¹³⁸. La situation dans laquelle les justiciables atteints de maladies graves se retrouvent dépendant du médecin-conseil de leur assurance est non seulement une dénaturation de l'état primitif dans lequel l'homme se trouvaient autrefois, mais également de l'état civil construit autour de l'axe justice-raison. En effet, dans la pensée de ROUSSEAU, les hommes choisissent de s'associer dans un Etat civil et s'en remettre à une autorité souveraine. Or, le fait de confier par délégation des tâches qui se rapportent à leur vie et conservation, à l'image du médecin-conseil de l'assureur, ne permet plus d'assurer la jouissance paisible des droits individuels.

2. Le nucléaire: une technologie difficile à contenir dans des bases légales

a) Le régime du droit suisse en matière de responsabilité nucléaire

Poussé par la perfectibilité, l'homme redouble de créativité dans la technique et dans la consommation de celle-ci. L'énergie nucléaire en est le parfait exemple: en l'espace de moins d'un siècle, l'homme a su dépasser la nature dans le domaine énergétique. Il n'est plus à la merci du vent ou des courants pour puiser les flux déclencheurs d'énergie, mais a su adapter une technique autonome. Dans leur quête de progrès utile illustré par la volonté d'apporter à chaque génération plus de confort, de luxe et d'oisiveté, les hommes ont sans cesse péché par démesure. Le peuple grec, loin de ses héros vertueux et guerriers, mais en perdition comme décrit par ROUSSEAU – vivant que et à travers le progrès n'a pas attendu longtemps avant de connaître le déclin¹³⁹. Malgré l'écart de siècles et de technique qui nous sépare de ces faits historiques, l'actualité nucléaire¹⁴⁰ nous enseigne que tout comme les "grecs de ROUSSEAU", l'homme moderne est prêt à mettre en balance son droit à la vie et sa sécurité au profit de l'exploitation, de la consommation et de la rentabilité du progrès.

Il serait alors intéressant de démontrer, avec ce second exemple contemporain, que le droit suisse en matière de responsabilité objective et nucléaire défend le progrès mécanique couplé à l'économie. Un déséquilibre

¹³⁸ Voir notamment, J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 264.

¹³⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 16ss.

¹⁴⁰ La catastrophe nucléaire à la centrale de Fukushima le 12 mars 2011 au lendemain d'un tremblement de terre de magnitude de 8,9 suivi d'un tsunami. Voir notamment, Japon; samedi, la menace nucléaire après la catastrophe naturelle, La Parisien, 12 mars 2011, <http://www.lefigaro.fr/international/2011/03/15/01003-20110315ARTFIG00308-japon-explosion-a-la-centrale-nucleaire-de-fukushima.php>

va transparaître dans la loi entre le souci de la nature et la sécurité de l'homme au profit de la préservation de la technique nucléaire.

Tandis que depuis une dizaine d'années, la Suisse et la France songent à un allongement de la durée d'utilisation de leurs centrales nucléaires respectives¹⁴¹, l'incident de Fukushima sonne le glas dans l'actualité mondiale. Malgré le châtement que la nature et la technique ont infligé à ce moment-là aux hommes, la perspective d'une consommation de progrès moindre fait peur et transparait à travers la loi. Ainsi, le régime légal actuel en Suisse n'est pas sans soulever quelques questions déroutantes. Dans l'ordre juridique fédéral, la responsabilité nucléaire liée à un risque qualifié se trouve cataloguée parmi les responsabilités dites objectives aggravées¹⁴². Ce risque qualifié est dû, soit à la fréquence des conséquences dommageables des activités en cause, soit à la gravité particulière de ces mêmes conséquences. Le législateur a su faire preuve de tolérance à l'égard de cette activité en imposant, en contrepartie, une responsabilité sans faute de l'exploitant¹⁴³. Le but est alors de privilégier dans le cadre du procès civil les victimes d'un accident nucléaire. Ainsi, la loi suisse sur la responsabilité civile en matière nucléaire (ci-après : LRCN)¹⁴⁴, repose sur l'idée que nonobstant un comportement diligent dans le cadre de cette activité, l'on ne peut exclure la matérialisation du risque avec une garantie suffisante. Le législateur a souhaité en 1984 – date de la mise en vigueur de la présente loi, trouver un

¹⁴¹ V. Nouyrigat, "Centrales nucléaires françaises: pourvu qu'elles durent...", in: *Science & Vie*, sept. 2008 (1092), p. 65ss, où l'auteur rapporte que les autorités de contrôle françaises souhaitent passer au-delà de la trentaine d'années d'exploitation par centrale. Il est dès lors évoqué la thèse de soixante ans de durée de vie. En suisse, voir le retrait par le Conseil des Etats de la motion (11.3616) du 16.06.2011 en rapport avec la limitation de toutes les centrales à une durée de cinquante ans. Il était alors question de modifier la loi sur l'énergie nucléaire (RS 732.0). Le Conseil fédéral avait proposé par un avis (07.09.2011) de rejeter ladite motion: http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20113616;

Voir également: http://www.swissinfo.ch/fr/politique_suisse/La_Suisse_pourrait_sortir_du_nucleaire_d_ici_2034.html?cid=30316296

¹⁴² Tel est le cas par exemple des dommages causés par l'emploi d'un véhicule automobile (RS 741.01), mais également en matière de navigation aérienne (RS 748.0), ou encore en matière d'exploitation d'installations électriques (RS 814.20). Dans tous ces domaines, le risque s'avère hautement élevé.

¹⁴³ F. WERRO, *La responsabilité civile*, 2e édition, Staempfli, Berne, 2011, p. 14: "*L'ordre juridique tolère ces activités dont le risque est inévitable car celles-ci sont jugées utiles et source de progrès pour la société. Afin d'assurer une protection adéquate des victimes, il impose toutefois en contrepartie à celui qui se livre à ces activités et qui en tire des profits une responsabilité aggravée. En instaurant une telle responsabilité, le législateur procède dès lors à une répartition des risques et des profits des activités dangereuses. Dans le système actuel, seule une loi spéciale peut instituer un tel type de responsabilité*".

¹⁴⁴ RS 732.44.

compromis entre les besoins économiques en vue de prospérer et l'apport du progrès technique auprès du plus grand nombre d'individus¹⁴⁵, et le type de responsabilité. En fin de compte, ce n'est pas tant la probabilité de l'accomplissement du dommage qui inquiète que ses effets, tous liés à sa réalisation, et qui sont la plupart du temps une source de débats¹⁴⁶.

Avec l'art. 3 al.1 de la LRCN, le droit suisse renonce à une limitation de la responsabilité au profit des victimes et de l'espace environnant. De cette façon, l'exploitant d'une installation nucléaire répond de manière illimitée des dommages d'origine nucléaire causés par des substances nucléaires se trouvant dans son installation. En d'autres termes, l'exploitant est amené à répondre pour la totalité du préjudice causé et non simplement à concurrence d'un montant bien déterminé par la loi. Toutefois, quelque soit la responsabilité prévue en lien avec l'activité mise en cause, la responsabilité aquilienne contient certaines preuves libératoires qui interrompent le lien de causalité entre le dommage et l'exploitation nucléaire. Ainsi, et malgré le choix d'une responsabilité aggravée prévue pour le producteur d'énergie nucléaire, le responsable dispose de certains outils juridiques qui lui permettent de se dégager totalement ou en partie de son obligation de dédommagement. Le droit suisse¹⁴⁷ retient trois facteurs interruptifs de la causalité que la LRCN ne manque pas de reprendre: la force majeure, la faute ou le fait de la victime, la faute ou le fait d'un tiers. D'après l'art. 5 al.1

¹⁴⁵ Pour les besoins de l'humanité en énergie primaire sous forme d'un graphique en fonction du temps, voir Société pour le développement de l'économie suisse, *Energie nucléaire: conséquence d'un moratoire ou d'un abandon*, Etude Informata SA, Zurich, 1990, p. 6.

¹⁴⁶ Voir notamment, Société Helvétique des Sciences Naturelles, *Danger d'irradiation par des centrales nucléaires*, Rapport N°1, Berne, 1978 ; I. BLOKOV/A. YABLOKOV/I. LABUNSKA, *La catastrophe de Tchernobyl. Conséquences sur la santé humaine*, Greenpeace, Amsterdam, 2006 : <http://www.chernobyl-day.org/IMG/pdf/rapport-greenpeace2006.pdf>

Il existe diverses autres études en lien avec le risque nucléaire, qui pour la plupart ont une tendance à minimiser les conséquences et se veulent non alarmistes. Voir, U.S. Atomic Energy Commission, qui publia en 1957, *The Brookhaven Report* (WASH-740), puis *The Rasmussen Report* (WASH-1400) en 1975. Pour un commentaire de ces rapports, C. DEBIEUX, *La responsabilité civile des exploitants d'installations nucléaires et sa couverture*, thèse, Fribourg/Tübingen, 1987, p. 19ss.

¹⁴⁷ Art. 43 CO qui traite du cas fortuit pouvant conduire à la réduction de l'indemnité, tandis que la force majeure – événement imprévisible et irrésistible (ATF 102 Ib 257, consid. 5) mène à l'exclusion de la responsabilité de l'auteur. En outre, la faute ou le fait de la victime obligent dans la plupart des cas à une réduction de la responsabilité par le Tribunal en faveur de l'auteur (art. 44 CO ; ATF 116 II 519, consid. 4b). Pour un développement de ces facteurs interruptifs intervenant lors de l'examen de la causalité adéquate, voir notamment F. WERRO, *La responsabilité civile*, Staempfli, Berne, 2007, p. 56ss.

LRCN, *l'exploitant d'une installation nucléaire ou le détenteur d'une autorisation de transport est libéré de sa responsabilité s'il prouve que le lésé a causé le dommage intentionnellement*. De plus, selon l'art. 5 al.2 LRCN, *l'exploitant peut être libéré de sa responsabilité en tout ou en partie s'il prouve que le lésé a causé le dommage par négligence grave*.

Malgré ces facteurs d'exonération qui temporisent la responsabilité de l'auteur – exploitant de centrale nucléaire à l'égard d'un lésé, l'on constate que ce dernier doit indemniser toutes les autres personnes touchées de manière directe ou indirecte par l'onde issue de l'activité nucléaire. Toutes ces personnes, de prime abord couvertes par les assurances de l'exploitant, doivent amener la preuve causale de leur préjudice dans le courant du procès¹⁴⁸. C'est dans ce sens que l'applicabilité de la loi devient problématique. En effet, suite à la survenue d'un accident nucléaire, les préjudices physiologiques dus à la radiation ne peuvent survenir qu'après une période de latence très longue¹⁴⁹. Les victimes doivent de surcroît établir que leur mal a pour seule origine les radiolésions causées par les substances radioactives émises par la centrale nucléaire¹⁵⁰. Or, une expertise médicale ne peut apporter une réponse satisfaisante à un taux de 100% dans le cadre de la preuve au cours d'un procès civil. En outre, la loi contient une règle s'agissant de la conservation des preuves¹⁵¹ et une seconde se référant à l'appréciation de ces mêmes preuves¹⁵². Ces règles visent à instituer une procédure civile "spéciale" due à l'ampleur exceptionnelle d'une telle

¹⁴⁸ Art. 7 al. 1 LRCN (renvoie à l'art. 8 CC – RS 111 dans le cas de la preuve civile): *Le mode et l'étendue de la réparation ainsi que l'octroi d'une indemnité à titre de réparation morale sont régis par les principes du code des obligations concernant les actes illicites. L'art. 44, al. 2, du code des obligations n'est pas applicable.*

¹⁴⁹ C.-A. CHENU, *Preuve et responsabilité civile atomique*, in: *Aspects du droit de l'énergie atomique*, t.1, Paris, 1965, p. 31ss; N. PELZER, *Problèmes posés par l'établissement du lien de causalité entre l'accident et le dommage nucléaire*, in: *Droit nucléaire européen*, Paris, 1968, p. 42; I. ZENDER, *Les dommages nucléaires en droit suisse et en droit comparé*, thèse, Grasser S.A., Neuchâtel, 1995, p. 102ss.; C. DEBIEUX, *La responsabilité civile des exploitants d'installations nucléaires et sa couverture*, thèse, Fribourg/Tübingen, 1987, p. 131.

¹⁵⁰ Pour une notion de dommage nucléaire, voir I. ZENDER, *Les dommages nucléaires en droit suisse et en droit comparé*, thèse, Grasser S.A., Neuchâtel, 1995, p. 83ss.

¹⁵¹ Art. 22 al.1 LRCN: *Après un événement dommageable d'une certaine gravité, le Conseil fédéral ordonne une enquête. Il invite par publication toutes les personnes qui estiment avoir été victimes d'un dommage d'origine nucléaire à s'annoncer dans les trois mois qui suivent la publication, en indiquant la date du dommage et l'endroit où elles l'auraient subi, à l'autorité qu'il désigne.*

¹⁵² Art. 26 LRCN al. 1: *Le tribunal établit les faits d'office. Il n'est pas lié par les conclusions des parties*; al. 2: *Si une action est dirigée contre la personne responsable, l'assureur privé ou la Confédération, le tribunal donne aux deux autres parties concernées la possibilité de défendre leurs intérêts dans la procédure.*

catastrophe. Pourtant, elles comportent quelques brèches non négligeables. Tout d'abord, la procédure ne s'enclenche qu'en cas d'une "*certaines gravité*" comme le mentionne l'art. 22 al.1 LRCN. Cette notion n'est pas précisée dans la loi et dans le Message de celle-ci¹⁵³. Autrement dit, n'importe quel préjudice n'est pas à même d'entraîner une enquête pour ouvrir un procès civil¹⁵⁴. Outre le pouvoir d'appréciation à charge des autorités fédérales dans le cadre de l'enquête, les victimes de la catastrophe doivent s'annoncer dans les trois mois qui suivent. Bien que ce ne soit pas un délai de péremption qui conduit à la perte formelle d'un droit à la réparation, les victimes peuvent connaître des difficultés dans l'établissement de la preuve de leur préjudice subi passé ce délai¹⁵⁵. Il devient évident que plus les victimes laissent s'installer un écart en temps entre l'accident et ses effets nocifs, plus il sera difficile de prouver la contamination.

Après ce rapide tour d'horizon de la loi suisse sensée régir la procédure en matière de preuve et de réparation pour les victimes, l'on constate que la réglementation actuelle n'est pas à même de répondre à une situation spéciale qu'est une catastrophe nucléaire. En effet, les victimes sont mises face à un système procédurier qui favorise la longueur dans l'obtention des preuves et au coût de celles-ci. Ainsi, que le sinistre soit grave ou non ne change en rien les principes de procédure civile. Le tribunal devra donc apprécier les preuves apportées sur la base d'expertises ou de rapports et établir s'il y a lieu d'admettre un lien causal naturel et adéquat entre l'incident et les dommages¹⁵⁶. Les victimes doivent faire face à une double difficulté: l'apport de preuves solides et coûteuses dans un temps minimal, afin que le juge puisse conclure à un fort degré de certitude entre la maladie (cancer) et la catastrophe nucléaire¹⁵⁷. Tandis que la partie demanderesse doit faire face à ce double obstacle, la partie défenderesse dispose de moyens financiers considérables, qui toutefois ne pourraient suffire à couvrir les souffrances humaines et écologiques. Dans ce cas, la Confédération est amenée à légalement participer aux côtés des assureurs de l'exploitant nucléaire au recouvrement des dommages¹⁵⁸. Il ressort de ce système une confusion entre

¹⁵³ FF 1980 I 172ss.

¹⁵⁴ C. DEBIEUX, *La responsabilité civile des exploitants d'installations nucléaires et sa couverture*, thèse, Fribourg/Tübingen, 1987, p. 133.

¹⁵⁵ FF 1980 I 212 en lien avec l'art. 26 al.2 LRCN; C. DEBIEUX, *La responsabilité civile des exploitants d'installations nucléaires et sa couverture*, thèse, Fribourg/Tübingen, 1987, p. 133-134.

¹⁵⁶ Art. 26 al.1 LRCN.

¹⁵⁷ Art. 27 et art. 28 LRCN qui temporisent les frais judiciaires pour la partie demanderesse.

¹⁵⁸ Art. 29 LRCN al.1: *S'il y a lieu de prévoir que les moyens financiers dont disposent la personne responsable, l'assureur privé et la Confédération ne suffisent pas à satisfaire toutes les demandes de réparation (grands sinistres), l'Assemblée fédérale*

l'intérêt public – la préservation de l'exploitation nucléaire, et la population subissant un sinistre.

b) *L'abandon d'un rééquilibre entre la vertu et la technique à travers le refus de la révision du droit de la responsabilité civile*

En 1988, le Conseil fédéral avait décidé d'instituer une commission se chargeant de la révision totale du droit de la responsabilité civile. Après un travail d'une dizaine d'année, les experts rendirent leur rapport en 1999 qui fut soumis aux chambres fédérales le 2 octobre 2000 endossant l'appellation de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (ci-après LRCiv). Or, c'est de manière "abrupte" que l'exécutif décida d'entériner ce projet en 2004, après quasiment seize ans de travail¹⁵⁹.

Ce projet prévoyait d'uniformiser le droit de la responsabilité éparpillée dans diverses lois¹⁶⁰, tout en apportant des nouveautés en matière d'environnement¹⁶¹ et dans la responsabilité pour le risque avec une clause générale à l'art. 50 LRCiv¹⁶². L'art. 50 LRCiv avait pour tâche de couvrir toutes les activités source d'un danger particulier qui s'apparentent à une responsabilité objective aggravée. L'on rencontre ainsi le cas des exploitants d'installations nucléaires. La LRCiv qualifie leur activité de spécifiquement dangereuse, du fait de sa nature ou par celle des substances, instruments ou énergies utilisées, car en dépit de toute la diligence qui peut être exigée d'une personne spécialisée en la matière, elle ne saurait prévenir la matérialisation d'un tel risque¹⁶³. L'avant-projet de loi suisse précise bien que l'exploitation nucléaire est une activité tolérée par l'ordre juridique, mais qui dans ce cas doit d'obéir, au vu de l'importance préjudiciable que le risque matérialisé pourrait causer, à un régime spécial¹⁶⁴. Avec la nouvelle clause générale pour

établit un régime d'indemnisation par un arrêté fédéral de portée générale, qui n'est pas sujet au référendum. Cet arrêté peut supprimer le droit de recours de toutes les institutions d'assurance publiques et privées, ainsi que celui des caisses-maladies, contre la personne responsable, l'art. 20 étant réservé. Au besoin, la Confédération peut verser des contributions supplémentaires pour les dommages non couverts.

¹⁵⁹ Curia Vista – Objets parlementaires, Question 08.1007 du 05.03.2008:

http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20081007

¹⁶⁰ P. WIDMER / P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif*, Berne, 2000, p. 61.

¹⁶¹ Art. 45 al.3 LRCiv, qui stipule qu' "en matière de responsabilité pour le risque et sauf disposition contraire, seul est réparable le dommage résultat d'une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou psychique, aux choses ou à l'environnement".

¹⁶² P. WIDMER / P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif*, Berne, 2000, p. 134ss.

¹⁶³ Art. 50 al. 2 LRCiv.

¹⁶⁴ Art. 50 al.1 LRCiv.

le risque aggravé, l'exploitant nucléaire n'aurait pas eu la possibilité d'exciper la faute d'un tiers, de la victime, ou le cas fortuit, afin d'atténuer sa responsabilité. En effet, la matérialisation du risque lié à l'activité dangereuse et la démonstration de la causalité naturelle suffisent à forcer lors d'un procès civil à ce que l'entier des préjudices humains et environnants soient réparés par l'exploitant.

Or, les lobbies parlementaires et le milieu économique craignant (avec raison) un renforcement accru de la responsabilité pour un risque qualifié à travers cette loi d'unification ont su convaincre les institutions fédérales à entériner le projet¹⁶⁵. En outre, la crainte des assureurs et des exploitants de voir les délais de prescription s'allonger de trois mois avec la LRCN à trois ans et à vingt ans pour la péremption suite au sinistre, ont eu pour seul écho une vive opposition des milieux intéressés¹⁶⁶.

Ainsi, les règles juridiques actuelles ou les vertus qu'elles renferment ne sont pas le reflet de sentiments d'humanité, mais de la démesure à consommer le progrès. En effet, les outils juridiques actuellement en œuvre ne sont pas à la hauteur du risque technologique exploité, mais expriment la crainte d'une quelconque baisse de profit économique et de confort social.

Conclusion intermédiaire

Le nucléaire est le symbole d'une civilisation en pleine croissance en matière de technique et de richesse. Or, à l'image des institutions politiques grecques relatées dans le premier *Discours*¹⁶⁷, les instruments juridiques suisses ne semblent pas parvenir en tout point à contrebalancer le progrès nucléaire, afin de maintenir un équilibre entre la démesure de consommation et les sentiments d'humanité envers les citoyens. Le philosophe genevois aurait certainement pu critiquer la métamorphose nucléaire opérante dans notre société contemporaine, puisque les outils légaux ne reflètent pas une bonne compréhension du risque technologique exploité. La mise en garde rousseauiste d'un tel progrès humain peut trouver le reflet dans la récente catastrophe nipponne qui est un double désastre: sur le plan humain et naturel.

¹⁶⁵ *Curia Vista* – Objets parlementaires, Question 08.1007 du 05.03.2008: http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20081007

¹⁶⁶ Art. 55 LRCiv al.1: *L'action en réparation du dommage se prescrit par trois ans à compter du jour où la personne lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en assume la responsabilité ou la couverture*; al.2: *Dans tous les cas, cette action se prescrit par vingt ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire.*

¹⁶⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 16ss.

Le nucléaire est "un mal" qui mène vers l'inégalité, car à mesure que la société s'agrandit, elle préfère privilégier le confort en dépit du risque¹⁶⁸. De cette façon, les choix législatifs seront le reflet du luxe et de l'oisiveté à travers la technique. Plus ces passions humaines sont fortes, moins les lois positives sont à même de les contenir. Ainsi, bien que les lois sont rédigées pour corriger les inégalités, elles en engendrent d'autres par le fait d'offrir des privilèges aux exploitants industriels¹⁶⁹.

Conclusion finale

Selon ROUSSEAU, le progrès se doit de favoriser l'équilibre entre l'éveil moral – conceptualisé par les lois, et la technique mécanique. Or, il existe dans le progrès scientifique une dislocation entre la technique et la morale, ouvrant la voie aux sentiments pervers du luxe et de profit personnel: "*Peuples, sachez donc une fois que la nature a voulu vous préserver de la science, comme une mère arrache une arme dangereuse des mains de son enfant; que tous les secrets qu'elle vous cache sont autant de maux dont elle vous garantit, et que la peine que vous trouvez à vous instruire n'est pas le moindre de ses bienfaits. Les hommes sont pervers; ils seraient pires encore, s'ils avaient eu le malheur de naître savants*"¹⁷⁰. L'auteur propose donc une médiation à travers les deux *Discours* sur ce que doit être le progrès humain – la réelle mesure d'une évolution dans nos valeurs et mœurs exprimés à travers les actes législatifs.

Alors que tous les hommes sont bons et égaux à l'état de nature, le progrès technique pervertit parfaitement les sentiments de solidarité, en balayant le mythe du "Bon Sauvage", et faisant ainsi place aux sentiments égoïstes. Cela s'avère être le cas s'agissant tout particulièrement de la couverture des soins lors d'une maladie orpheline ou encore dans la responsabilité civile lors de manipulation d'activités dangereuses. Dans ces deux domaines, l'homme pêche par démesure, puisqu'il n'est que le consommateur du progrès, sans véritable-

¹⁶⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 226ss.

¹⁶⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 217: "*Il faut convenir d'abord que plus les passions sont violentes, plus les lois sont nécessaires pour les contenir: mais outre que les désordres et les crimes que celles-ci causent tous les jours parmi nous montrent assez l'insuffisance des lois à cet égard, il serait encore bon d'examiner si ces désordres ne sont point nés avec les lois mêmes; car alors, quand elles seraient capables de les réprimer, ce serait bien le moins qu'on en dût exiger que d'arrêter un mal qui n'existerait point sans elles*".

¹⁷⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 24.

ment s'éveiller moralement¹⁷¹. Ainsi, ROUSSEAU considère le progrès comme se devant être la mesure annoncée d'un changement dans les valeurs conceptuelles, permettant à la fois une vie paisible en communauté et le bonheur individuel. Le vrai progrès est selon lui contenu dans l'état de nature où l'homme est une créature sensible à vivant à la merci des seules inégalités physiques ou naturelles. A mesure que la société se crée, s'agrandit et progresse, les hommes sont en proie à des dérives matérialistes et choisissent de fermer les yeux sur des institutions qui engendrent les inégalités. Lorsque le progrès n'est pas intégré et digéré par les institutions politiques et juridiques mises en place, il peut être la cause décadente de toute une civilisation. S'il peut s'avérer qu'à certains égards la théorie du progrès et de l'origine aux inégalités parmi les hommes n'est pas la solution aux problèmes existants en droit matériel suisse, ROUSSEAU est semble-t-il parvenu à percevoir, quelques trois cent ans plus tôt avec les *Discours*, l'incapacité des institutions à contrôler et distribuer le progrès de manière complète aux hommes. ROUSSEAU démontre à travers l'histoire de l'homme que lorsque les inégalités sont devenues trop fortes et perceptibles, toutes appuyées sur le progrès de la technique des arts et des sciences, le déclin politique d'une nation est inévitable. Afin d'éviter ce déclin, le philosophe préconise que les citoyens se tournent d'avantage vers un amour de soi plutôt que vers un amour-propre¹⁷². Ce qui détruit l'équilibre social est l'inactivité de nos sentiments naturels faisant ainsi place aux désirs artificiels qui transparaissent dans nos lois¹⁷³.

¹⁷¹ F.C. GREEN, *Rousseau and the idea of progress*, Oxford, Clarendon Press, 1950, p. 7: "Adopting the role not of judge but of prosecuting counsel, Rousseau set out to prove on historical evidence that by the operation of a law comparable in its necessity to that which governs the ebb and flow of the tides, cultural progress always results in a corresponding decline in morality".

¹⁷² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 234, 239, (note 15) p. 317; F.C. GREEN, *Rousseau and the idea of progress*, Oxford, Clarendon Press, 1950, p. 16, 17.

¹⁷³ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 40: "Ô vertu! [...] Tes principes ne sont-ils pas gravés dans tous les cœurs, et ne suffit-il pas pour apprendre tes lois de rentrer en soi-même et d'écouter la voix de sa conscience dans le silence des passions?"; p. 26, où le philosophe relate les maximes de justice qui doivent servir de squelette au pouvoir législatif: "Fais à autrui comme tu veux qu'on te fasse, inspire à tous les hommes cette autre maxime de bonté naturelle bien moins parfaite, mais plus utile [...]: Fais ton bien avec le moindre mal d'autrui qu'il est possible. C'est, en un mot, dans ce sentiment naturel, plutôt que dans des arguments subtils, qu'il faut chercher la cause de la répugnance que tout homme éprouverait à mal faire, même indépendamment des maximes de l'éducation"; p. 264: "Il suit de cet exposé que l'inégalité, étant presque nulle dans l'état de nature, tire sa force et son accroissement du développement de nos facultés et des progrès de l'esprit humain et devient enfin stable et légitime par l'établissement de la propriété et des lois". ; F.C. GREEN, *Rousseau and the idea of progress*, Oxford, Clarendon Press, 1950, p. 19.