PRESSES
UNIVERSITAIRES
DE FRANCE

Olivier Beaud

Le Sang contaminé

Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants

Béhémoth

Une collection d'essais dirigée par Denis Alland et Stéphane Rials

Béhémoth : Monstre biblique. On se le représente souvent sous la forme d'un hippopotame. Nous avons jugé cet animal, au moins en apparence, trop débonnaire au regard de la formidable évocation du Livre de Job :
« Le voici donc !
Sa force est dans ses reins et sa vigueur dans les muscles de son ventre. Il raidit sa queue comme un cèdre, les nerfs de ses cuisses s'entrelacent, ses os sont des tubes d'airain, ses membres sont comme une barre de fer ».

Nous lui avons préféré le rhinocéros. Est-il l'image inquiétante des désordres des temps, comme le supposait Hobbes ? Ou celle aussi pénible, du conformisme, ainsi que le suggérait Ionesco ? Ou bien symbolise-t-il, de façon prometteuse, la charge pacifique de bons esprits contre d'étouffants conformismes et de fausses certitudes ?
Au lecteur d'en juger.

Denis Alland et
Stéphane Rials

024276110

Le sang contaminé

D2 1999-39175

Béhémoth

2431917

Une collection d'essais

dirigée par

Denis Alland

et

Stéphane Rials

Professeurs à l'Université de Paris II, Panthéon-Assas

OLIVIER BEAUD

Le sang contaminé

Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants

Presses Universitaires de France

BnF 930

DL- 2 9 01 1999 04210

A la mémoire de ma mère

« Travailler à bien penser, voilà le principe de la morale » (Pascal).

« Il y a (...) différents ordres de lois ; et la sublimité de la raison humaine consiste à savoir bien auquel de ces ordres se rapportent principalement les choses sur lesquelles on doit statuer, et à ne point mettre de confusion dans les principes qui doivent gouverner les hommes » (Montesquieu, *Esprit des Lois,* livre XXVI, chap. 1).

« Si nous voulons rester des juristes, et je crois qu'il faut que quelques juristes le demeurent au milieu de ce flot montant de la science politique, nous devons attacher une grande importance aux principes juridiques » (René Capitant, *Cours de doctorat de droit public* de 1957).

ISBN 2 13 049837 X

Dépôt légal — 1re édition : 1999, janvier

© Presses Universitaires de France, 1999
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

BnF DEP

Introduction

Le présent ouvrage se présente comme un essai portant sur l'affaire du sang contaminé, ce drame qui a provoqué la contamination par le virus du sida de quelques centaines de personnes – principalement des hémophiles receveurs de produits sanguins dérivés et des personnes transfusées lors d'interventions chirurgicales. Drame personnel, parce que, censées recevoir du sang pour être soignées médicalement, ces personnes sont devenues, en raison du sang contaminé, séropositives avec toutes les conséquences, souvent fatales et toujours tragiques, liées au port de ce virus. Drame public parce que – et c'est là où commencent l'affaire et « l'accusation » proprement dite – certaines de ces contaminations accidentelles auraient *pu* ou auraient *dû* être évitées si les responsables de la transfusion sanguine et les pouvoirs publics avaient pris les mesures de prévention qu'imposait l'urgence sanitaire. De sorte que l'on parle, à propos de cette affaire, de *drame* ou de *scandale* selon le degré de responsabilité que l'on attribue aux autorités dans la contamination accidentelle des victimes.

Beaucoup de choses ont déjà été dites et écrites depuis que cette affaire a éclaté en 1991. Pour l'homme de la rue, elle se résume à cette formule malheureuse de Georgina Dufoix *« responsable, mais pas coupable »* prononcée à la télévision. Pour les acteurs et les observateurs, elle fait l'objet de profondes divergences selon qu'ils remplissent, à l'égard des autorités publiques, le rôle de « procureur » – c'est la majorité – ou celui d' « avocat ». Pour la justice, elle se traduit par un accroissement de contentieux. Les

nombreux procès ont abouti, d'abord, à la condamnation de personnes morales (l'État ou les hôpitaux ou les centres de transfusion) à indemniser les victimes pour les dommages causés, et ensuite, à celle des personnes considérées comme responsables pénalement lors du procès de 1992 – dit « procès Garetta » du nom du directeur du Centre national de transfusion sanguine (CNTS) – sur lequel on reviendra. Ces différentes condamnations n'ont calmé ni la colère des victimes ni (paraît-il) celle de l'opinion publique. Le premier procès pénal continue, sous une autre forme, avec une nouvelle incrimination pénale pour les anciens condamnés (qui seront donc rejugés...), et la mise en examen d'une trentaine de personnes qui seront jugées en 1999. Mais l'affaire va bientôt connaître son dénouement politique depuis que, le 17 juillet 1998, la Commission d'instruction a rendu un arrêt renvoyant les trois ministres concernés (Laurent Fabius, ancien Premier ministre, Georgina Dufoix, ancien ministre des Affaires sociales, et Edmond Hervé, ancien secrétaire d'État à la Santé) devant la Cour de justice de la République. En arrivant presque jusqu'au sommet de l'État, certains croient (naïvement selon nous) que le procès des politiques permettra de découvrir la clé de l'énigme, mais, surtout, ils aspirent plus sûrement à faire « payer » les *véritables* responsables, les ministres, qui auraient, jusqu'à présent, injustement échappé aux rigueurs de la justice, entendons par là, la vengeance publique.

Arrêtons-nous sur la portée de l'événement : le jugement « au pénal » de ministres parce qu'ils n'auraient pas su bien réagir face à une nouvelle épidémie mortelle, le sida. Pour la première fois sous la V^e^ République et même pour la première fois depuis la collaboration de Vichy, des ministres, dont – notons-le bien –, le Premier ministre de l'époque, seront traduits devant une juridiction d'un type particulier, la Cour de justice de la République, pour répondre, sur *le fondement d'une responsabilité purement pénale*, d'actes accomplis *pendant l'exercice de leur mandat ministériel et dans le cadre de leurs fonctions ministérielles.* Par son importance, un tel événement mérite l'attention de chaque citoyen, et devrait également retenir celle de la doctrine constitutionnelle (essentiellement les professeurs de droit

constitutionnel qu'on appelle des « constitutionnalistes »). Ce n'est pourtant pas vraiment le cas pour des raisons qu'on n'infligera pas au lecteur qui n'est pas du sérail.

Notre essai tente de relever le défi d'une analyse de l'affaire du sang contaminé *du point de vue du droit constitutionnel.* Une telle perspective pourrait étonner de prime abord dans la mesure où, si l'on parle de droit dans cette affaire, c'est essentiellement de *droit pénal.* Pour ne citer qu'un exemple, le lecteur garde probablement en mémoire le premier procès en correctionnelle du sang contaminé de 1992 et le débat sur la qualification pénale des faits litigieux à retenir (tromperie sur des substances dangereuses, non-assistance à personne à danger ou surtout empoisonnement ?) En choisissant de traiter cette affaire sous l'angle du droit constitutionnel, on veut souligner que le problème posé par cette affaire est celui de *la nature de la responsabilité des ministres*, une question qui relève au premier chef du droit constitutionnel. Chemin faisant, il faudra aborder, même rapidement, d'autres aspects importants de cette affaire : non seulement la responsabilité des conseillers ministériels, des hauts fonctionnaires et des dirigeants de la transfusion sanguine, mais aussi celle des médecins et, plus généralement, les problèmes connexes de la responsabilité administrative de l'État et de l'organisation de la santé publique en France.

Certes, d'autres ouvrages ont traité de cette affaire du sang contaminé. L'un deux, celui de Marie-Angèle Hermitte (v. Bibliographie sommaire) est, avec un bonheur inégal, exclusivement consacré à une analyse juridique d'ensemble de cette affaire. Mais, quel que soit l'apport de ce livre, nous nous en écartons sur un point capital : à la différence de l'auteur, fervent zélateur du « tout-pénal », *nous contestons radicalement le bien-fondé de la procédure entamée contre les ministres.* En d'autres termes, il nous a paru nécessaire et urgent de consacrer un petit livre pour défendre une idée qui va au rebours de l'opinion largement dominante (de ce qu'on appelle l'opinion publique). Notre idée est que la solution adoptée dans cette affaire, c'est-à-dire la solution *pénale*, pour *juger de la responsabilité des ministres concernés, aboutit, en fait, à une grave impasse.* Cette impasse, nous l'avons appelée la *« criminalisation de la responsabilité »*,

qui est la tendance à subsumer les faits politiques sous des normes pénales, et donc à faire juger les gouvernants selon des règles tirées uniquement du droit pénal, et non plus du droit constitutionnel. Cette tendance à la « criminalisation » n'est pas propre au droit constitutionnel ; elle affecte non seulement le droit privé – on connaît la thèse de ceux qui pourfendent, non quelquefois sans de bonnes raisons, la « République pénalisée » – mais aussi les deux autres branches du droit public que sont le droit international public (Cours pénales internationales pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda) et le droit administratif. Comme les « gouvernants », les « élus locaux » ou les « fonctionnaires ou agents publics » sont menacés par ce mouvement de pénalisation de l'action publique. Par exemple les affaires de Vaison-la-Romaine ou du drame du stade de Furiani sont encore présentes dans la mémoire collective. Cette tendance à la criminalisation, perceptible dans le nouveau Code pénal de 1993, est désormais codifiée par la loi du 13 mai 1996 sur la « responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence ».

On voit donc que le présent livre porte autant sur la responsabilité politique des gouvernants que sur l'affaire du sang contaminé. Plus exactement, il *examine l'affaire du sang contaminé à travers le prisme de la responsabilité politique*. Ce qui revient à dire que, pour le juriste constitutionnaliste, le caractère malheureusement instructif de cette affaire tient précisément à l'émergence d'une responsabilité pénale des ministres qui se substitue à leur ancienne responsabilité politique. Cette évolution nous apparaît hautement critiquable, du point de vue juridique, pour des raisons que l'on développera plus longuement dans le texte, mais dont on peut ici évoquer l'argument central. La règle juridique habituelle dans les démocraties constitutionnelles est que, dans des affaires où les ministres agissent ès fonctions, aussi dramatiques soient-elles comme celle du sang contaminé, la responsabilité qui incombe, le cas échéant, aux ministres, est une responsabilité de type *politique*, et *exclusivement politique*, et jamais, au grand jamais, une responsabilité de type pénal, comme celle qui découle de la réforme maladroite, en 1993, de la Haute Cour de justice.

Soutenir cette thèse d'une solution éminemment *politique* revient à dire que, dans cette affaire, seul le Parlement était compétent pour demander des comptes aux ministres ici concernés, et certainement pas le juge pénal (ni le droit pénal). Soutenir cette thèse conduit à ne pas examiner principalement la question de savoir si les ministres sont innocents ou coupables. D'autres s'y sont d'ailleurs attelés, comme Michel Massenet qui, dans son brillant mais contestable essai, ambitionne de « démêler les grandes lignes de responsabilités administratives et politiques encourues » (p. 71). De manière générale, la plupart des observateurs (en tout cas, tous les journalistes) ont la conviction intime que les ministres sont coupables des faits reprochés. Pour notre part, même si nous n'entrons pas dans ce débat, nous tenons par honnêteté intellectuelle à évoquer une conviction un peu différente : il nous paraît *douteux* que les ministres soient coupables (au sens pénal du terme, et non moral) de tout ce dont on les accuse dans cette affaire. Mais, pour autant, nous n'avons pas voulu refaire ici le procès des ministres ; simple citoyen, nous ne disposons pas de toutes les pièces du dossier judiciaire nécessaires pour nous forger un jugement personnel, et, de plus, nous souhaitons intervenir en tant que juriste en nous gardant de succomber au « pathos », inévitablement propre aux personnes directement parties prenantes au combat judiciaire. Certaines belles âmes – il n'en manque pas par les temps qui courent – ne manqueront pas de crier à l'insensibilité, de se récrier devant cette « neutralité glacée » du juriste, mais la citation de Pascal, citée en exergue – « Travailler à bien penser, voilà le principe de la morale » – donne, à elle seule, le sens de cette démarche.

Alors que l'affaire du sang contaminé est très souvent exposée à l'opinion publique de manière hostile aux divers accusés (médecins ou ministres), nous nous sommes efforcés, dans la mesure du possible, de la présenter en confrontant les points de vue antagonistes, espérant ainsi contribuer à une présentation plus objective que celle qui a eu cours jusqu'à présent. Par pure convention, nous avons décidé d'appeler, d'un côté, *« procureurs »* (au sens large) toutes les personnes convaincues de la culpa-

bilité des ministres (victimes, avocats des parties civiles, observateurs et magistrats), et, de l'autre, *« avocats »* celles qui sont convaincues de leur innocence (accusés, leurs avocats, quelques rares observateurs et magistrats). Également par convention, nous avons décidé de parler de « ministres » *(lato sensu),* là où le droit constitutionnel nous imposerait de parler de « membres de gouvernement ».

Condamner fermement le principe même de la solution « pénale », tout en s'avouant sceptique sur la culpabilité des ministres, ne signifie pas que l'on veuille faire des ministres de simples boucs émissaires. En effet, on ne renversera pas l'argumentation, comme cela a été fait parfois, en soutenant que les ministres sont devenus les principales victimes de cette affaire. Se faire passer pour les victimes est trop souvent un tour de passe-passe qu'utilisent de véritables coupables. Ne perdons jamais de vue que les victimes sont les personnes (hémophiles et transfusés) ainsi que leurs proches, qui ont souffert de la contamination d'un sang vicié par le virus du sida et que, s'ils ne sont pas pénalement responsables, les ministres sont politiquement responsables et ont tout fait pour échapper à cette dernière responsabilité (v. *infra,* chap. 7) Notre propos doit être bien compris : il ne s'agit pas de chercher à absoudre les ministres. Cela ne nous conduit pas, pour autant, à considérer comme légitimes et fondées les revendications exorbitantes des familles des victimes et des avocats des parties civiles qui, criant vengeance, cherchent, parfois aveuglés par un réel désespoir, à imputer aux « responsables », et, en dernière instance, aux responsables « ultimes » (les ministres), la cause unique et maléfique de leur malheur insondable. Celui-ci, quelle que soit son étendue, n'autorise jamais à obtenir à tout prix gain de cause. *A tout prix ?* C'est-à-dire au prix de la violation de toutes les règles juridiques en usage, des plus grands principes juridiques, trop souvent malmenés dans cette affaire, dans la trop grande indifférence de beaucoup de juristes auxquels il incomberait pourtant de rappeler à l'opinion publique certaines règles de base d'une société vraiment civile.

Bref, notre intention n'est ni de défendre les accusés en les faisant éventuellement passer pour les victimes

d'un procès en sorcellerie, ni de les charger rétrospectivement, en les déclarant forcément coupables *a priori* au nom de la défense de la société. Nous nous plaçons du point de vue de la « science du droit », de celui d'un universitaire qui donnerait, en toute indépendance, une consultation juridique. Ainsi, au lieu de répondre à la question que tout le monde se pose : *les ministres sont-ils coupables ou non ?,* nous soulevons une autre interrogation : *les ministres devaient-ils être jugés comme ils le sont, c'est-à-dire selon les règles du droit pénal et par une institution bâtarde appelée Cour de justice de la République ?* S'ils le sont aujourd'hui, c'est uniquement en raison de la désastreuse réforme constitutionnelle de 1993 qui a instauré la Cour de justice de la République et qui est la cause immédiate de cette criminalisation de la responsabilité des ministres. On comprend alors l'intérêt que présente l'affaire du sang contaminé d'un point de vue constitutionnel. Elle se situe au carrefour de trois notions fondamentales : la responsabilité politique, la responsabilité pénale et la justice politique (Haute Cour). C'est pourquoi, pour la démêler et pour justifier la critique ici effectuée de la criminalisation de la responsabilité, il a fallu solliciter, outre le droit positif français et étranger, la théorie constitutionnelle et l'histoire constitutionnelle. Le recours à la théorie constitutionnelle s'impose si l'on veut comprendre à la fois l'autonomie des notions de responsabilité politique, de responsabilité pénale et de justice politique et leurs relations conceptuelles entre elles. On essaiera alors de montrer, au rebours de ceux qui croient à une illusoire superposition des deux responsabilités, politique et pénale, que celles-ci sont dotées d'une radicale autonomie, théoriquement et pratiquement. Pour des raisons de place, on a un peu sacrifié les développements plus amples qu'aurait mérités la démonstration de l'autonomie de la justice politique par rapport à la responsabilité politique (v. cependant, chap. 3, p. 80).

1

Du drame au procès des ministres

Si les faits litigieux qui constituent « l'affaire du sang contaminé » se sont déroulés entre 1983 et 1985, c'est seulement le 25 avril 1991 dans un article retentissant de *L'Événement du jeudi* que la journaliste Anne-Marie Casteret présente l'affaire non seulement comme un drame, mais encore comme un « scandale ». Scandale dans la mesure où les responsables de la transfusion sanguine française auraient sciemment laissé contaminer des hémophiles en leur laissant distribuer des produits contaminés par le virus du sida. L'impact de ces révélations fut multiple : d'abord, elles conduisirent, après quelques péripéties, à la démission en 1991 du Dr Michel Garetta, directeur du Centre national de la transfusion sanguine (CNTS) ; ensuite, elles provoquèrent la plainte d'autres hémophiles et suscitèrent des remous au sein du ministère des Affaires sociales qui, sous cette pression médiatique, chercha à faire la lumière sur ce qui s'était produit en 1984-1985 ; enfin, elles ont débouché sur les procès pénaux. Malgré son caractère fastidieux, nous avons jugé nécessaire de nous plier à la contrainte de l'exposé des faits « litigieux » et des arguments avancés pour ou contre *(pro/contra)* les personnes accusées. D'une part, pour éclairer le lecteur en lui donnant une connaissance minimale des faits et en lui proposant une vision différente de celle, parfois trop manichéenne, des médias, et, d'autre part, pour éviter le reproche formulé par une avocate des parties civiles à l'égard d'intellectuels médiatiques qui « ignoraient tout du dossier et ne le cachaient pas » (C. Bettati, p. 189).

« Le dossier de la contamination réclame un jugement équitable, fondé sur une appréciation rigoureuse et détaillée des faits », déclare l'une des victimes hémophiles ayant accepté de témoigner (E. L. Henry, p. 124). On ne peut que souscrire à un tel jugement, mais le problème vient précisément de ce que nul n'est d'accord sur les faits, pas même d'ailleurs sur le nombre de victimes de ce drame. Alors qu'au moment du procès correctionnel de 1992, la presse estimait que l'attitude des accusés avait causé la contamination de 1 200 hémophiles dont 300 étaient morts, un récent rapport d'expertise judiciaire, rendu public en mai 1998, témoigne d'une réalité un peu moins tragique. Selon ce rapport, il y aurait eu, entre le 20 mars 1985 et le 1er août 1985, 232 patients transfusés contaminés et une quarantaine de contaminations entre le 1er août et le 31 décembre 1985 ; pour les hémophiles contaminés, il y aurait eu au moins 25 hémophiles infectés du 1er mai au 31 décembre 1985. La seule chose certaine en revanche, c'est la ramification de cette affaire en une série de « sous-affaires » au fur et à mesure des innombrables instructions judiciaires et des procès en cours. Au départ de l'affaire, le procès du sang contaminé se conjugue avec le procès fait par les hémophiles. Ensuite, elle se développe suivant une autre direction : le retard dans le dépistage du sida, devenu le thème prédominant devant la Cour de justice. La troisième « affaire dans l'affaire » porte sur « la collecte de sang » dans les prisons à propos de laquelle on reproche aux autorités d'avoir laissé se perpétuer cette pratique dans les établissements pénitentiaires où une « population à risque sanitaire » donnait son sang – affaire que l'on n'exposera pas ici faute de place et étant donné son rôle marginal dans le procès des ministres.

Faire la synthèse de ces données pose des problèmes de trois ordres. Le premier est le risque de répétition dans la description des différentes affaires qui sont imbriquées les unes dans les autres. Le deuxième, plus délicat, est celui de l'« objectivité » de la présentation des faits. La lecture des différents ouvrages sur la question et des différentes pièces judiciaires montre que la chronologie et la présentation des faits varient toujours en fonction de la

thèse soutenue (pour ou contre la culpabilité). Donc, plutôt que de tenter une impossible chronologie objective des faits, nous avons préféré insérer dans la présentation chronologique des événements des réflexions et des nuances, anticipant nécessairement sur la présentation des arguments en présence. La dernière difficulté tient à l'impossibilité de résumer en quelques pages des faits litigieux qui ont été traités sur des centaines de pages par les juges.

Une version plus équilibrée des faits

Le cadre général : le système français de la transfusion sanguine. — Au moment des faits, le système français de la transfusion sanguine se caractérise par deux traits principaux. Le premier peut se résumer par le triptyque : « bénévolat, gratuité, anonymat » du don du sang. Entreprise de solidarité humaine, et non pas activité marchande, la transfusion sanguine est un service public qui relève de l'autorité de l'État et des autorités publiques, mais géré par des centres de transfusion sanguine au statut juridique incertain. Certains centres sont des associations régies par la loi de 1901, tandis que d'autres, dépourvus de la personnalité juridique, sont rattachés par exemple à un établissement hospitalier public. Le second trait est la très grande décentralisation de ce système, puisqu'il existe plus de 180 établissements de transfusion, au moins un par département. Cette très large autonomie a pu avoir des effets aussi bien positifs – par exemple le Centre de transfusion de Lille a pu, avant le CNTS, fabriquer des produits sanguins chauffés – que négatifs, dont le plus grave est que « les besoins croissant sans cesse, et chaque centre cherchant à assurer son autosuffisance, on cherchait à multiplier les donneurs » (*Rapp. HCSP*, 3-3) – ce qui s'est évidemment avéré dangereux lorsque l'épidémie du sida a commencé ses ravages.

En réalité, une hiérarchie *de facto* distingue les centres de transfusion sanguine selon qu'ils sont ou non des centres de fractionnement. Ce processus de *fractionnement du sang* est déterminant pour comprendre certaines données

de l'affaire. Aujourd'hui, le sang n'est plus qu'exceptionnellement transfusé en totalité, ce qui diminue les risques, immunologiques et infectieux, liés à la transfusion. Cette opération technique de fractionnement du sang suppose, nous dit-on, « des techniques de type industriel pour passer de l'élément recueilli, le sang total, aux produits utilisables en clinique » *(Rapp. HCSP)*. Ces produits sanguins dérivés sont de deux types. D'un côté, il y a les *« dérivés labiles »* (globules rouges et blancs, plaquettes) qui ont pour particularité, étant des dérivés cellulaires et donc des éléments vivants, de ne pas pouvoir être conservés longtemps. Ils sont pour l'instant impropres à l'inactivation de virus ; ce sont les produits les plus dangereux. En revanche, les *« dérivés stables »* sont des dérivés du plasma, c'est-à-dire issus du fractionnement du plasma. On y trouve notamment l'albumine, l'immunoglobine et les *« facteurs de coagulation »* qui comprennent notamment les facteurs VIII et IX, utilisés pour soigner les hémophiles. Ces derniers produits sont au cœur de l'affaire du sang contaminé. Obtenus par un fractionnement industriel, ces « produits stables » peuvent être conservés plus longtemps et peuvent être inactivés avec une plus grande sécurité. Il faut également savoir que le CNTS – juridiquement un Centre comme les autres – était le principal centre de fractionnement du sang et donc le principal « vendeur » de ces produits sanguins dérivés. A ce titre, il tendait à devenir une « puissance industrielle » dans le monde de la transfusion sanguine. D'où le conflit entre une logique administrative de service public et une logique commerciale de société industrielle, bien analysé par Anne-Marie Casteret dans son ouvrage sur le sang contaminé.

Au vu de ce qui précède, on peut se demander ce que viennent faire les ministres accusés dans cette affaire qui ne semble pas les concerner directement. En réalité, l'État veille (ou devrait veiller) sur la transfusion sanguine. C'est particulièrement le cas pour le secrétariat à la Santé, « ministère » compétent pour gérer la santé publique. Ses pouvoirs sont étendus : il est compétent pour exercer la « tutelle » des centres de transfusion sanguine, et donc du CNTS ; il agrée les centres de transfusion publics ou privés