UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

UNIVERSITE de NANCY II
Faculté de Droit, de Sciences Economiques et de Gestion

DN 1993 / 7 bis

Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale

THESE

pour l'obtention du grade de

DOCTEUR en DROIT
(Doctorat Nouveau Régime, Droit privé)

présentée et soutenue publiquement le 23 octobre 1993 par

Bruno PY

devant le jury composé de

Président

Monsieur Jean-François SEUVIC
Professeur de droit privé à l'Université de Nancy II

Assesseurs

Monsieur André VITU
Professeur émérite de droit pénal à l'Université de Nancy II

Madame Catherine LABRUSSE-RIOU
Professeur de droit privé à l'Université de Paris I

Monsieur Jean-Pierre GRILLIAT
Professeur honoraire à la Faculté de Médecine de Nancy
En remplacement de
Monsieur Louis RENE (empêché)
Vice-Président du Conseil National Consultatif d'Ethique
Ancien Président de l'Ordre des Médecins

Monsieur Robert SAURY
Docteur en droit, docteur en médecine
Vice-président de la section "éthique et déontologie"
du Conseil National de l'Ordre des Médecins
Ancien assistant à l'Université de Montpellier

BIBLIOTHÈQUE INTERUNIVERSITAIRE NANCY

CORPS ENSEIGNANT

Année universitaire 1992-1993

Doyens Honoraires — MM. TALLON, BENTZ, GROSS

Professeurs Honoraires — MM. TROTABAS, LESCOT, WALINE, TEITGEN, MARCHAL, IMBERT

Professeurs Emérites

M. CHAUMONT, Professeur de droit international
M. VITU, Professeur de droit pénal
M. GENDARME, Professeur d'économie politique

Professeurs

MM. JAQUET Paul	Professeur de droit public
COUDERT Jean	Professeur d'histoire du droit
BORELLA François	Professeur de droit public
GROSS Bernard	Professeur de droit privé
LACOMBE Jean	Professeur de droit privé
GOUBEAUX Gilles	Professeur de droit privé
GUYOT Fernand	Professeur d'économie politique
CHARPENTIER Jean	Professeur de droit public
MERLE Philippe	Professeur de droit privé
Mme PATAULT Anne-Marie	Professeur d'histoire du droit
MM. RAY Jean-Claude	Professeur d'économie politique
DRUESNE Gérard	Professeur de droit public
WEBER Yves	Professeur de droit public
SEUROT François	Professeur de sciences économiques
Mme GEBLER Marie-Josèphe	Professeur de droit privé
ALLOUCHE José	Professeur de sciences de gestion
DUGAS de la BOISSONNY Christian	Professeur d'histoire du droit
SEUVIC Jean-François	Professeur de droit privé
MOUTON Jean-Denis	Professeur de droit public
BUZELAY Alain	Professeur de sciences économiques
JACQUOT François	Professeur de droit privé
Mme GAY Marie-Thérèse	Professeur d'histoire du droit
MM. BIHR Philippe	Professeur de droit privé
ARNOULD Daniel	Professeur de sciences économiques
AUDEOUD Olivier	Professeur de droit public
HERAUD Jean-Alain	Professeur de sciences économiques
LECAILLON Jean-Didier	Professeur de sciences économiques
GILARDI Jean-Claude	Professeur de sciences de gestion
LEPOTTIER Jacques	Professeur de sciences économiques
Mme FORTIS Elisabeth	Professeur de droit privé
MM. JACQUET Dominique	Professeur de sciences de gestion
SIMON Gérald	Professeur de droit public
Mme DAVIA Michèle	Professeur d'histoire du droit
MM. CRIQUI Etienne	Professeur de science politique
BARDELLI Pierre	Professeur de sciences de gestion

Mme NAEGELEN Florence	Professeur d'économie politique
Mme MARRAUD Catherine	Professeur de droit privé

Maîtres de Conférences

Mme LOGETTE Aline	Maître de conférences d'histoire du droit
MM. DUCROS Jean-Claude	Maître de conférences de droit public
BILLORET Jean-Louis	Maître de conférences de sciences économiques
BOURION Christian	Maître de conférences de sciences économiques
GOSSEREZ Christian	Maître de conférences de droit public
BOURGAUX Claude	Maître de conférences de droit privé
ANTOINE Alain	Maître de conférences de sciences économiques
BEAUFORT Jean-Louis	Maître de conférences de droit privé
PELLISSIER Dominique	Maître de conférences de sciences économiques
MmesJAEGER Mireille	Maître de conférences de sciences économiques
CHARDIN France	Maître de conférences de droit privé
MM. DEREU Yves	Maître de conférences de droit privé
ROSE José	Maître de conférences de sciences économiques
GERMAIN Eric	Maître de conférences de droit public
Mlle MANSUY Francine	Maître de conférences de droit privé
MM. LUISIN Bernard	Maître de conférences de droit public
KESSLER Francis	Maître de conférences de droit privé
VENANDET Guy	Maître de conférences de droit privé
LAMBERT Thierry	Maître de conférences de droit privé
HENRY Xavier	Maître de conférences de droit privé
Mme TILLEMENT Geneviève	Maître de conférences de droit privé
M. DEFFAINS Bruno	Maître de conférences de sciences économiques

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions contenue dans cette thèse.
Les opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

à Nathalie, ma femme
en signe de mon amour et de respect pour son courage
pour m'avoir toujours prêté son épaule, son regard, sa confiance

à Valentin, mon fils
ses bonheurs font le mien

à mes parents, à mes soeurs
à ma belle-famille
à mes amis
qui m'ont si souvent supporté et encouragé

à la mémoire de Robin, mon fils
son regard m'accompagne

Principales abréviations

ACTES	:	ACTES, Les cahiers d'action juridique
A.J.D.A.	:	Actualité juridique du droit administratif
al.	:	alinéa
A.L.D.	:	Actualité législative Dalloz
A.M.M.	:	Autorisation de mise sur le marché (médicament)
Ann.Fac... (nom de ville)	:	Annales de la Faculté de ... (nom de ville)
Ann.Méd.Lég.	:	Annales de Médecine légale
Arch.phil.droit	:	Archives de Philosophie du Droit, Sirey
art.	:	article
art.D.	:	partie réglementaire
art.L.	:	partie législative
art.R.	:	partie réglementaire
Ass.Capitant	:	Travaux de l'Association Henri Capitant
Ass.Nat.	:	Assemblée Nationale
Ass.plén.	:	Cour de cassation, assemblée plénière
Bio-éth.	:	Revue Bioéthique (éd° Cogemed)
B.O.N.M.	:	Bulletin de l'Ordre National des Médecins
Bull.Acad.Nat.Méd.	:	Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine
Bull.civ.	:	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre civile
Bull.crim.	:	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
C.a.	:	Cour d'appel
Cass.civ.	:	Cour de cassation, chambre civile
Cass.crim.	:	Cour de cassation, chambre criminelle
C.C.N.E.	:	Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé
C.D.B.	:	Code des débits de boissons
C.d.com.	:	Code des communes
C.E.	:	Conseil d'Etat
C.E.S.D.H.	:	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
Cf.	:	*confer* (confrontez, voir)
Ch.	:	Chambre
Ch.acc.	:	Chambre d'accusation
chron.	:	chronique
C.I.C.	:	Code d'instruction criminelle
C.J.M.	:	Code de Justice Militaire
C.Laën.	:	Cahiers Laënnec
Conc.Méd.	:	Le Concours Médical
concl.	:	conclusions
contra	:	solution ou opinion contraire
C.civ.	:	Code civil
C.pén.	:	Code pénal
C.P.P.	:	Code de procédure pénale
CPPPRB	:	Comité de protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales
C.R.	:	Code de la route
C.S.P.	:	Code de la santé publique
C.S.S.	:	Code de la sécurité sociale

D.	:	Dalloz Sirey (recueil)
D.E.F.	:	Droit de l'enfance et de la famille
Defrénois	:	Répertoire du notariat Defrénois
D.H.	:	Dalloz hebdomadaire
Doc.	:	Document
doct.	:	doctrine
D.P.	:	Dalloz périodique
DROITS	:	DROITS, Revue française de théorie juridique
Dt.pén.	:	Revue Droit pénal (éd° techniques)
éd°	:	édition
esp.	:	espèce
fasc.	:	fascicule
Gaz.pal.	:	Gazette du Palais
Ibidem	:	au même endroit
in	:	dans l'ouvrage suivant
infra	:	ci-dessous
I.G.A.S	:	Inspection générale des affaires sociales
I.R.	:	Informations rapides
I.T.G.	:	Interruption thérapeuthique de grossesse
I.T.T.	:	Incapacité temporaire totale
I.V.G.	:	Interruption volontaire de grossesse
J.-Cl. pénal (ou civil)	:	Juris-Classeurs
J.C.P.	:	Juris-Classeur périodique (Semaine Juridique)
J.Méd.lég.	:	Journal de médecine légale et de droit médical
J.O.	:	Journal Officiel
JOCE	:	Journal Officiel des Communautés Européennes
Jurisdata	:	Juris-Data (Banque de données juridiques)
Justice	:	Justice (Revue du Syndicat de la Magistrature)
L.	:	Loi
Lexilaser	:	C.D.-Rom des arrêts de la Cour de cassation
L.G.D.J.	:	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Litec	:	Librairies techniques
L.p.aff.	:	Les Petites affiches
Méd&Dt	:	Revue Médecine et Droit (éd° techniques)
n°	:	numéro
N.C.pén.	:	nouveau Code pénal
obs.	:	observations
O.M.S.	:	Organisation mondiale de la santé
O.N.M.	:	Ordre National des Médecins
Ord.	:	ordonnance
p.	:	page
pp.	:	pages (de p. à p.)
POUVOIRS	:	POUVOIRS, Revue française d'études constitutionnelles et politiques
P.U.F.	:	Presses Universitaires de France
P.U... (nom de ville)	:	Presses Universitaires de... (nom de ville)
R.C.L.J.	:	Revue critique de législation et de jurisprudence
R.D.H.	:	Revue des droits de l'homme
R.d.M.	:	Revue des deux mondes
R.D.P.C.	:	Revue de droit pénal et de criminologie (belge)

Rec.	:	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat («Lebon»)
Rec.dr.pén.	:	Recueil de droit pénal
Rép.Pénal Dalloz	:	Encyclopédie Dalloz droit pénal
Rev.Autr.	:	Revue Autrement
Rev.éth.	:	Revue Ethique (éd° universitaires)
R.F.A.S.	:	Revue française des affaires sociales
R.H.D.F.E.	:	Revue d'histoire du droit français et étranger
R.I.C.P.T.	:	Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique
R.I.D.P.	:	Revue internationale du droit pénal
R.I.E.J.	:	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
R.P.D.P.	:	Revue pénitentiaire et de droit pénal
Rq.	:	Remarque
R.S.C.	:	Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé
R.T.D.civ.	:	Revue Trimestrielle de Droit civil
R.T.D.Soc.	:	Revue Trimestrielle de Droit Sanitaire et Social
S.	:	Sirey (recueil)
s.	:	suivant, suivantes
Sec°disc.	:	Section disciplinaire (Conseil National O.N.M.)
somm.	:	sommaire
ss	:	sous
supra	:	ci-dessus
T.	:	Tome
T.A.	:	Tribunal administratif
T.corr.	:	Tribunal correctionnel
T.G.I.	:	Tribunal de Grande Instance
T.pol.	:	Tribunal de police
trad.	:	traduction
V°	:	*Verbo* (au mot)
vol.	:	volume
§	:	paragraphe

Plan sommaire

Introduction . . . . . p. 1

1ère Partie

La permission légale tacite . . . . . p. 31

Titre 1 : Les conditions de justification liées aux personnes . . . . . p. 33

Titre 2 : Les conditions de justification liées aux actes . . . . . p. 157

2ème Partie

Les dérogations : les permissions expresses . . . . . p. 269

Titre 1 : Les dérogations à l'exigence d'un but thérapeutique individuel résultant de permissions légales explicites . . . . . p. 271

Titre 2 : Les dérogations à l'exigence d'un consentement personnel du soigné résultant de lois non pénales . . . . . p. 433

Titre 3 : Les dérogations aux conditions ordinaires de justification liées à l'urgence . . . . . p. 485

Conclusion générale . . . . . p. 520

Bibliographie . . . . . p. 525

Table des matières . . . . . p. 556

Introduction

Etudier l'activité médicale sur le plan du droit pénal peut apparaître comme une démarche de provocation. Or, loin d'alléguer que la médecine confine à la délinquance, il convient, au contraire, de démontrer que la pratique médicale quotidienne s'oppose aux actes pénalement condamnables.

Il existe de nombreuses situations dans lesquelles le professionnel de la santé qu'est le médecin rencontre le professionnel de la justice qu'est le juge pénal. Il y a bien sûr l'hypothèse de maladie du magistrat, mais ce cas n'appelle pas de commentaires particuliers. Il est beaucoup plus important de s'intéresser aux circonstances de contacts institutionnels entre le corps médical et la justice pénale, car le médecin est un interlocuteur du juge pénal à plusieurs titres. Le médecin est un scientifique spécialiste du corps humain, dont le savoir sert la recherche de la vérité, mais il est aussi un professionnel de l'action sur le corps, dont le métier est soumis aux règles du droit.

En tant que savant, le médecin est utile à la fonction judiciaire pour constater la qualité de victime et pour mieux connaître le délinquant.

Le praticien a les moyens scientifiques d'évaluer le préjudice corporel qui est un des éléments constitutifs des infractions qui portent atteinte au corps humain. C'est lui qui constate initialement la réalité des blessures subies, mais aussi qui constate les incapacités temporaires totales (I.T.T.), les traumatismes psychologiques ou la mort. Ce pouvoir de certification de faits touchant l'intégrité de la personne humaine découle de l'obtention du diplôme de docteur en médecine. Tout médecin est à même de rédiger un document, un "certificat médical", qui contribue à l'établissement de la vérité devant une juridiction. Il s'agit d'une constatation préalable à une procédure judiciaire.

Mais le médecin peut également être mandaté par une juridiction pour évaluer certains faits : il s'agit là de la fonction d'expert. Cette mission s'exerce par une sorte de délégation de pouvoirs de la justice vers le corps médical à qui un ou des juges demandent un rapport d'expertise destiné à éclairer la justice sur une question technique. La fonction d'expert est particulièrement importante en ce qui concerne la connaissance du délinquant, parce qu'elle va souvent déterminer l'issue du procès pénal. Ainsi, le médecin est-il parfois chargé d'effectuer une expertise mentale d'un individu, dont l'éventuel état de démence est un obstacle au prononcé d'une sanction pénale (art.64 C.Pén., art.122-1 N.C.pén. [1]). En dehors de l'hypothèse de démence, l'état de santé du coupable est pris en compte pour individualiser la peine et adapter ainsi la répression.

Le médecin est alors un auxiliaire de justice [2] qui utilise son art au service de la fonction judiciaire.

---

[1] Le Nouveau Code pénal est composé pour sa partie législative par les lois n° 92-683, 92-684, 92-685 et 92-686 du 22 juillet 1992 (J.O. 23 juill. 1992, p.9864 ;), déjà modifiées par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du Nouveau Code pénal (J.O. 23 déc. 1992, p.17568) et par la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale (J.O. 5 janv. 1993, p.215). Les éditions Dalloz ont publié dès le mois d'octobre 1992 un "petit Code rouge" réunissant le Code pénal et la partie législative du Nouveau Code pénal. La partie réglementaire du Nouveau Code pénal résulte du décret n°93-726 du 29 mars 1993, portant réforme du Code pénal, (J.O. 30 mars 1993, p.415). L'entrée en vigueur du Nouveau Code pénal a été retardée par rapport aux projets initiaux, elle a été fixée au 1er mars 1994 par la loi n°93-913 du 19 juillet 1993 (J.O. 20 juill. 1993, p.10199 ; D.1993, législation p.394).

[2] Le terme d'«auxiliaire de justice» est une "qualification générique appliquée aux membres des professions diverses qui concourent à l'administration de la justice"., CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 3ème éd° 1992, V° Auxiliaire de justice, p.86.

Mais le praticien peut également être un justiciable, c'est-à-dire qu'il peut être poursuivi et jugé pour avoir transgressé des règles de droit. Un médecin est, comme toute personne, pénalement responsable ; "*la responsabilité, on peut la définir sans difficulté comme l'obligation de répondre des conséquences de ses actes, plus précisément, en droit pénal, de ses actes délictueux, et de subir la peine qui leur est attachée par la loi.*" [1]

Un membre du corps médical peut commettre trois catégories d'infractions.

D'une part, un praticien peut, comme tout un chacun, accomplir des actes infractionnels dans le cadre de sa vie privée, indépendamment de sa profession. La qualité de médecin ne met pas à l'abri de la commission de faits délictueux. Un praticien qui fraude le fisc, qui attente à la pudeur d'un tiers [2], ou commet un meurtre passionnel est un délinquant "ordinaire" et sa qualité professionnel ne constitue ni un privilège, ni une circonstance aggravante.

D'autre part, un médecin peut commettre des infractions à l'occasion de l'exercice de sa profession. Ainsi, un praticien qui pratique un commerce de produits illicites (stupéfiants, dopants, poisons...), qui rédige de faux certificats ou fait hospitaliser un individu pour le soustraire à une obligation juridique [3], utilise sa compétence au service d'une démarche délinquante. Le délit de violation du secret professionnel est un exemple d'infraction qu'un médecin peut commettre à l'occasion de l'exercice de sa profession (art.378 C.pén., art. 223-6 N.C.pén.).

Comme la qualité de médecin n'est pas une circonstance aggravante générale en droit pénal, le praticien sera en principe jugé selon les mêmes règles que tout délinquant, sans rigueur particulière pour le fait que sa profession a facilité la commission de l'infraction. Toutefois, il existe des infractions pour lesquelles la qualité de médecin est une circonstance aggravante spéciale. C'est le cas de l'avortement pratiqué en violation des dispositions légales sur l'interruption volontaire de grossesse, après dix semaines, par exemple. [4]

Enfin, un médecin peut commettre des infractions dans l'exercice de sa profession. Cette hypothèse constituera le thème central de notre étude, car il apparaît que l'activité médicale [5] est intrinsèquement fondée sur l'accomplissement d'actes attentatoires à l'intégrité corporelle, lesquels peuvent être "objectivement" qualifiés d'infractions pénales. Rien ne distingue radicalement, en effet, les "blessures" commises par le médecin et les violences commises par l'agresseur délinquant. Lorsqu'un praticien fait une piqûre, administre un produit dangereux (chimique ou radioactif), pratique une incision ou réalise une amputation, il "blesse" le patient. L'acte médical est le plus souvent un acte d'agression contre l'intégrité corporelle, au sens où il consiste à attenter au corps humain par un moyen physique ou chimique.

Cette conception suppose un examen rationnel des règles de droit, indépendamment du sentiment instinctif qui répugne à jauger avec les mêmes outils juridiques, l'acte altruiste du médecin et l'acte nuisible du délinquant. Car, "*pour le juge professionnel comme pour l'homme de la rue, il restera toujours psychologiquement malaisé de ranger sous la même qualification pénale les crimes commis par intérêt personnel et ceux qui furent accomplis pour le service d'un intérêt*

---

1 LEPOINTE Eric, *Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs*, R.S.C. 1969, p.547.

2 Pour un exemple de condamnation d'un médecin à 30 mois d'emprisonnement avec sursis pour attentat à la pudeur sur un mineur de moins de 15 ans, cf. C.A. Paris 10 juill. 1989, Jurisdata n°024682.

3 Pour le cas très exceptionnel d'un médecin faisant hospitaliser sa fille le jour de l'exercice du droit de visite par la mère et sa condamnation à une amende pour non représentation d'enfant (art.357 C.pén.), cf. C.A. Bordeaux 16 avril 1986, Jurisdata n°041491.

4 Art. 317 al.4 C.pén. Sur ce point voir PENNEAU J.-Cl. pénal annexes, V° Médecine, fasc.4, Particularités de certains délits, 1983, n°34.

5 Le terme d'activité médicale est volontairement polysémique. "Qui concerne la médecine (...). Qui concerne les médecins.", C.N.R.S., *Dictionnaire de la langue du XIX^{ème} et du XX^{ème} siècle, Trésor de la langue française*, 1985, V° Médical, T.11, p.566.

collectif, de replacer dans le continuum du même processus criminel le méfait du truand, l'excès du policier ou du notable" [1], ou la blessure altruiste commise par le médecin.

Nous verrons que l'acte médical correspond à la définition de l'élément matériel des infractions de violence, telle qu'elle est retenue pour juger les agresseurs "ordinaires".

Pour tout autre qu'un médecin, attenter au corps d'autrui est une infraction pénale qui appelle une réponse judiciaire : la répression. Or, les médecins ne sont pas poursuivis, et a fortiori pas réprimés, pour les "blessures" qu'ils commettent quotidiennement dans l'exercice normal de leur profession. Pourquoi cette différence de traitement par le droit pénal ?

Cette question renvoie très souvent à un sentiment diffus, à une approche en terme de morale. Le médecin apparaît à chacun comme un altruiste professionnel qui ne saurait être considéré avec la même rigueur et les mêmes règles que le criminel nuisible. La médecine est une activité noble et socialement utile, à l'opposé de la délinquance. Pourtant, aucun argument juridique n'explique la différence d'appréciation entre l'activité médicale et l'activité infractionnelle. C'est pourquoi, l'impunité globale de l'activité médicale et la coexistence d'incriminations pénales applicables imposent une réflexion juridique technique.

Une première réponse peut résider dans un principe d'irresponsabilité du corps médical, du moins sur le plan pénal. Les médecins seraient hors champ pénal (cf. infra la tentation de n'être soumis qu'au droit disciplinaire, à la déontologie et d'échapper au droit commun). Mais l'histoire montre le contraire. Il convient de le vérifier sommairement. Ensuite, puisque les médecins sont pénalement responsables pour leurs activités, c'est-à-dire des délinquants potentiels, il importera de chercher les bases de justification.

Il apparaît que la reconnaissance du principe d'une responsabilité pénale professionnelle s'est progressivement dégagée des expériences antérieures. Quant au contenu de cette responsabilité, il est constant, nonobstant quelques polémiques au cours du XIX^{ème} siècle, que le médecin est pénalement responsable de ses fautes d'imprudence. L'analyse de l'activité médicale en termes d'infractions volontaires est en revanche une démarche contemporaine.

Il est d'usage de faire remonter à Babylone les premières règles de responsabilité médicale, ce qui sous-entend que le principe même de responsabilité des médecins est ancestral et continu. Or, s'il est vrai que l'on trouve dans le code d'Hammourabi quelques dispositions faisant références à des exemples de fautes médicales, l'histoire montre que le principe de responsabilité n'a rien d'universel ni de permanent. "*En 2394 avant J.C. Hammurabi, un des plus grands rois de Babylone édicta déjà des peines contre les praticiens inhabiles qui avaient blessé ou tué un homme libre ou un esclave dans la pratique de leur art.*" [2] Nous manquons trop d'information sur l'organisation de la médecine de l'époque pour pouvoir en tirer des conclusions utiles sur l'approche juridique globale du problème de la responsabilité médicale.

La médecine égyptienne est mieux connue dans la mesure où, parmi les civilisations de l'antiquité, l'Egypte semble être la première à avoir tenté de rationaliser l'exercice de l'art médical. Les malades étaient exposés au regard du public, et les passants qui avaient guéri des mêmes maux devaient aider de leurs conseils ceux qui souffraient. Puis on décida de collationner ces listes de

---

[1] VERHAEGEN Jacques, *L'humainement inacceptable en droit de la justification*, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international, Bruxelles Bruylant 1982, pp.148-149.

[2] Art.218, 219, 220, et 226 du Code d'Hammourabi. Sur ce point cf. FERRES Ferdinand, *Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*, Thèse Droit Strasbourg 1934, p.126, "Deux mille trois cent quatre-vingt-quatorze ans avant notre ère, le Code d'Hammourabi, l'un des plus impressionnants documents de l'Antiquité, (...), qui groupe 282 lois recouvrant à peu près tous les secteurs de la vie privée et collective au temps de Babylone, prévoyait déjà certaines peines applicables aux médecins incompétents et maladroits." KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, Flammarion 1957, p.27.

symptômes et de procédés curatifs "efficaces" dans des temples. [1] Les prêtres se sont progressivement octroyé l'exercice exclusif de la médecine, et ils rédigèrent, à partir des ces innombrables expériences, une sorte de code médical dont Hérodote parle comme d'un "livre sacré". La rédaction d'un tel document permit alors d'instaurer une base textuelle de référence scientifique et partant, une norme juridique quasi-réglementaire. Le respect du "livre sacré" était synonyme d'irresponsabilité. Le non-respect du "livre sacré" était signe de délinquance, méritant la sanction suprême. [2] L'édiction d'une nomenclature des actes normaux était la preuve d'une cohérence du système médico-légal de l'époque. La liberté des praticiens de l'art médical était limitée à l'application des actes autorisés. Toute initiative non prévue par le texte était constitutive d'une sorte d'infraction formelle très grave : le non-respect de la liste des seuls actes médicaux autorisés, fruit de l'expérience des hommes et de la révélation divine.

Le Grèce, au contraire de l'Egypte, se singularisait par le fait que la profession de médecin était ouverte à toute personne libre et que, sauf à Athènes, nulle autorisation d'exercice n'était nécessaire pour consulter, soigner ou vendre des remèdes. On ne trouve aucune trace d'une réglementation ou d'une sanction des inévitables abus que cette liberté devait entraîner. [3] La célèbre anecdote d'Alexandre faisant mettre en croix Glaucus, médecin d'Ephestion, qui avait abandonné son malade pour aller au théâtre, rapportée par Plutarque, n'illustre que la toute puissance et l'immense douleur d'Alexandre à la perte de son ami. [4] Malgré Hippocrate de Cos (460-382 av.J.C.), Appollonios d'Antioche, Ptolémée de Cyrène, Philippe de Smyrne et surtout Galien (131-201), qui affranchirent la médecine des superstitions par l'observation raisonnée et l'expérience, la médecine ne bénéficiait pas, à l'époque, d'un grand prestige, en raison de l'empirisme des moyens et des connaissances dont les vertus thérapeutiques n'étaient le plus souvent qu'aléatoires. "*Une femme qui avait un écoulement de sang depuis douze ans, et avait beaucoup souffert de beaucoup de médecins, et avait dépensé tout son avoir, et n'y avait rien gagné mais allait plutôt plus mal.*" [5]

A Rome [6], ce sont, en tout cas au début, les esclaves qui pratiquaient la médecine : "*cette profession de médecin sans brevet ne nécessitant aucune disposition physique, aucun frais et généralement peu de connaissances techniques.*" [7] Cette situation devait évoluer au fur et à mesure des progrès de la médecine sous l'influence grecque.

L'absence de "codex" de références médicales, tels que l'avait rédigé les prêtres égyptiens, n'empêcha pas le droit romain d'instituer des règles de responsabilité médicale, pour les fautes commises à l'occasion d'un acte médical "anormal". "*Si l'insuccès du traitement, notons-le, n'a jamais été considéré comme une cause de responsabilité, les lois romaines, dès l'époque des XII*

---

1 "Le temple de Canope et celui de Vulcain à Memphis devinrent le principal dépot de ces registres salutaires, (...), Pendant longtemps chacun eut la liberté de les consulter." HU Edouard, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin, dans le droit romain, dans notre ancien droit, dans le droit actuel*, Thèse Droit Paris 1880, p.2.

2 "S'ils étaient fidèles à ses prescriptions, ils n'étaient responsables de rien quel que fût le résultat de leur traitement. Ils étaient punis de mort selon Diodore s'ils s'en écartaient et que l'événement ne justifiât pas leur conduite." HU Edouard, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin...*, précité, p.2, "Lorsque l'homme de l'art suivait exactement ces règles, il était à l'abris de toute poursuite, même lorsque le malade venait à périr, mais dès qu'il s'en écartait on le punissait de mort quelle que fut d'ailleurs l'issue de la maladie." FERRES Ferdinand, *Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*, précité, p.126.

3 "Il eût donc été fort juste que cette liberté absolue fût sanctionnée à cause même des résultats dangereux qu'elle pouvait avoir. Nous ne trouvons nulle part de texte qui nous fasse croire à une responsabilité prévue par les lois et punies par elles. (...) Nous avons au contraire des textes formels qui constatent en la déplorant, l'irresponsabilité des médecins en Grèce ; un passage d'Antiphon par exemple, et un autre d'Aristote", HATIN Paul, *Etude sur la responsabilité civile et pénale des médecins dans l'exercice de leur profession*, Thèse Droit Paris 1905, pp.7 et 8.

4 PLUTARQUE, Vie d'Alexandre, Chapitre 74, trad. DACIER, Paris éd° HACHEREAU 1778, p.170, Ephestion aurait profité de l'absence de surveillance pour abuser de bonnes chairs et de bons vins ce qui lui aurait causé une indigestion fatale.

5 MARC, *Evangile*, Chapitre V, verset 25 et 26.

6 Les auteurs s'accordent pour penser avec Pline l'ancien, que Rome se serait passé de médecins pendant près de 500 ans, HACQUARD G., *Guide Romain Antique*, Hachette 1975, p.84, HU Edouard, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin...*, précité, p.3, HATIN Paul, *Etude sur la responsabilité civile et pénale des médecins...*, précité, p.9, et KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.31.

7 HATIN Paul, *Etude sur la responsabilité civile et pénale des médecins...*, précité, p.9.

tables, voulaient que les médecins puissent être punis pour leur négligence ou leur impéritie. Comme toujours, le point de vue pénal et répressif se manifesta le premier. La Lex Cornelia de Sicariis énumère toute une série de crimes relatifs à l'art médical." [1]

Le problème de la preuve de la faute médicale semble déjà à l'époque avoir considérablement limité le volume de contentieux de la responsabilité médicale. Il n'est, en effet, pas douteux qu'un grand nombre de fautes médicales ne pouvaient techniquement pas être prouvées. C'est pourquoi Pline l'Ancien pouvait exprimer une défiance, certainement exagérée, envers le corps médical, bien avant les railleries de Molière et de Saint-Simon. *"Les médecins s'instruisent à nos risques et dépens ; la mort des hommes est pour eux une série d'expériences ; seuls ils jouissent du privilège de tuer les hommes impunément."* [2]

On ne peut pas parler d'irresponsabilité du médecin à Rome, ne serait-ce qu'en raison de la *Lex Aquilia* qui s'appliqua d'abord aux médecins-esclaves puis aux hommes-libres. [3] La responsabilité délictuelle [4] instituée par la loi Aquilia créait une action qu'un auteur qualifie d'action pénale ou mixte. [5] Mais des dispositions spécifiquement pénales pouvaient s'appliquer aux médecins, *"il semble même que les médecins n'avaient que de trop fréquents rapports avec la justice criminelle."* [6] Les textes étaient la *Lex Cornelia de sicariis* ou la *Lex Pompeia de parricidiis*, et la *Lex Julia de vi*. [7] Les jurisconsultes dissertèrent longuement avant de proclamer que l'action utile, née de la loi Aquilia, et les actions pénales pouvaient être cumulées. [8] Ces textes subordonnaient toutefois la répression à la preuve de l'intention de nuire. Galien, médecin de Marc-Aurèle, devait égratigner ses collègues à ce sujet : *"entre les brigands et eux, il n'y a de différence que relativement au lieu où ils opèrent."* [9]

Il est donc possible d'affirmer que les lois romaines et les légistes de ce temps avaient expressément reconnu les principes d'une responsabilité médicale. Or, ces règles écrites devaient inspirer les auteurs français aux XV^{ème} et XVI^{ème} siècles.

L'époque troublée des invasions barbares qui suivi l'effondrement de l'Empire romain amena avec les envahisseurs de nouvelles règles de droit. Les principes de responsabilité médicale dont nous avons les traces montrent un système juridique simple, voire simpliste, et un arsenal répressif empreint d'une certaine cruauté.

Chez les Wisigoths, le salaire du médecin ne lui était versé qu'en cas de succès, ce qui révèle un faible niveau de confiance dans la pratique médicale. Chez les Ostrogoths, la démarche était encore plus dangereuse pour le praticien imprudent, puisque en cas de décès du malade, on le livrait

---

1 KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.35.

2 Pline l'ancien, 23-79 ap.J.C., *Histoire naturelle*, livre XXIX, chap.8.

3 La loi Aquilia datée généralement à l'an 468 de Rome, se divise en trois chapitres, qui ont pour objet de réprimer certains dommages causés à autrui et dont chacun constitue un délit privé, dont le responsable devra indemniser la victime. Le délit privé se distingue des autres délits comme le vol et l'injure, sur 3 points: 1° le dol n'est pas l'élément essentiel, 2° l'action qu'il engendre a pour but principal l'indemnité quoi qu'elle puisse se trouver mélangée d'un caractère pénal, 3°, ce délit n'encourt généralement pas de répression par voie criminelle. cf. HU Edouard, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin...*, précité, pp.33 à 49.

4 Le droit romain connaissait parfaitement la notion de contrat et n'a pourtant jamais placé les rapports médecin-patient dans un cadre contractuel. Sur ce point cf. BAUD Jean-Pierre, *L'histoire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil 1993, pp.53-56 et pp.77-89.

5 HATIN Paul, *Etude sur la responsabilité civile et pénale des médecins...*, précité, pp.9 et.12.

6 HU Edouard, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin...*, précité, p.78.

7 KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.37, cf. également : "Ainsi la lex Cornelia punissait le médecin comme un citoyen quelconque pour les crimes qu'il pouvait commettre dans l'exercice de sa profession. les peines prévues étaient des plus sévères. Si le médecin était de condition inférieure et s'il avait commis un dol il était puni d'emprisonnement ou même condamné aux bêtes, tandis que le praticien d'une classe sociale plus élevée était seulement puni de la déportation." FERRES Ferdinand, *Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*, précité, pp.127-128.

8 Cf. notamment l'opinion d'Ulpien, Papinien, Hermogénien et surtout Justinien cités par HU Edouard, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin...*, précité, pp.79-80.

9 Cité par KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.37.

à la famille du défunt qui pouvait le mettre à mort ou user de ses services toute sa vie durant. [1] La pauvreté scientifique et les mauvaises conditions techniques d'exercice de l'art médical permettaient aux puissants d'avoir un bouc émissaire, dans la personne du médecin, en cas de malheur. Il existe de nombreux exemples historiques de sacrifice du médecin maladroit ou malchanceux dont la mort est une sorte d'exutoire de la douleur des familles. La mort de la femme de Gontran (525-592), fils de Clotaire 1er, fut fatale à ses médecins. [2] Les médecins médiévaux encouraient donc des peines corporelles [3], ou la mort, dans l'exercice de leur art.

Le pape Jean XXII [4] fit mettre à la torture et exécuter son chirurgien-barbier qu'il soupçonnait d'attenter à sa vie par des maléfices. Le médecin italien de Laurent de Médicis (1449-1492), fut jeté en un puit pour "*l'avoir mal médiciné*". Une issue aussi funeste fut réservée au médecin de Charles VI en 1422. [5] Mais ces exemples ne révèlent pas un système juridique de responsabilité médicale, ils reflètent le pouvoir de vie ou de mort des seigneurs sur leurs serviteurs.

Il semble que jusqu'aux premiers textes de réglementation des professions médicales, la responsabilité médicale ait été limitée au hypothèses d'atteintes ostensibles et volontaires à l'intégrité corporelle. [6]

On date généralement l'apparition des premiers textes d'organisation des professions médicales en France, à 1311 pour les chirurgiens et 1390 pour les médecins. [7] Ces deux métiers pré-existaient, et ils correspondaient à deux catégories distinctes de praticiens et d'actes.

La médecine, discipline noble est réservée aux gens lettrés, clercs ou nobles, capables de lire et de discourir en latin, de financer des études longues et coûteuses ; la médecine repose sur des intellectuels : les docteurs. La chirurgie échoit à des "manœuvres" de l'art médical : les chirurgiens-barbiers. Comme la réduction de quelques fractures, le pansement de quelques blessures ne permettent pas de gagner sa vie, ces artisans cumulent les fonctions parallèles. Chirurgien, barbier, perruquier, étuviste, herboriste, chacun use de ses talents sans contrôle, soit de façon sédentaire, en ouvrant boutique et en peignant une enseigne, soit de façon itinérante, en pratiquant la chirurgie ambulante, dans les bourgs et campagnes. [8] Les auteurs décrivent bon nombre de charlatans, parsemant les villes et les campagnes, laissant derrière eux des patients souvent plus mal après leur intervention qu'avant. Les gens de cet art étaient plongés dans un profond discrédit dans l'esprit des populations et des médecins. [9]

C'est pourquoi les premières règles juridiques sont des mesures préventives destinées à organiser un filtre à l'entrée de ces deux professions et de permettre ainsi un contrôle du niveau de

---

1 HU Edouard, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin...*, précité, pp.83-85, HATIN Paul, *Etude sur la responsabilité civile et pénale des médecins...*, précité, p.13, FERRES Ferdinand, *Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*, précité, p.129.

2 "La royne Austrigilde venant à mourir, pria le roy son mary qu'il fit tuer les deux médecins par la faute desquels elle se plaignoit mourir. Ce qu'il fit après la mort de la dite royne", Jean du Tillet, *Recueil des roys de France, leurs couronne et maison*, p.20.

3 Les Assises de Jerusalem réservent un sort très sévère aux médecins. Ils sont même responsables des imprudences commises par le patient si l'on considère que leurs conseils n'ont pas été suffisamment précis. La peine est l'amputation du poing droit. Il n'est toutefois pas prouvé que ces textes aient été appliqués en France au retour des croisés. Ils avaient été conçus pour la Terre Sainte où les médecins étaient principalement des syriens dont la réputation étaient basée sur le manque d'expériences autant que de scrupules. *Recueil de lois et de règlement établis par les croisés, promulgué par Godefroy de Bouillon*, Assises de Jerusalem, "Assises de la Haute-Cour", de Jean d'IBELIN, éd° Beugnot,T.1, p.179.

4 Jacques DUEZE, né à Cahors vers 1249, élu en 1316, mort à Avignon en 1334, rendu célèbre par Maurice DRUON dans *Les rois maudits*.

5 KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, pp.39-40.

6 "La responsabilité du médecin n'était retenue qu'en cas de crime ou de dol manifeste et en présence d'une intention de nuire certaine." FERRES Ferdinand, *Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*, précité, p.129.

7 1311, Philippe le Bel, "Edit portant défense d'exercer la chirurgie à Paris sans examen préalable", texte en latin, Isambert, T. 3, p.16, 1390, Charles VI, "Lettres défendant aux non-gradués d'exercer la médecine et la chirurgie", 3 Août 1390, Isambert T. 5, p.688.

8 "C'est un ouvrier simple et illettré, un laïque. Au maniement du rasoir il acquiert l'agilité, qui lui permet de soigner clous, anthrax, bosses et charbon. (...) Il parvient, à la longue, à passer maître barbier et ouvre boutique, à l'enseigne des trois bassins." D'ALLAINES Claude, *Histoire de la chirurgie*, P.U.F. 1984, p.35.

9 BEAU A. Dr., *L'enseignement de l'anatomie en Lorraine*, Nancy 1933, pp.2 à 5, MARTIN Eugène, abbé, *L'Université de Pont-à-Mousson*, Nancy, 1891, pp.390-391.

formation des praticiens. Ce contrôle sous la forme d'agrément, d'examen, de démonstration ou d'exposé est destiné à juger à la fois de la formation reçue par le candidat et de sa compétence.

L'étude de la jurisprudence de cette époque montre qu'une grande incertitude régnait dans les règles de responsabilité appliquées, du moins jusqu'à la redécouverte du droit romain. Relevons toutefois qu'il n'a jamais été question d'irresponsabilité générale du praticien pour son acte médical. Les procès dont on a gardé trace portent généralement sur des questions de réparation et non de répression.

Un des plus anciens procès en responsabilité médicale, intenté à Marseille en 1390, fait référence à l'incompatibilité entre médecine et chirurgie et à l'impéritie qu'il y a à utiliser des remèdes dangereux.[1] Un arrêt du Parlement de Paris du 25 avril 1427 décide d'admonester un médecin pour avoir tenté imprudemment sur un malade un remède violent et lui interdit de récidiver sous des peines plus graves. [2] En 1596, les enfants d'un chirurgien qui avait blessé un malade lors d'une saignée sont condamnés par le Parlement de Bordeaux à 150 écus de dommages et intérêts. En 1654, le Parlement d'Aix déclare qu'on peut poursuivre en dommages-intérêts un chirurgien ignorant. Le 30 janvier 1703, le Parlement de Paris alloue une indemnité de 150 livres à une femme blessée lors d'une saignée. Le 22 juin 1768, le Parlement de Paris condamne un chirurgien à payer 15 000 livres de dommages-intérêts à un jeune homme amputé après un mauvais traitement d'une fracture. Le 3 juillet 1779, un arrêt sur appel d'un jugement du bailliage de Péronne condamna un chirurgien à 75 livres de pension viagère pour avoir estropié un malheureux qu'il avait traité d'une fracture à la jambe.

Il existe également de décisions en faveur du corps médical. Deux arrêts du Parlement de Paris (1602 et 1696) déclarent des médecins non responsables des accidents survenus au cours du traitement. Le Parlement de Bordeaux renvoie un chirurgien des fins de plainte le 19 avril 1710 et le 6 juin 1714. Le 14 septembre 1764, le Parlement de Paris condamne un client malheureux à 50 livres de dommages-intérêts pour avoir porté plainte contre son chirurgien, absout par les experts. Le 11 mars 1771, le Parlement de Paris acquitte un chirurgien pour avoir obéi scrupuleusement à l'ordre d'un médecin. [3]

Comment expliquer ces hésitations de la jurisprudence qui tantôt condamne, tantôt pardonne. Une première explication réside dans les problèmes de preuve. Il apparait, en effet, très tôt, que le praticien doit rester modeste vis-à-vis de la nature. "*Cependant le succès d'une cure ne dépend pas toujours du chirurgien. (...) C'est pourquoi lorsqu'un chirurgien s'est comporté suivant les régles de son art, il doit être payé de ses opérations, soins & pansemens, quand même le malade n'auroit point été guéri, qu'au contraire on auroit été obligé, par la suite de lui faire l'amputation de quelques membres fracturés, dont le chirurgien auroit entrepris la guérison.*" [4] Le maigre bagage scientifique qui est le sien ne lui permet que de tenter d'influencer très relativement le cours des événements. [5] Or, cette impuissance du praticien ne permet pas de distinguer les conséquences naturelles des conséquences fautives, en cas de malheur.

---

[1] Le médecin Boudavin avait fait préparer un onguent de suc d'aulx et d'orties pour en enduire un pêcheur malade. Le malheureux commença aussitôt à bouillir et à brûler et ne fût sauvé qu'en se jetant dans un bain préparé par une voisine. Le remède devait être puissant puisque les documents d'archive rapportent que la cuve fut perdue en raison des dégâts causés par l'onguent. PORTAL Félix, *Un procès en responsabilité médicale à Marseille en 1390*, Marseille Ruat 1902, cité par KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, pp.40-41. Ce cas reste isolé et n'explique en rien l'organisation de la responsabilité médicale.

[2] PAPON, *Recueil d'arrêts*, livre XXIII, titre 8.

[3] Parmi les nombreuses références citées par LAINGUI André et ILLES Jean, *La responsabilité du médecin dans l'Ancien Droit*, Ann.Fac.Rennes 1981, pp.4 à 10 et HU Edouard, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin...*, précité, p.90-91.

[4] DENISART Jean-Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris 9ème éd° 1775, T.1, V° Chirurgien, n°12, p.362.

[5] Cf: la phrase attribuée au maître-chirurgien Ambroise Paré (1517-1590) : "Je le pansai, Dieu le guéri".

Cette difficulté de preuve du lien causal est encore plus évidente pour les actes des médecins, qui se limitent généralement à des dissertations au pied du malade, à des prescriptions à faire réaliser par les apothicaires et à des conseils hygiéniques. Les médecins n'ont aucun contact direct avec le corps du patient. Ils ne pratiquent aucun geste médical, ce qui rend très difficile la démonstration du lien entre une éventuelle faute et les malheurs du patient. Les chirurgiens, au contraire, manipulent quotidiennement le corps de leurs patients. Les pansements, bandages, tailles, saignées, lavements et autres opérations chirurgicales laissent des traces tangibles. Les patients ou leurs ayant-droit attaqueront plus facilement en justice le chirurgien, simple artisan, pour lui reprocher un geste excessif ou inutile, que le docte médecin dont l'activité s'est abstenue de tout atteinte directe à l'intégrité du malade, qu'elle soigne ou qu'elle blesse, qu'elle guérisse ou qu'elle tue. [1]

C'est au sujet de l'activité des chirurgiens que la doctrine et la jurisprudence vont développer la notion d'impéritie : "*Ce mot signifie ignorance de l'art dont on fait profession. Ceux qui, par impéritie, causent du dommage à quelqu'un, sont tenus de l'indemniser. (...) L'impéritie, comme on voit, non seulement est mise au nombre des fautes, mais encore elle rend coupable celui qui en est convaincu ; personne ne devrait professer l'art qu'il ne fait pas.*" [2] L'organisation et la réglementation des professions médicales rend plus facile la notion de faute professionnelle. La faute résulte non plus d'un fait positif anormal accompli par le praticien, mais d'une évidente ignorance de ce qu'il aurait du savoir. On fait alors référence au niveau de compétence normal du chirurgien "moyen". [3] Ce critère perdure aujourd'hui.

Les auteurs de l'époque se sont majoritairement ralliés au principe de responsabilité "civile" du praticien pour les "fautes" commises à l'occasion de l'exercice de l'art médical. Cette doctrine était le fruit normal de la redécouverte du droit romain, et de la loi Aquilia en particulier.

"*Médecin hasardeux est digne de peyne s'il a commis faute, (...) et il faut icy notter que le médecin, chyrurgien, chastreur, marechal, rabilleur de ruptures ou tels autres qui font profession expresse de tels arts, si par faute de scavoir ou par ignorance ont failly en leur art ils sont responsables de leur coulpe et interest du malade. (...) Et ne se pourront excuser tels médecins ou chirurgiens de la fragilité des hommes et ce qui sera mésadvenu par la faute ou ignorance ne sera impuny.*" [4]

DOMAT (1625-1696) établit nettement le principe de la responsabilité dans des termes dont on peut noter l'influence évidente sur les règles ultérieures du Code civil: "*Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit par imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres causes semblables si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu, car c'est un tort qu'il a fait quand même il n'aurait pas eu l'intention de nuire.*" [5] Nous retiendrons que le principe d'une obligation à des réparations civiles du dommage causé par un acte médical fautif est acquis dès l'Ancien régime.

---

1 Ainsi, ne trouve-t-on chez Denisart au mot "blessé" qu'une référence aux blessures causées par les chirurgiens, et rien sur les blessures que peuvent causer les médecins. "Les auteurs des blessures sont tenus du dommage qu'elles causent, & les chirurgiens qui par impéritie, blessent des malades, en les saignant, ou en les pansant, sont, comme les autres hommes, soumis à cette régle." DENISART, précité, T.1, V° Blessé, Blessures, n°3, p.263.

2 DENISART, précité, T.2, V° Impéritie, n°1 et 3, p.526.

3 "Ainsi, par exemple, un chirurgien mal-adroit ou ignorant, qui blesse le malade ou l'estropie par impéritie, est tenu non-seulement de le faire guérir, mais même des dommages-intérêts envers le blessé, & quelquefois d'une pension, selon les circonstances." DENISART, précité, T.2, V° Impéritie, n°2, p.526.

4 RAYMOND de l'EGLISE, *Remarques de droit français*, Toulouse 1617, pp.506-507.

5 DOMAT Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1723, Livre II, sect.4, n°1.

Le principe d'une responsabilité pénale a, par contre, donné lieu à de virulentes polémiques entre partisans d'un régime dérogatoire pour les médecins et/ou chirurgiens et les défenseurs de l'égalité absolue des hommes devant la loi criminelle.[1] Les affirmations des auteurs quant à la portée de leur position doivent être relativisées dans la mesure où chacun prétend représenter la doctrine dominante sur ce point. Ainsi, VERDIER (docteur en médecine et avocat au Parlement) affirme-t-il que la majorité des jurisconsultes se sont prononcés contre les poursuites au criminel. "*Ce qui provient de l'ignorance ou de la négligence, ne rend coupable que dans le for intérieur à moins que les fautes qui en sont la suite ne soient crasses et affectées, ou ne soient accompagnées de dol. (...) Ces médecins ne devaient point être punis corporellement comme ayant commis un crime ou un délit, à moins qu'il n'y eût dol*". [2] Cette opinion trouve également chez De FERRIERE : "*Quand un chirurgien par impéritie ou par méprise cause la mort de quelqu'un ou l'estropie, ce fait est regardé comme un quasi-délit qui ne se punit que par une condamnation de dépens et dommages-intérêts et non pas de peine afflictive, parce qu'autrement personne ne voudrait se mêler d'une profession si hasardeuse.*" [3]

Leur erreur consiste peut-être a avoir déduit des règles du droit romain que la loi Aquilia était seule applicable en cas de "faute" médicale, la loi Cornelia n'intervenant que pour les cas d'homicides et ne prévoyant que des peines de déportation et de mort. Or, des auteurs plus récents ont montré que ces deux lois romaines, une à visée civile, l'autre de nature pénale, pouvaient s'appliquer cumulativement. D'autre part, la lecture de la loi Cornelia montre que l'échelle des peines permettait de graduer les sanctions pénales en fonction de la gravité des fautes commises.

De nombreux autres auteurs affirment, au contraire, que la faute "lourde" est assimilée au dol, élément constitutif du délit. La faute d'une extrême gravité permet alors d'ouvrir une action au criminel pour le malade-victime. "*Si le médecin ou chirurgien par impéritie tue celuy qui s'est confié en ses mains, la loi le tient pour homicide, ce qui a lieu, soit qu'il ait usé de mauvais médicaments, soit qu'il ait ordonné des saignées mal à propos, soit qu'il ait négligé celuy dont il avait pris la charge. Mais l'impéritie doit être bien grossière parce qu'autrement on présume en faveur du médecin.*" [4]

JOUSSE introduit, lui aussi, cette condition de gravité de la faute comme condition de mise en œuvre de la responsabilité pénale : "*Si le médecin ou l'apothicaire, par une simple négligence ou inhabileté avait causé la mort à quelqu'un par ses remèdes et qu'il fût prouvé par des experts qu'il en a fait un usage inconsidéré et téméraire, il doit être puni arbitrairement* (la peine arbitraire ou extraordinaire est une peine criminelle) *suivant les circonstances et en outre être condamné à des dommages et intérêts envers la personne blessée ou envers les héritiers du défunt.*" [5]

Malgré ces opinions contradictoires, il est raisonnable de considérer que les auteurs de l'Ancien Régime reconnaissaient presque tous le principe d'une responsabilité pénale pour le praticien de l'art médical qui commettait une "faute grave". [6] L'absence de texte d'incrimination rend toutefois impossible la comparaison des définitions des infractions de l'époque et d'aujourd'hui. La législation d'Ancien Régime ne réglementait par écrit que la procédure pénale. Il ressort de la

---

1 LAINGUI André, *La responsabilité pénale dans l'Ancien Droit*, L.G.D.J. 1970, pp.56 à 61.

2 VERDIER , *Jurisprudence de la médecine en France*, Alençon 1762-1763, T.1, p.727.

3 De FERRIERE Claude Joseph , *Dictionnaire de droit et droit pratique*, Toulouse 1779, V° chirurgien, T.1, p.306. On appréciera particulièrement la pertinence du dernier argument à l'heure ou chacun disserte sur les problèmes de démographie médicale.

4 BERAULT-GODEFROY, *De jurisdiction*, T. 1, art.XX, p.158.

5 JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, 1771, T.3, p.525, cf. également "Un médecin qui par ignorance a causé la mort d'un malade ; doit être puni comme meurtrier ; ce qui doit s'entendre d'une ignorance crasse, car le médecin ne serait pas puni pour avoir ignoré un bon remède", Du ROUSSEAU de la COMBE Guy, *Traité des matières criminelles*, 6ème éd° 1769, p.85.

6 Cf. notamment BERTACHINUS de FIRMO, DAMHOUDERIUS, FARINACIUS, HEIGIUS, BESOLDUS, BOECKELMNIANUS, Nicolas MYLER, GILHAUSUS, Jean DURET, ZACHIAS, GOMEZ, GONSALEZ, SABELLUS, L'ANGE, MUYART de VOUGLANS, cités par HU Edouard, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin...*, précité, pp.104 à 114.

doctrine et de la jurisprudence que la composante matérielle (blessure, ou homicide), et la composante morale (assimilation de la faute lourde au dol), étaient pris en compte par les juristes pour qualifier le médecin ou le chirurgien de pénalement responsable.

"*Dussions-nous être obligé d'avouer que notre ancienne jurisprudence admettait difficilement au criminel la plainte formulée contre le médecin, qu'il nous resterait du moins en faveur de la poursuite au criminel l'opinion de la grande majorité des jurisconsultes précités que nous opposerions toujours victorieusement à ceux qui de nos jours voient dans l'application au médecin, des articles du Code pénal, relatifs aux coups et blessures, une monstruosité que nos ancêtres se seraient refusés à admettre.*" [1]

Monsieur LAINGUI l'affirme nettement : "*la plupart des auteurs admettent clairement le principe d'une condamnation criminelle contre le médecin qui s'est rendu coupable d'«injures réelles»*". [2]

Encore faut-il distinguer règle de droit et opinion publique, car, si l'on en croit Molière, le sentiment commun de la population était plus que désabusé par rapport à compétence et à la responsabilité des médecins. Sganarelle enfilant la robe et la tiare des médecins endosse par la même opération l'image populaire du médecin incompétent mais aussi impunissable. "*Je trouve que c'est le métier le meilleur de tous ; car, soit qu'on fasse bien, ou soit qu'on fasse mal, on est toujours payé de même sorte. La méchante besogne ne retombe jamais sur notre dos ; et nous taillons comme il nous plaît sur l'étoffe où nous travaillons. Un cordonnier, en faisant des souliers, ne saurait gâter un morceau de cuir qu'il n'en paie les pots cassés ; mais ici l'on peut gâter un homme sans qu'il n'en coûte rien. Les bévues ne sont point pour nous, et c'est toujours la faute de celui qui meurt. Enfin le bon de cette profession est qu'il y a parmi les morts une honnêteté, une discrétion la plus grande du monde ; et jamais on n'en voit se plaindre du médecin qui l'a tué.*" [3]

Ni les lois révolutionnaires, ni le Code civil de 1804, ni le Code pénal de 1810 ne contiennent de textes spécifiques sur la responsabilité médicale. Est-ce à dire que ce silence du Législateur doit être interprété comme un oubli alors même qu'il prévoyait un régime de responsabilité spécial pour toutes les professions libérales ? [4] Nous ne le pensons pas. Le silence des textes sur ce point révèle plutôt l'incertitude régnant alors sur les voies juridiques à tracer, les débats étant encore très largement ouverts quant à l'originalité de la mission du corps médical.

Il est relativement simple d'organiser la responsabilité des techniciens qui travaillent sur des choses. Les fautes éventuelles sont amenées à durer autant que leur support et à être montrées dans les prétoires le cas échéant. L'activité médicale, par son objet spécifique, le corps humain, est difficile à appréhender, et la faute médicale ardue à démontrer. Les difficultés de preuve ne sont pourtant pas toutes les raisons qui ont présidé au silence du législateur.

La contestation du principe même d'une responsabilité médicale est, à notre avis, la source majeure de ces hésitations. La première partie du XIX^{ème} siècle a marqué une rupture avec les positions majoritaires de l'Ancien Régime en invoquant un principe général d'impunité juridique pour les actes professionnels accomplis par les médecins. Il convient de mentionner l'émergence relativement tardive de la demande d'irresponsabilité pénale professionnelle. Il s'agit d'une contestation du "*caractère affirmé du principe même de la responsabilité du praticien, aussi bien sur le plan civil que sur le plan pénal. L'admission de cette solution par une pratique ancienne rend*

---

1 HU Edouard, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin...*, précité, p.114.

2 LAINGUI André, *La responsabilité dans l'Ancien Droit*, L.G.D.J.1970, p.57.

3 MOLIERE, *Le médecin malgré lui*, 1666, Acte III, scène 1.

4 Pour le notaire (art.16 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI) l'agent de change (arrêté du 27 prairial an XI), l'architecte et l'entrepreneur (art.1792 et 2270 Code civil), l'huissier (art.45 du décret du 14 juin 1813) l'avocat, (art.16 et 17 de l'ordonnance du 20 novembre 1822).

d'autant plus surprenante la prétention, exprimée au début du XIX^{ème} siècle, de soustraire le médecin à toute responsabilité." [1]

Quelques auteurs tentèrent de faire admettre qu'il valait mieux, pour la société française, reconnaître juridiquement une immunité médicale plutôt que d'appliquer des règles de responsabilité inutiles et dangereuses. [2] Les arguments avancés par les tenants d'un tel principe ne manquent pas, il convient de les rappeler et d'en faire la critique parce qu'ils trouvent parfois écho dans les débats contemporains. En les éliminant dès à présent, nous rejetons clairement l'idée d'une irresponsabilité médicale de principe.

1° *Historiquement, le principe d'une responsabilité médicale n'a jamais été reconnu* : cette affirmation est contredite par les références historiques.

2° *Le silence de la loi est révélateur d'une volonté expresse d'exclusion :* ni les articles 1382 et 1383 du Code civil, ni les dispositions du Code pénal, ne précisent leur "champ humain" d'application. Tout être humain peut être amené à rendre compte de ses actes devant la justice.

3° *Le diplôme obtenu par le médecin est une reconnaissance officielle par l'Etat de sa capacité ,ce qui lui permet ensuite de ne pas avoir à répondre de son activité* : pourquoi ne pas étendre ce principe à tous les autres diplômés, au notaire, à l'avocat, à l'huissier, au magistrat ? Le diplôme est une condition préalable et absolue pour exercer la médecine et non un privilège ou une immunité.

4° *Le patient, libre de choisir son médecin, doit supporter les conséquences de son mauvais choix* : cet argument qu'on pourrait appliquer à toutes les professions libérales, confond responsabilité du médecin et faute de la victime. Le droit français a toujours pris en considération le comportement de la victime d'un acte qui lui cause préjudice, sans pour autant absoudre l'auteur de la faute initiale. La légèreté ou l'imprudence de la victime ne sont pas exclusifs d'une faute du médecin. Il n'y a aucune raison d'effacer la faute du médecin du fait de l'existence d'une faute du patient. La jurisprudence sait adapter le montant des réparations civiles ou la portée des sanctions pénales aux responsabilités personnelles de chacun.

5° *Le médecin a besoin d'un mandat illimité* : la loi elle-même demande au mandataire de remplir sa mission avec les plus grand soin, car il est formellement responsable du dol et des fautes éventuelles commises. [3] Le mandataire se voit confier certains pouvoirs, dont il doit répondre. Il n'a jamais été question de confier à un mandataire plénipotentiaire une immunité totale et absolue pour les actes qu'il peut accomplir.

6° *La spécificité de la matière médicale et les difficultés de preuves doivent exclure l'idée de responsabilité* : il y a bien longtemps que les juges ne se mêlent plus de connaître toutes les questions techniques dont l'examen est confié à des experts. Le choix d'experts de haute valeur scientifique et de grande rectitude morale permet d'obtenir des réponses claires et utiles aux débats les plus pointus.

7° *Le principe de responsabilité bloquerait tout progrès de la science et freinerait largement les vocations pour les carrières médicales et les bienfaits qu'elles créent* : l'histoire montre que c'est dans les civilisations ayant atteint le plus haut niveau scientifique (Egypte, Grèce), que les règles de

---

[1] LAINGUI André et ILLES Jean, *La responsabilité du médecin dans l'Ancien Droit*, Ann.Fac. Rennes 1981, p.14.

[2] Cf. SIMON Max Dr., BEAUDE Dr., DOUBLE Dr., cités par HU Edouard, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin...*, précité, pp.115 à 136, et FERRES Ferdinand, *Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*, précité, p.135.

[3] "Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion.", art.1992 C.civ.

responsabilité sont les plus élaborées. On peut, au contraire, penser que la responsabilité bien appliquée ne pourrait que favoriser l'avancement de la recherche en sanctionnant les abus et en stimulant l'exercice normal de la médecine. La crainte de voir "*la médecine descendre dans une arène continuelle de procès civils et criminels*" [1] n'a jusqu'à ce jour pas empêché la science de progresser et les professions médicales de s'épanouir.

On retrouve une grande partie de cet argumentaire dans la plaidoirie de Me MERIEUX, défenseur du Docteur THOURET-NOROY ; ce médecin fut poursuivi en 1832 pour un ensemble de fautes médicales des plus patentes. Appelé le 10 octobre 1832 auprès d'un malade, au nom malheureusement prédestiné, le sieur GUIGNE (sic), THOURET-NOROY pratiqua une saignée. Une tumeur se développa, dont il négligea la portée. Malgré l'aggravation de l'état du Sieur GUIGNE, son médecin l'abandonna. La gangrène s'étant installée, un officier de santé fut appelé à son tour. Il ne pu que constater l'urgence d'une amputation et l'opéra sur le champ. GUIGNE forma alors une demande en dommages-intérêts devant le tribunal civil d'Evreux.

Son système de défense était entièrement fondé sur un prétendu principe d'impunité médicale :"*La raison est que nul médecin ne peut être responsable de ses opinions de ses pensées, de son système. Soumis par la loi à des épreuves, à des études, à des examens, il a une capacité légale. Rien, continue le demandeur, n'est plus conjectural que la médecine. (...) Rendez-le responsable, il laissera le malade. (...) Aucune loi ne pose en principe la responsabilité du médecin pour ses prescriptions ou ses opérations. (...) Le médecin dans l'exercice de sa profession, n'est soumis pour les prescriptions, ordonnances, opérations de son art à aucune responsabilité.*" [2]

Malgré la vigueur de ces propos tenant à écarter les médecins des rangs des justiciables ordinaires, le principe d'une irresponsabilité générale du corps médical resta lettre morte. L'affaire THOURET-NOROY marqua la fin de la théorie de l'impunité professionnelle et l'élaboration du principe d'une responsabilité médicale. La réapparition régulière de tels arguments chez certains médecins contemporains montre pourtant que le mythe d'un privilège de non-responsabilité subsiste dans certains esprits...

Les conclusions du Procureur Général DUPIN pourraient se suffire à elles-mêmes, pour exprimer les dangers de l'irresponsabilité et les intérêts de la responsabilité, dans le domaine médical. Il éleva volontairement le débat au niveau du souci de la protection de la société toute entière, en affirmant que certains actes médicaux révèlent parfois la mauvaise foi, voire une pensée criminelle ou une négligence inexcusable et : "*qu'on ne pourrait proclamer, en pareil cas, l'irresponsabilité de l'homme de l'art, sans mettre en péril le reste de la société.*" [3]

Il revient à DUPIN d'avoir, su démonter les mécanismes de la responsabilité en général, pour analyser son application particulière aux médecins. La clarté de son étude permet de faire la synthèse des arguments favorables à la responsabilité médicale sans pour autant faire peser sur les médecins une présomption de faute.

"*C'est lorsqu'il s'agit de l'exercice d'une profession ou d'une fonction publique que l'on est responsable envers les tiers, non seulement de son imprudence, de sa légèreté, mais encore de l'ignorance de ce qu'on doit savoir. (...) Pour qu'un homme puisse être déclaré responsable d'un acte de sa profession, il faut qu'il y ait une faute dans son action (...) cette responsabilité est non seulement l'application d'un principe de droit naturel, mais l'application d'un principe de droit constitutionnel. Le Roi seul est irresponsable. (...) Pourquoi donc les médecins et les chirurgiens*

---

[1] L'expression est de TREBUCHET Adolphe, *Jurisprudence de la médecine, de la chirurgie et de la pharmacie en France*, Boillière 1834, p.218.

[2] Me MERIEUX, plaidoirie sous Cass.req. 18 juin 1835, S.1835-1 pp.403-404 ; cf. aussi "La responsabilité ne peut être invoquée contre lui que si, oubliant qu'il est médecin, et se livrant aux passions, aux vices, aux imprudences de l'homme, il occasionne, par un fait répréhensible, un préjudice réel au malade qui se confie à ses soins. En d'autres termes et à vrai dire, la responsabilité s'exercera contre l'homme, jamais contre le médecin". Le défenseur invoqua deux arrêts de 1696 et 1714 à l'appui de sa défense.

[3] DUPIN Proc., concl. ss Cass.req. 18 juin 1835, S.1835-1, pp.405 à 409.

seraient-ils seuls exempts de cette responsabilité naturelle qui pèse à la fois sur toutes les fonctions publiques et sur toutes les professions ? (...) Non, le médecin, le chirurgien ne sont pas indéfiniment responsables, mais ils le sont quelquefois ; ils ne le sont pas toujours, mais on ne peut pas dire qu'ils ne le sont jamais."

DUPIN désarme, en fin de conclusion, les critiques contre l'ignorance de la chose médicale et l'incompréhension de cet art conjectural qu'est la médecine chez les juges. Il trace la frontière entre débat scientifique et appréciation juridique des fautes dans sa célèbre formule : *"Il n'y a pas lieu à examiner (...), si l'accident arrive, s'il fallait employer tel mode de compression ou tel autre ; si les moyens résolutifs étaient suffisants ou non. La question est ici entre HIPPOCRATE et GALIEN ; elle n'est pas judiciaire."*

Le pourvoi de THOURET-NOROY fut rejeté et la décision de la Cour de Cassation eut un très large impact, en raison de la clarté de sa solution. Les médecins sont désormais reconnus comme des justiciables ordinaires, qui peuvent se voir appliquer les règles ordinaires de la responsabilité. Tout médecin commettant une faute de négligence ou d'imprudence évidente, causant un préjudice à un malade est auteur d'une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil ou des articles 319 et 320 du Code pénal. On trouve, à partir de cette date, de nombreuses applications du principe de la responsabilité pénale des médecins dans l'exercice de leur activité professionnelle. [1] Mais il ne s'agit que de condamnations pour des infractions involontaires.

En doctrine, quelques dernières traces d'hésitation sur le principe d'une responsabilité "ordinaire" des médecins subsistent dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle. Mais très vite, tous concluent à la responsabilité : *"Il nous faut examiner maintenant si ces mêmes fautes* (des médecins), *tombent sous le coup de la loi pénale. L'affirmative ne nous semble pas douteuse. Les articles qu'on invoquera, seront le plus souvent les articles 319 et 320 du code pénal. Or, ces articles embrassent dans la généralité de leur termes aussi bien les hommes de l'art que tout autre individu qui fait accidentellement des blessures."* [2]

Au XX^{ème} siècle, aucun auteur juriste ne nie le classement de l'activité professionnelle des médecins dans le champ d'application des infractions involontaires, quand elle est fautive. C'est une donnée acquise : il peut y avoir lors d'un acte médical, commission d'une faute de *"maladresse, imprudence, inattention, négligence, ou inobservation des règlements"*. [3] *"La responsabilité du médecin étant reconnue (...) il est passible de certaines peines, et peut se voir citer devant la juridiction criminelle. Cette responsabilité pénale se base sur les articles 319 et 320 du Code pénal."* [4]

"Le corps médical se trouve soumis au droit pénal dans l'exercice de son activité professionnelle et si les éléments constitutifs des infractions réprimées par les art. 319 et 320 sont réunis, les blessures ou les homicides causés par la faute du praticien ne seront pas seulement source de responsabilité civile, mais aussi de responsabilité pénale." [5]

Plus délicate reste l'analyse de l'activité médicale au regard des textes qui incriminent les fautes volontaires. La question est la suivante : comment qualifier la faute du médecin qui accomplit consciemment un geste médical qu'il sait être une atteinte à l'intégrité du corps de son patient ?

---

[1] C.A. COLMAR 10 juill. 1850, D.1852-2-196 ; Cass.req. 21 juillet 1862 S.1862-1-818 ; C.A. DIJON 14 mai 1868, S.1869-2-12 (médecin omettant d'avertir une nourrice que l'enfant qu'elle allaite est atteint de syphilis) ; Trib. GRAY, 29 juillet 1873, S.1874-2 p.58 ; C.A. DOUAI 16 mai 1882, S.1882-2-153 (chirurgien qui opère en état d'ivresse) ; Trib. LECTOURE 5 avril 1895, Gaz.pal.1895-II-143 (médecin qui écrit par erreur chlorhydrate de morphine au lieu de chlorydrate de quinine).

[2] HU Edouard, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin...*, précité, p.141.

[3] Art.319 C.pén.

[4] HATIN Paul, *Etude sur la responsabilité civile et pénale des médecins...*, précité, p.32.

[5] MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, T.3, La responsabilité pénale du médecin, par Michel VERON, Maloine 1984, p.29.

Pour la majeure partie de la doctrine, le geste médical d'atteinte au corps humain peut être qualifié d'infraction volontaire, car il comporte objectivement les composantes d'une atteinte voulue.

"*Le plus grand nombre des juristes français et allemands qui se sont attachés à l'étude du problème du fondement juridique de l'intervention médicale, voient dans les atteintes portées par le praticien à l'intégrité de la personne, respectivement soit des «coups et blessures, violence ou voie de fait» volontaires, c'est à dire intentionnels, rentrant dans les dispositions des articles 309 et suivants et plus particulièrement de l'art.311 du code pénal français, soit de «mauvais traitements ou dommages à la santé» intentionnels au sens des § 223 et suivants du St.G.B. allemand.*" [1]

Selon le Professeur LEVASSEUR, "*tous les criminalistes vous l'exposeront, tous les éléments classiques de la responsabilité pénale paraissent réunis (...). Couper la jambe d'un patient c'est apparemment lui infliger une blessure entraînant la perte d'un membre, fait que l'article 309 alinéa 4 du code pénal punit de la réclusion criminelle de 5 à 10 ans*". [2] Monsieur VERON fait le même constat : "*le Code pénal sanctionne toute atteinte, même la plus légère, portée volontairement à l'intégrité physique d'un être humain et la punit comme crime, délit ou contravention, en fonction de la gravité de l'atteinte subie par la victime. Or, l'activité médicale comporte des atteintes volontaires à l'intégrité physique des malades. Donc, médecins et chirurgiens doivent être poursuivis et condamnés par application des dispositions du Code pénal.*" [3]

De même, selon le professeur DELMAS-St HILAIRE : "*un chirurgien qui opère un patient peut-il être justiciable de l'article 309 du Code pénal relatif aux coups et blessures volontaires ? On peut certainement le soutenir puisqu'il y a atteinte volontaire à l'intégrité physique.*" [4]

"*Ni l'élément matériel, ni l'élément moral ne font problème ; il est, en effet, évident que l'activité chirurgicale implique des blessures faites volontairement au corps d'autrui*" [5], affirme également Madame THOUVENIN.

Les textes d'incriminations visant les infractions volontaires et involontaires contre la personne humaine sont applicables. Les incriminations involontaires applicables sont celles de l'homicide involontaire quand le malade décède des suites de l'intervention médicale (art. 319 C.pén., art.221-6 N.C.pén.). Il peut s'agir en cas de blessures de l'application de l'article 320 du Code pénal (art.222-19 N.C.pén.) si les séquelles (I.T.T.) sont supérieures à trois mois ou de l'article R.40-4° (art.R.625-2 N.C.pén.) si l'I.T.T. est inférieure à trois mois. Il faut y ajouter la prise de risque (art.223-1 N.C.pén.).

Les incrimination volontaires applicables peuvent relever théoriquement de l'assassinat (art.296 C.pén., art.221-3 N.C.pén.), du meurtre (art.295 C.pén., art.221-1 N.C.pén.), des coups mortels (art. 311 C.pén., art.222-7 N.C.pén.), jusqu'aux contraventions volontaires (art. R. 38-1° et R.40-1° C.pén., art.R. 624-1 et R.625-1 N.C.pén.), sans oublier certaines infractions spécifiques telles que l'empoisonnement (art.301 C.pén., art.221-5 N.C.pén.) ou l'administration de substances nuisibles (art.318 C.pén.[6]).

L'incrimination des faits de violence volontaire ou involontaire contre la personne d'autrui est à la base de tout ordre juridique soucieux de protéger la paix sociale et l'intégrité physique des citoyens. Pour le Code pénal français, la répression des violences est étroitement liée à la gravité des atteintes subies par la victime.

---

[1] FERRES Ferdinand, *Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*, précité, p.22, "Parfois aussi, les médecins et chirurgiens tomberont sous l'application des articles 309-310-311", HATIN Paul, *Etude sur la responsabilité civile et pénale des médecins...*, précité, p.37, c'est nous qui soulignons.

[2] LEVASSEUR Georges, *La responsabilité pénale*, in 2ème *Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, pp.50-51.

[3] MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, T.3, La responsabilité pénale du médecin, par Michel VERON, précité, p.10.

[4] DELMAS SAINT-HILAIRE Jean-Pierre, J.-Cl.pénal, Faits justificatifs, 1989, n°51.

[5] THOUVENIN Dominique, *De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle*, D. 1991, chron. p.223.

[6] Dans le nouveau Code pénal l'administration de substances nuisibles, comme la castration (art.316 C.pén.) ne sont plus individualisées ; elles font partie de l'ensemble des violences contre la personne.

"*Toute personne qui, volontairement, aura porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné une maladie ou une incapacité totale de travail personnel pendant plus de huit jours (...)*", (art.309 al.1 C.pén.). Si le sujet est malade, est parfois applicable l'alinéa 2-1°: "*il en sera de même lorsque les faits, qu'ils aient ou on entraîné une incapacité totale de travail personnel n'excédant pas huit jours, auront été commis (...) sur toute personne hors d'état de se protéger elle-même en raison de son état physique ou mental*".

Le nouveau Code pénal ne parle que de violences : "*les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 300000 F d'amende*" (art.222-11 N.C.pén.). Les mêmes faits sont punissables de 5 ans d'emprisonnement (circonstance aggravante), lorsqu'ils sont commis "*sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur*" (art.222-12, 2° N.C.pén.). [1]

Les actes de violences les plus graves, sur le plan pénal, sont ceux qui entraînent une atteinte définitive ou permanente à l'intégrité corporelle. Ainsi, lorsque les violences entraînent "*une mutilation, une amputation ou la privation de l'usage d'un membre, la cécité, la perte d'un œil ou d'autres infirmités permanentes*", elles sont punies de peines criminelles, (art.310 C.pén.). Cette liste descriptive est synthétisée dans le texte nouveau qui abaisse simultanément les pénalités et correctionnalise ainsi les mutilations volontaires. "*Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende*", (art.222-9 N.C.pén.). Ces faits restent des crimes lorsqu'ils sont accomplis sur un mineur de moins de quinze ans ou sur "*une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur*", (art.222-10, 3° N.C.pén.).

On devrait en déduire que tous les auteurs d'actes chirurgicaux sont a priori des délinquants.

Or, il est constant que l'immense majorité des actes médicaux ne sont pas considérés par la doctrine, ni par la jurisprudence, comme des actes infractionnels punissables, bien qu'aucun texte législatif ou réglementaire n'ait jamais expressément écarté l'activité médicale du champ d'application du Code pénal. "*Pourquoi un chirurgien qui pratique des interventions n'est-il pas poursuivi pour coups et blessures volontaires ? A aucun endroit de la loi on ne trouve le fondement explicite d'une justification. Pourtant aucune personne sensée ne considérera cela comme un acte répréhensible.*" [2] Partant de ce constat, il faut chercher les causes de cette paralysie de la répression ; c'est l'objet essentiel de nos recherches.

En dehors de l'hypothèse fantaisiste d'un "complot du silence" des autorités de police et de justice, on peut invoquer deux situations différentes pour expliquer cette non-répression pénale des actes médicaux. Ou bien il y a absence d'un des éléments constitutifs de l'infraction, ce qui empêcherait, a priori, l'acte d'être qualifié d'infraction ou bien il y a admission d'un fait justificatif, légitimant, a posteriori, un acte qui est objectivement infractionnel. Il nous faut explorer ces deux thèses : la thèse du défaut d'un élément constitutif de l'infraction et la thèse de la justification pénale.

Pour nier l'applicabilité des incriminations à l'acte médical, on pourrait être tenté de préciser que ces textes n'ont pas été conçu pour sanctionner les médecins, mais, bien au contraire, les

---

[1] Pour les coups et violences entraînant moins de 8 jours d'I.T.T. cf art.R.38-1° et R 40-1° C.Pén. ; cf également :."les violences n'ayant entraîné aucune incapacité totale de travail", art. 624-1 N.C.pén. (contravention de 4ème classe , Section : *Des violences légères*), et "les violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à huit jours", art.625-1 N.C.pén. (contravention de 5ème classe , Section : *Des violences*).

[2] ARNOU Patrick, *L'immunité pénale du médecin. Fondements et limites*, (Titre néerlandais : *De strafrechtelijke immuniteit van de medicus. Grondlag en grenzen*, trad. GOULMY Michel Dr.) Jura Falconis, 1979-1980, p.431.

"délinquants ordinaires", auteurs de rixes, bagarres et autres agressions violentes. Or, il apparaît à la lecture des textes que la généralité des termes employés dans l'ancien Code pénal ("toute personne", "quiconque") et que la définition fixée désormais en termes d'actes dans le nouveau Code pénal, n'excluent a priori aucune personne de la catégorie des auteurs potentiels de violences condamnables. Il eut été choquant et pour tout dire contraire au principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi pénale d'exclure les médecins du champ d'application des textes du Code pénal. Nul n'y a jamais songé pour les actes extra-professionnels pour lesquels les médecins sont des justiciables ordinaires. En revanche, il a été invoqué en vain que les médecins bénéficient d'une sorte de privilège juridique quant aux résultats malheureux de leurs actes professionnels.

Il est acquis que l'activité professionnelle des médecins est soumise aux règles du droit pénal. Il convient de montrer que la plupart des actes médicaux sont "objectivement" des infractions d'atteinte volontaire à l'intégrité corporelle.

La répression de l'infraction de coups et violences suppose réunies deux composantes essentielles : la composante matérielle et la composante morale, tantôt fondée sur une faute d'imprudence ou de négligence, tantôt fondée sur l'intention, le dol général. Or l'acte médical peut être assimilé à l'élément matériel de l'infraction de violences volontaires.

"*Les coups sont tous les gestes par lesquels s'accomplit un contact brutal, immédiatement ou par l'intermédiaire d'un objet matériel quelconque, entre le coupable et le corps de sa victime. (...) Les blessures ne sont autres que les conséquences résultant des coups portés : elles englobent alors toutes les variétés d'effets (...) sont des blessures les contusions, les hématomes, les fractures, les piqûres, les plaies, les brûlures, les excoriations, les luxations, les traumatismes...*" [1] Une grande partie des actes médicaux de traitement et la quasi-totalité des actes chirurgicaux correspondent à cette définition. Le brutalité ne doit pas s'entendre strictement car la code pénal réprime toutes les catégories de violences, de la plus légère à la plus brutale. La doctrine et la jurisprudence [2], s'accordent pour constater qu'une simple piqûre peut être qualifiée de coup. "*Peut importe que le coupable n'ait porté à la victime qu'un seul coup, ou que le fait délictueux n'ait causé à cette victime qu'une lésion minime comme celle qui peut résulter d'une piqûre chirurgicale.*" [3] "*Peu importe la gravité de la blessure: celle-ci, est-il ordinairement admis, peut résulter d'une simple piqûre, malgré l'insignifiance de la lésion produite.*" [4]

Cette énonciation confine à l'évidence lorsque l'on imagine le cas du sadique pervers qui inflige à ses victimes choisies au hasard dans la rue ou les transports en commun, des piqûres d'aiguilles ou de stylet. Mais il est plus délicat d'écrire que la piqûre de l'infirmière, ou le coup d'aiguille du chirurgien constituent des violences au sens du Code pénal. Il est pourtant certain que rien ne distingue, sur le plan de l'élément matériel, la piqûre sadique de la piqûre médicale.

L'étude comparative des gestes médicaux et de la composante matérielle des infractions du Code pénal montre donc qu'un très grand nombre de faits est susceptible de recevoir une qualification pénale. Depuis la qualification de voie de fait [5], jusqu'à l'hypothèse d'homicide, en

---

[1] MERLE et VITU, *Traité de droit criminel*, Droit pénal spécial, Cujas 1982, n°1741, pp.1400-1401 ; cf. également : "Il n'est pas nécessaire que le coups ait laissé des traces durables. (...) Il n'est pas nécessaire, d'autre part, que le coup soit spécialement violent. Cependant, s'il était absolument sans gravité, il devrait être qualifié contravention de violences légères." VOUIN Robert, *Droit pénal spécial*, 6ème éd° par Michèle-Laure RASSAT, Dalloz, 1988, n°162, p.212.

[2] T.corr. Lyon 15 déc. 1859, D.1859-3-87 ; Cass.crim. 15 nov. 1945, Bull.crim. n°114 ;T.corr. Seine 23 févr. 1949, J.C.P. 1949-II-4786.

[3] MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1742, p.1402.

[4] VOUIN Robert, *Droit pénal spécial*, par Michèle-Laure RASSAT, précité, n°162, p.212.

[5] L'expression englobe tout acte qui, sans aucun contact matériel, est de nature à provoquer des atteintes à l'intégrité physique de la victime, en raison de l'émotion vive ou du choc psychologique ressenti, "ce serait le cas si, à une personne qu'on sait gravement cardiaque, on annonçait brutalement et intentionnellement une nouvelle dramatique et inexacte". MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1743, pp.1402-1403.

passant par les notions de coups et de mutilations. L'amputation chirurgicale est à juste titre citée comme l'exemple d'un acte définitivement mutilant mais il n'y a aucun obstacle juridique a rapprocher l'ouverture d'un abdomen, la trépanation, le curage d'une plaie ou la suture d'une blessure, des actes matériels définis par le Code pénal.

Ce qui est simple à envisager pour les actes de soins ne l'est pas moins pour les actes à visée diagnostique. L'exposition à des rayons X, ou à tout autre produit radioactif peut être rapproché de la notion d'administration de substances nuisibles. [1] La simple prise de sang, le prélèvement de moelle osseuse, la ponction lombaire, peuvent, sans dénaturation des textes, entrer dans les prévisions du Code pénal, au titre des violences volontaires.

Encore n'avons-nous abordé que les infractions prohibant les atteintes à l'intégrité physique, il serait possible, par la même démarche, d'envisager une comparaison entre certains actes médicaux et les infractions contre les moeurs. La loi du 23 décembre 1980 dans sa nouvelle définition du viol [2], n'a pas lié la qualification à la satisfaction d'une pulsion sexuelle. Aussi peut-on envisager que tout acte médical entraînant une pénétration des organes sexuels, imposé par violence, contrainte, menace ou surprise puisse être qualifié viol. Ce pourrait être le cas pour un frottis vaginal, un toucher rectal, un lavement ou une coloscopie imposés par un médecin. Un auteur envisage même la qualification de viol [3] dans l'hypothèse d'une insémination artificielle imposée. [4]

Les actes accomplis dans tous les secteurs de la médecine sont exposés à un tel raisonnement juridique. [5] Le médecin psychiatre qui décide ou contribue à priver de liberté un malade mental commet une "séquestration", et une "voie de fait" lorsqu'il pratique une thérapie psychologique traumatisante, sans qu'il soit besoin d'insister sur la "violence" qu'est un électro-choc.

Même le médecin-expert effectue parfois dans le cadre de sa mission d'expertise des actes matériels constitutifs d'infractions. Monsieur DOLL, reconnaissant cette logique, désarme par avance tout critique en se réfugiant derrière une "excuse justificative" dont bénéficierait l'expert. "*C'est ainsi que ne s'exposent pas à des poursuites pour violences légères, le médecin-expert, qui, à l'occasion d'une affaire de moeurs, procède à l'examen gynécologique de la victime - celui qui fait un prélèvement de sang pour déterminer le taux d'alcoolémie. Il en est de même pour les prélèvement de salive, l'études des réflexes au moyen de coups de marteau sur les rotules, la mesure de la tension artérielle, l'électro-cardiogramme.*" [6]

---

[1] Art. 318 C.pén. Pour une application à un cas d'exposition volontaire à un rayonnement radioactif par l'employé d'une centrale nucléaire cf. T.G.I. Cherbourg 31 mars 1981, D.1982, p.536, note MAYER Danièle et R.S.C. 1982, p.119, note LEVASSEUR Georges.

[2] "Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte ou surprise, constitue un viol.", Art.332 al.1, C.pén. Le nouveau Code pénal ajoute la notion de viol par menace, art. 222-23 N.C.pén.

[3] "Contrairement à la solution autrefois préconisée en doctrine à défaut de jurisprudence, le viol pourrait également être retenu dans l'hypothèse d'une insémination artificielle imposée par la contrainte. Une pénétration est, en effet, nécessaire à la réalisation de l'opération tandis que le mobile de satisfaction sexuelle évidemment le plus fréquent n'est cependant aucunement exigé dans la définition de l'infraction." VOUIN Robert, *Droit pénal spécial*, par Michèle-Laure RASSAT, précité, n°305, p.450.

[4] Nous écarterons de notre champ principal d'investigation les actes de procréation médicalement assistée (P.M.A.), bien qu'ils puissent révéler d'importants problèmes juridiques, tels que la déstructuration de l'ordre généalogique ou les limites de la liberté contractuelle et de l'indisponibilité des personnes. Sur ce point cf. LABRUSSE-RIOU Catherine, *Les procréations artificielles : un défi pour le droit*, in *Ethique médicale et droits de l'homme*, Actes-Sud Inserm 1988, p.65 et s. cf. également : *Bioéthique et droit*, ouvrage collectif, C.U.R.A.P.P., P.U.F. 1988. La P.M.A. pose certes des questions de licéité et de responsabilité, mais, à défaut d'incrimination pénale, les règles juridiques applicables sont celles du droit civil. Sur ce point cf. SERIAUX A., *La procréation artificielle sans artifices : illicéité et responsabilités*, D.1988, chron. p.201 ; NAYRAL de PUYBUSQUE, *Procréation artificielle et droit*, Gaz.pal. 1988, doct. p.161 ; LABRUSSE-RIOU Catherine, *La maîtrise du vivant : matière à procès*, in *Bioéthique*, POUVOIRS 1991, n°56, 87 et s. ; PALAUX-SIMONNET Bénédicte, *Réflexions à propos de la responsabilité médicale lors d'actes de procréation médicalement assistée*, L.p.aff. 16 oct.1992, n°125, p.18.

[5] Nous n'étudierons pas les branches de l'activité médicale qui ne portent pas directement sur le corps humain (génétique, épidémiologie, anatomo-pathologie, etc...). Ces secteurs peuvent parfois générer des comportements infractionnels (vol, destruction d'objet mobilier, diffamation entre chercheurs etc...), mais ils ne concernent que partiellement l'intégrité de la personne humaine : sous l'angle des composantes détachées du corps humain. Or, l'analyse en terme de justification suppose l'existence d'atteintes médicales à l'intégrité, qui soient des infractions pénales. Ces disciplines réapparaîtront dans notre étude à l'occasion de l'analyse de la licéité des prélèvements de parties du corps humain.

[6] DOLL Paul Julien, *La conception française de la responsabilité du médecin-expert commis judiciairement*, in *Acta 1er Congrès Mondial de Droit Médical*, Jus medicum 1969, p.467.

Il y a donc des analogies troublantes et des strictes similitudes entre les actes prohibés par le Code pénal et la plupart des actes médicaux. Les médecins accomplissent dans le cadre de leur pratique professionnelle quotidienne des actes dont la nature rejoint la composante matérielle de certaines infractions pénales. C'est ce constat que Madame THOUVENIN résume ainsi : "*il est, en effet, évident que l'activité chirurgicale implique des blessures faites volontairement au corps d'autrui.*" [1] Et c'est ce qui permet au Professeur VERON d'écrire : "*le Code pénal sanctionne toute atteinte, même la plus légère, portée volontairement à l'intégrité physique d'un être humain et la punit, comme crime, délit ou contravention, en fonction de la gravité de l'atteinte subie par la victime. Or, l'activité médicale comporte des atteintes volontaire à l'intégrité physique des malades. Donc, médecins et chirurgiens doivent être poursuivis et condamnés par application des dispositions du Code pénal...*" [2]

Il nous paraît donc évident de rejeter l'idée d'une absence d'infraction par défaut de l'élément matériel.

Si la composante matérielle existe indubitablement, la thèse de l'impunité médicale fondées sur l'absence d'infraction ne peut que s'appuyer sur le constat d'une absence de la composante intellectuelle ou élément moral de l'infraction. La composante intellectuelle est essentielle dans les infractions contre l'intégrité physique car l'intention de l'auteur est le critère de distinction des violences volontaires par rapport aux violences involontaires. Aussi essayerons nous de préciser ce que la doctrine et la jurisprudence classique entendent par élément moral pour appliquer cette notion aux actes médicaux.

La composante intellectuelle, l'élément moral, prend la forme d'une faute d'imprudence ou de négligence dans les infractions dites involontaires, d'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle. Or, de même que le médecin doit répondre de ses fautes sur le plan civil, il doit répondre de ses fautes d'imprudences ou de négligences sur le plan pénal, ce qui n'est d'ailleurs contesté par personne. Nous verrons que l'activité médicale révèle parfois des comportements imprudents ; le fait d'oublier un objet dans l'abdomen d'un patient en est un exemple marquant.

La composante intellectuelle peut prendre aussi la forme d'une intention coupable. Mais pour le juriste cette intention coupable se réduit au dol général, c'est-à-dire à la connaissance, la conscience d'accomplir matériellement ce qui est objectivement prohibé par la loi et la volonté d'agir tout de même. Peu importent les mobiles altruistes, "*cette intention se caractérise en principe par la volonté de causer des blessures, volonté concomitante à l'acte.*" [3]

Le problème est de savoir si l'intention coupable consiste à vouloir l'acte quel qu'en soit le résultat ou à vouloir le dommage résultant de l'acte. La jurisprudence a tranché pour retenir une formule désormais classique : "*le délit est constitué lorsqu'il existe un acte volontaire de violence... alors même que son auteur n'aurait pas voulu le dommage qui en est résulté.*" [4] En matière d'atteinte à l'intégrité physique, les infractions volontaires ou intentionnelles sont des hypothèses de violences que l'individu a commis consciemment, même s'il n'a pas souhaité les conséquences de ces violences. [5] Il suffit donc de vouloir l'acte générateur du dommage et non de vouloir le dommage

---

1 THOUVENIN Dominique, *De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle*, D.1991, chron. p.223.

2 MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, T. 3, La responsabilité pénale du médecin, par Michel VERON, Maloine 1984, p.11.

3 VERON Michel, *Droit pénal spécial*, Masson 3ème éd° 1988, p.115.

4 Cass.crim. 21 octobre 1969, Bull.crim. n°290 ; Cass.crim. 29 novembre 1972, R.S.C. 1973, p.408 note LEVASSEUR ; Cass.crim. 15 mars 1977, Bull.crim. n°94, Cass.crim. 5 février 1979, Bull.crim. n°49.

5 Est une violence volontaire le fait de briser une porte vitrée dans un geste agressif dirigé contre l'adversaire qui est derrière cette porte, même si la victime des blessures est un tiers, Cass.crim. 3 oct. 1991, Dr.pén. 1992, n°57, note VERON Michel. Est également une violence volontaire le fait de projeter volontairement une personne à terre qui se blesse "accidentellement", Cass.crim.19 déc. 1991, Dr.pén. 1992, n°171, note VERON Michel. La qualification de coups et blessures volontaires a été retenue à l'encontre d'un conducteur qui avait utilisé son véhicule pour effrayer mais avait blessé une victime. Cass.crim. 8 déc. 1992, Dr.pén. 1993, n°128, note VERON Michel.

pour commettre une violence volontaire. L'élément intentionnel de l'infraction de coups et blessures volontaires est donc démontré dès lors que le prévenu a conscience de commettre une violence à l'égard d'autrui.

Cette analyse tend à ôter aux médecins la possibilité de nier l'existence d'une infraction à l'occasion d'actes normaux. Certains défenseurs pourraient, en effet, être tentés de plaider que le médecin par les blessures qu'il cause volontairement, ne souhaite que la réalisation de bienfaits pour le malade. Or, la définition de la composante intellectuelle pour la Cour de cassation ne se préoccupe que des résultats de l'acte de violence sans s'attacher aux mobiles de l'auteur [1], car le droit pénal français sanctionne "*l'antisociabilité objective*" de l'infraction et non "*l'antisociabilité subjective*" du délinquant. [2] "*Par l'incrimination, le législateur détermine de façon générale et impersonnelle le cadre de référence des bonnes et mauvaises conduites : il édicte donc un code de morale et de discipline sociale, dont le contenu ne saurait être fonction de circonstances tenant à la personne de ceux qui y sont soumis (...). L'infraction est une attitude non pas d'immoralité subjective, mais d'antisocialité objective.*" [3] Il faut et il suffit que l'auteur ait voulu consciemment infliger une violence pour que l'élément moral de l'infraction apparaisse. Le fait de n'avoir que des visées altruistes n'empêche pas le chirurgien de vouloir consciemment causer une blessure, et ce quand bien même cette blessure voudrait sauver la vie de la victime (amputation d'un membre gangrené, par exemple).

Il faut rappeler ici que la thèse de l'absence d'intention coupable chez le médecin a été longuement développée par le passé. [4] L' explication tenait en une phrase : "*la volonté du médecin de guérir un patient bannit l'intention de blesser*". [5] Or, cette conception avait pour principal défaut de confondre l'élément intentionnel et l'intention de nuire, c'est-à-dire un dol spécial. Alors que "*l'existence de l'intention est suffisamment caractérisée si l'auteur du fait a voulu agir, sachant ou devant prévoir quelles conséquences les coups portés ou les violences exercées pouvaient entraîner ; le délit est, dit-on, praeter-intentionnel. Bien que cette vue des choses ait parfois été discutée, elle est imposée par le Code pénal lui-même (...).*"[6]

L'intention de nuire est une notion surabondante par rapport à la lecture des textes d'incrimination ; elle introduit un dol spécial qui ne figure pas dans les textes et que l'on ne retrouve pas dans les décisions de la jurisprudence. Les perspectives individuelles de chaque délinquant sont ignorées lors de l'étude de l'élément moral, ce qui aboutit à sanctionner aussi bien celui qui blesse par plaisanterie [7], que par curiosité scientifique [8]. L'indifférence des mobiles sur la constitution juridique de l'infraction laisse intact la possibilité de sanctionner celui qui blesse autrui pour le soigner.

En matière de violences volontaires, le Code pénal ne réclame pas la présence d'une volonté particulière de la part du délinquant comme cela est le cas pour d'autres incriminations [9], il n'y a pas lieu d'exiger l'existence d'un dol spécial pour réprimer celui qui cause consciemment des blessures à

---

1 Sur la question des mobiles cf. infra 1ère Partie, p.159 et s.

2 LEPOINTE Eric, *Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs*, R.S.C. 1969, p.557.

3 MAYAUD Yves, *Ratio legis et incrimination*, R.S.C. 1983, n°25, p.611.

4 Cf. les auteurs cités par FERRES Ferdinand, *Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*, précité, pp.72 à 81, notamment HESS, NYPELS et STOOS.

5 STOOSS Schweizer zeitschr, f. Strafr. 6, p.8 cité par FERRES Ferdinand, *Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*, précité, p.73.

6 MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1746, p.1405.

7 Cass.crim;.3 janvier 1958, Bull.crim. n°3 ; Cass.crim. 15 mars 1977, Bull.crim. n°94.

8 Cass.crim. 7 juin 1961, Bull.crim. n°290.

9 L'infraction de meurtre suppose un dol spécial, intention de tuer, (animus necandi) ; l'infraction de vol suppose comme dol spécial la volonté de se comporter en propriétaire de la chose. La création le cas échéant du dol spécial de l'intention de nuire mettrait le plus souvent le médecin a l'abri des poursuites. L'acte médical accomplit dans but curatif, serait évidemment incompatible avec l'intention de nuire, quels que soient les résultats de l'acte en question.

autrui. [1] Conformément à cette définition moderne de l'élément moral de l'infraction de violences volontaires, "*l'intention se définissant de manière abstraite comme la volonté d'atteindre le résultat tel qu'il est décrit par le texte de qualification*" [2], le fait de porter consciemment atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui est l'élément moral de l'infraction de violence volontaire.

Le médecin commet donc des infractions lorsqu'il accomplit volontairement des blessures, même s'il les fait pour soigner le malade-victime. "*Tous les éléments classiques de la responsabilité pénale (...) paraissent réunis. Le chirurgien altère matériellement l'intégrité corporelle de son client (élément matériel), alors que l'intégrité physique est le bien social le plus précieux et que de nombreux textes sanctionnent les atteintes qui lui sont portées (élément légal) ; ce praticien en outre procède en pleine connaissance de cause (élément moral).*" [3]

Puisque l'acte médical peut être "objectivement" qualifié d'infraction pénale, il faut envisager un autre mécanisme juridique susceptible de paralyser la répression. En effet, nul ne conteste qu'il n'y a pas dans les faits, de poursuites, ni de condamnations pour les actes médicaux "normaux". Il faut donc trouver une explication à la non-répression, une raison juridique à l'impunité pénale des médecins pour les "violences objectives" que causent quotidiennement leur activité professionnelle.

Un certain nombre de mécanismes juridiques de non répression doivent être écartés d'emblée. On ne peut pas retenir l'excuse absolutoire, car celle-ci est une circonstance indépendante de l'infraction qui a pour effet d'entraîner suppression complète de la peine. [4] "*En cas d'absolution, l'auteur du délit bien que reconnu coupable, est exempt des peines prévues par la loi, pour des raisons qui ne tiennent nullement à sa responsabilité (celle-ci demeure entière), mais pour des motifs de politique criminelle et d'utilité sociale*". [5] L'excuse absolutoire suppose donc une déclaration de culpabilité devant la juridiction de jugement et laisse subsister l'infraction que le législateur ne sanctionne pas pour des raisons d'opportunité. Des mesures de sûreté restent applicables au bénéficiaire d'une telle excuse. La nature médicale de l'atteinte à l'intégrité corporelle ne fait pas partie des excuses prévues par la loi. De plus, il n'y a ni déclaration de culpabilité, ni reconnaissance d'une infraction en cas d'acte médical ordinaire.

De même, il faut écarter les mécanismes de l'amnistie, de l'ajournement de peine et de la dispense de peine, qui supposent une déclaration de culpabilité et la reconnaissance d'une infraction juridiquement constituée. Dans ces hypothèses la société reconnaît à l'auteur d'une infraction "la qualité de délinquant", mais pour des raisons de "stratégie" elle décide de ne pas lui infliger les sanctions normalement attachées à la délinquance. Or, le médecin n'est pas un délinquant que la société exempterait de peines. Bien qu'il commette "objectivement" des infractions, il n'est pas reconnu comme délinquant.

Il faut enfin exclure les causes subjectives et personnelles d'irresponsabilité pour défaut de discernement (démence, minorité, ou absence de liberté). L'aptitude à choisir et à comprendre ses actes ne fait pas défaut au médecin qui ne peut donc invoquer ni la minorité, ni la démence, ni la contrainte ou l'erreur de droit (causes de non-imputabilité), pour prétendre à une absence de

---

[1] Contra cf. "On pourrait penser que l'irresponsabilité pénale du médecin soit constante, ce qui n'est pas toujours le cas. (...) dans l'absence d'élément intentionnel de la part du médecin.(...) l'infraction de coups et blessures volontaires n'est pas constituée dans l'exercice normal de sa profession", RAJBAUT Benjamin, *Le rôle de la volonté en matière médicale*, Thèse Droit, Paris XII 1981, p.137.

[2] THOUVENIN Dominique, *De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle*, D.1991, chron. p.223

[3] DORSNER-DOLIVET Annick, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, L.G.D.J. 1986, n°108, p.91.

[4] "Ce sont des circonstances indépendantes de l'infraction elle-même et qui ont pour effet d'entraîner la suppression complète de la peine.", PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Cujas 8ème éd° 1992, n°595, p.612. Cf. notamment : l'excuse de dénonciation des coupables (faux monnayage, art. 138 C.pén. et art.442-9 N.C.pén. ; association de malfaiteurs, art. 268 C.pén., et art.450-2 N.C.Pén.), excuse pour le vol intra-familial (art.380 C.pén. et art.311-12 N.C.Pén.), par exemple.

[5] STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges et BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, Dalloz 14ème éd° 1992, n°320, p.269.

"capacité pénale". [1] L'acte médical est, au contraire, le fruit d'une décision mûrie par un cerveau particulièrement lucide. Le médecin ne peut se réfugier derrière une absence de discernement ou de liberté pour expliquer son geste (sauf hypothèse exceptionnelle, comme celle du médecin obligé d'opérer un malfaiteur blessé sous la menace des armes des complices, par exemple).

Les causes subjectives d'irresponsabilité, comme les causes de non répression (excuse, amnistie, dispense de peine...), ne correspondent pas à la réalité de la situation d'impunité des médecins. Il ne reste alors que le recours à un fait justificatif : "*cause purement objective d'impunité*". [2] "*Les faits justificatifs sont des circonstances objectives, indépendantes de la psychologie du délinquant, qui désarment la réaction sociale contre l'infraction pénale, et qui imposent des dérogations spéciales à l'application des textes répressifs généraux.*" [3]

Le concept de fait justificatif prend sa source dans les articles 327 et 328 du Code pénal, qui définissent des circonstances exceptionnelles dans lesquelles il n'y a pas de répression, malgré les apparences d'infraction. "*Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime*" (art.327 C.pén.) ; "*Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui*" (art.328 C.pén.).

Le concept perdure aujourd'hui dans le nouveau Code pénal au sein "*des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité*". [4] Le texte nouveau maintient les notions de justification par la permission de la loi et le commandement de l'autorité légitime : "*N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal*" (art.122-4 N.C.pén.), et par la légitime défense : "*N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte*" (art.122-5 al.1 N.C.pén.).

Mais le texte nouveau introduit dans le Code pénal, le fait justificatif précédemment connu sous l'appellation : d'«état de nécessité». "*N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même ou autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace*" (art.122-7 N.C.pén.).

Il y un accord en doctrine sur la définition abstraite du fait justificatif. Il n'est pas question ici de tenter une synthèse de la notion de fait justificatif, et encore moins de proposer une nouvelle théorie générale de la justification. [5] Mais il convient de s'attacher à préciser certains termes et, par suite, certaines notions.

En vertu du principe de la légalité criminelle, ne peuvent être qualifiés d'infractionnels que les comportement que la loi pénale décrit expressément comme punissables (art.4 C.pén., art.111-3

---

[1] L'erreur de droit (cause de non responsabilité) n'est pas à confondre avec l'erreur de fait (cas de responsabilité). C'est précisément pour une erreur de fait que le médecin est souvent responsable pénalement au titre des infraction involontaires, (faute d'imprudence ou de négligence). Sur ce point cf. infra p. 254 et s.

[2] LEPOINTE Eric, *Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs*, R.S.C. 1969, p.553.

[3] MERLE et VITU, *Droit pénal général*, Cujas 6ème éd° 1988, n°404, p.525.

[4] Intitulé du Chapitre 2 du Titre 2, *De la responsabilité pénale*, du Livre Premier, *Dispositions générales* du N.C.pén.

[5] SEVERAC Andrée, *Essai d'une théorie générale du fait justificatif*, Thèse Droit Toulouse 1953, 122 p. ; HINDAWY Nour El-din, *Essai d'une théorie générale de la justification*, Thèse Droit Rennes 1979, 434 p. ; ROUJOU de BOUBEE Gabriel, *Essai d'une théorie générale de la justification*, Ann.Fac.Toulouse 1982, p.11.

N.C.pén.). C'est pourquoi tout acte de délinquance est forcément contraire à la loi (au sens strict [1]), c'est-à-dire : illégal. L'acte conforme à la loi, l'acte légal, ne peut jamais être réprimé pénalement. Il faut distinguer la notion de légalité qui est précise, de la notion de légitimité qui ne l'est pas. On entend indifféremment par "légitime", un acte conforme à la règle, à la loi (au sens large), à la justice, au droit et même à l'équité. [2]

Les termes "licite" et "illicite" apparaissent plus utile à notre analyse, si l'on retient la définition de l'illicéité proposée par Monsieur VITU, c'est-à-dire : "*la transgression, manifestée par l'un des agissements définis par une disposition législative ou réglementaire, de la norme de civilité, envisagée à travers l'un ou l'autre des biens juridiques que les pouvoirs publics ont retenus comme dignes de la protection pénale.*" [3]

L'acte licite peut donc être défini comme : l'acte permis par un texte juridique ou conforme à l'ordonnancement juridique. [4]

Or, le propre du fait justificatif est de rendre licite un acte illégal.

Le fait justificatif ne rend pas l'acte infractionnel «légal», c'est-à-dire conforme à la loi, mais il le rend licite. "*Un acte objectivement contraire à la loi pénale n'est pas toujours répréhensible. Il arrive que, pour des raisons variées, son caractère illicite disparaisse et qu'il échappe à toute condamnation. Cette situation se produit surtout quand se manifeste un fait justificatif.* (...) *Quand se manifeste un fait justificatif, la norme générale de civilité demeure intacte, car la loi continue d'interdire, d'une façon générale, les comportements qui portent atteinte à cette norme. Mais l'acte accompli par la personne qui obéit à l'ordre ou à la permission de la loi (...) ne franchit nullement, en dépit des apparences, ce seuil de tolérance sociale au delà duquel le législateur estime nécessaire le prononcé d'une peine.*" [5] C'est pourquoi il est possible d'affirmer que "*la justification est l'opposé ou l'antithèse de l'illicéité pénale*". [6]

Toutes les descriptions formulées par les pénalistes montrent le caractère éminemment dérogatoire du fait justificatif, qui rend exceptionnellement licite ce qui normalement ne le serait pas. [7] Quels que soient les termes employés par les différents auteurs (neutralisation, obstacle à la qualification, exonération, et même "immunisation" [8], etc...), l'idée commune est toujours que, pour une raison extérieure au délinquant, le fait justificatif rend conforme au droit, donc pénalement impunissable, l'acte qui est "objectivement" infractionnel. "*Tous les systèmes répressifs admettent donc l'existence de faits justificatifs, c'est-à-dire l'existence de circonstances qui font que l'acte*

---

1 La loi au sens strict s'oppose au réglement (Décrets et arrêtés).

2 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° Légitime, p.471.

3 VITU André, *De l'illicéité en droit criminel français*, Journées de la Société de Législation Comparée, R.I.D.C. 1984, p.135 et p.140.

4 Sur ce point cf. les sous-distinctions établies par CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° Licite, p.479.

5 VITU André, *De l'illicéité en droit criminel français*, précité, pp.142 et 146.

6 HINDAWY Nour El-din, *Essai d'une théorie générale de la justification*, Thèse Droit Rennes 1979, p.34.

7 Cf. GARRAUD René, *Précis de droit criminel*, 15ème éd° Sirey 1934, p.324 ; DONNEDIEU de VABRES, *Traité de droit criminel*, 3ème éd° 1947, p.237 ; VIDAL et MAGNOL, *Cours de droit criminel*, Rousseau 9ème éd° 1947, p.370 ; VOUIN Robert, *Manuel de droit criminel*, L.G.D.J. 1949, p.173 ; VOUIN Robert et LEAUTE Jacques, *Droit pénal et criminologie*, P.U.F.-Thémis 1956, pp.223-224 ; BOUZAT Pierre et PINATEL Jean, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Dalloz 2ème éd° 1970, n°270, p.351 ; HINDAWY Nour El-din, *Essai d'une théorie générale de la justification*, précité, p.111. ; RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal*, P.U.F. Droit fondamental 1987, n°272, pp.389-390 ; PUECH Marc, *Droit pénal général*, Litec 1988, n° 753, p.269 ; ROBERT Jacques-Henri, *Droit pénal général*, P.U.F.-Thémis 1988, p.261 ; CONTE Philippe et MAISTRE de CHAMBON Patrick, *Droit pénal général*, Masson 1990, pp.136-137 ; JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal général*, Domat-Montchrestien 2ème éd° 1991, n°251, p.275; LEVASSEUR Georges, CHAVANNE Albert et MONTREUIL Jean, Droit pénal général et procédure pénale, Sirey 2ème éd° 1991, n°121, p.65 ; SALVAGE Philippe, *Droit pénal général*, P.U.Grenoble 1991, n°108, p.53 ; PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Cujas 8ème éd° 1992, n°282, p.316 ; STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges et BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, Dalloz 14ème éd° 1992, n°326, p.273.

8 "Chapitre premier: Immunisation du médecin par son titre contre les infractions intentionnelles qu'il est appelé à commettre dans l'exercice normal de sa profession (...) Le praticien est à l'abri de ces infractions par la vertu de son titre qui lui donne en quelque sorte le droit de les commettre." , BAUDRAND G., *La chirurgie esthétique et le droit*, Thèse Poitiers 1938, pp.50-51.

normalement constitutif d'infraction, se trouve - exceptionnellement - conforme à la norme juridique." [1] Les faits justificatifs sont "*ces situations de fait qui font disparaître le caractère illicite des comportements humains infractionnels*" [2] Les faits justificatifs sont donc des obstacles exceptionnels à la mise en œuvre de la répression, qui limitent ponctuellement le champ d'application de la norme, sans la modifier.

Lorsque la loi définit une incrimination - un comportement prohibé -, la répression est le principe, la justification est une exception. [3]

Monsieur JIMENEZ de ASUA a analysé autrefois le débat en terme d'antijuridicité. "*Le délit* (l'infraction) *est un acte typiquement antijuridique est coupable qui se sanctionne par une peine. (...) L'antijuridicité est le contraire du droit. Par conséquent, on peut dire qu'il ne suffit pas que le fait s'applique à la description du type que la loi a prévu, sinon qu'il faut qu'il soit antijuridique, contraire au droit. (...) Sera antijuridique tout fait défini par la loi et non protégé par les causes justifiantes*" [4]

Toute répression pénale suppose donc à la fois une violation de la loi et une absence de justification. L'«antijuridicité» ou l'«illicéité» d'un acte est constituée s'il y a réunion d'un caractère illégal et d'un caractère injuste. Si l'acte n'est pas illégal, le principe de légalité criminelle empêche de réprimer ; il manque un élément constitutif de l'infraction : l'élément légal. C'est ce qui permet de déclarer que : "*l'agent n'est pas punissable parce qu'il n'a pas commis d'infraction*". [5] Si l'acte est illégal mais n'est pas injuste, en raison d'un fait justificatif, la répression n'est pas possible car l'acte est "couvert" : c'est-à-dire justifié.

Sont donc également licites : l'acte légal et l'acte illégal justifié.

Monsieur JIMENEZ de ASUA définit trois catégories de «causes justifiantes» : "*a) Si la loi a admis <u>expressément</u> l'exception de l'antijuridicité (comme la mort d'un homme en légitime défense) ; b) Si dans le cas où la juridicité du fait ne se trouvait pas expressément énoncée, celui-ci s'est produit dans l'accomplissement d'une <u>activité reconnue</u> par l'Etat (comme si un sportif en frappe un autre en boxant selon des règles scrupuleusement observées) ; c) Si, au cours d'un acte, convenant aux buts de la vie en commun, on porte atteinte à des biens juridiques pour en soutenir d'autres <u>plus transcendants et importants</u>.*" [6]

Ces trois «causes justifiantes» correspondent parfaitement à trois catégories de faits justificatifs : l'ordre exprès de la loi, la permission tacite de la loi et l'état de nécessité.

Dans le domaine répressif, il est possible au législateur de prohiber certains actes et, d'autre part, de les autoriser dans certains cas. C'est dans le Code pénal lui-même que l'on trouve l'énonciation de ce raisonnement. "*Il n'y a ni crime, ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime*" (art. 327 C.pén.), "*n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires*" (art.122-4 al.1 N.C.pén.). Ces articles permettent de résoudre le conflit de lois qui naît de la confrontation entre deux lois antagonistes, lorsque le législateur a expressément mentionné dans la loi, qui autorise un acte préalablement interdit, qu'il créait une

---

1 ROUJOU de BOUBEE Gabriel, *Essai d'une théorie générale de la justification*, Ann.Fac.Toulouse 1982, p.11.

2 VITU André, *De l'illicéité en droit criminel français*, Journées de la Société de Législation Comparée, R.I.D.C. 1984, p.129.

3 Cf. "La protection légale, la légalité se trouvent ainsi affectées d'une véritable relativité, seuls certains dommages et certaines victimes parmi celles qui souffrent de l'infraction à certaines prescriptions étant ainsi élus comme bénéficiaires de l'action en responsabilité.", MARTY Gabriel, *Illicéité et responsabilité*, in *Etudes juridiques offertes à Léon JULLIOT de la MORANDIERE*, Dalloz 1964, p.346.

4 JIMENEZ de ASUA Luis, *L'Antijuridicité*, R.I.D.P. 1951, pp.274-275.

5 LEPOINTE Eric, *De l'impunité à l'impunissabilité. A propos d'une tentative de destruction de la théorie des faits justificatifs*, D.1978, chron. p.227.

6 JIMENEZ de ASUA Luis, *L'Antijuridicité*, R.I.D.P. 1951, p.297.

exception à la répression. Il s'agit alors d'une justification par la permission expresse ou explicite de la loi.

Ainsi, en matière de secret professionnel médical, le médecin qui dénonce aux autorités sanitaires un cas de maladie vénérienne en phase contagieuse et commet apparemment le délit de violation du secret professionnel (prohibition générale par art.378 C.pén. et art.226-13 N.C.pén.) est justifié par l'ordre de la loi (art. L.11 et L.12 C.s.p.). [1] Le législateur affirme expressément que la protection de la Santé publique prend alors le pas sur l'intimité de la vie privée.

Mais, lorsqu'une première loi interdit un comportement qu'une seconde loi permet, sans l'imposer, le juge est placé devant un dilemne juridique car les deux normes sont d'égale valeur. Il faut alors déterminer si le respect de la seconde loi - celle qui autorise l'acte - justifie l'auteur d'une violation de la première loi - celle qui interdit l'acte -. Or, une loi, quoique générale et impersonnelle, peut créer un principe et tolérer des exceptions formulées par d'autres lois. [2] C'est le cas du Code pénal qui prohibe de manière générale toutes les violences contre l'intégrité de la personne humaine mais tolère quelques dérogations à ce principe.

Il appartient alors au juge de résoudre le conflit de lois en déterminant, d'une part, s'il s'agit d'une hypothèse de fait justificatif et d'autre part si les conditions de la justification sont réunies. Lorsqu'il existe une cause de justification d'un acte de violence et que les conditions de justification de cette violences sont vérifiées, l'auteur du fait "objectivement" infractionnel est impunissable. L'acte illégal, par rapport aux incriminations de la loi pénale, est licite en raison de la loi qui crée un fait justificatif. Le législateur peut ainsi choisir de rendre certaines violences licites. [3]

En ce qui concerne les actes médicaux attentatoires à l'intégrité de la personne humaine, c'est cette recherche des justifications pénales de l'activité médicale qu'il nous semble utile de mener pour déterminer les causes et les conditions de l'impunité.sous l'intitulé de : "*Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*".

On admet communément en doctrine que la justification pénale se fonde soit sur l'accomplissement d'un devoir, soit sur l'exercice d'un droit. "*De très bonne heure, la pratique a extrait de ce cadre légal étriqué (art.327 et 328 C.pén.) un véritable principe général de la justification pénale. Pour franchir ce premier pas il a suffit d'observer que, dans toutes les hypothèses où la justification est expressément admise par la loi, la violation de la règle pénale est le résultat de l'accomplissement d'un devoir (ordre de la loi et commandement de l'autorité) ou de*

---

1 "La déclaration à l'autorité sanitaire de tout cas de l'une des maladies déterminées dans les conditions prévues à l'article L.11 ci-dessus est obligatoire (...) pour tout docteur en médecine (...)", art.L.12 C.s.p.

2 Sur ce point cf. LEGROS Robert, *L'influence des lois particulières sur le droit pénal général*, R.S.C. 1968, p.233 et s.

3 La mission originaire de l'Etat, au service de la survie du groupe social est peut-être la canalisation des faits de violences, car : "l'Homme et la société sont nés à la fois de la violence et de la solidarité bienveillante ; il serait vain de négliger l'une ou l'autre si nous voulons améliorer les relations humaines." BETTELHEIM Bruno, *Survivre*, Robert LAFFONT 1979, p.233. C'est pourquoi l'Etat se doit de définir les violences licites et les violences illicites. La première des violences licites est la défense de l'Etat lui-même contre les agressions extérieures. D'où l'importance de distinguer nettement guerre défensive et guerre offensive sur le plan de la légitimité : "Il ne sera jamais question, pour des Français, dont la Constitution vient d'épurer les idées de justice, de faire ou de concerter une guerre offensive, c'est-à-dire d'attaquer les peuples voisins, lorsqu'ils ne nous attaquent point. Dans cette supposition, sans doute, la délibération devrait précéder même les préparatifs ; mais une telle guerre doit être regardé comme un crime, et j'en ferai l'objet d'un article de décret.", MIRABEAU, *Premier discours sur le droit de paix et de guerre, 20 mai 1790*, in *Orateurs de la révolution française*, Gallimard-Pléiade, 1989, p.735. Concernant le chapitre des violences entre particuliers, l'Etat peut choisir entre plusieurs options qui procèdent généralement d'une doctrine politique et d'un niveau de développement. "Notre code ne punit pas l'homicide commis en état de légitime défense ; il n'est pas question de punir celui qui participe à l'exécution d'une condamnation à mort et le fait de tuer un combattant ennemi en temps de guerre est considéré comme une action fort honorable. Quand il s'agit de légitime défense, on permet à la victime d'une agression de tuer l'agresseur pour échapper à son assaut. Dans les autres cas, l'homicide est permis ou encouragé pour protéger la société contre les criminels et l'Etat contre ses ennemis.", PERELMAN Chaïm, *Ethique et Droit*, P.U.Bruxelles, 1990, p.370. Le point commun de toute organisation étatique reste l'attribution à l'Etat du monopole des violences physiques légitimes. "Il faut concevoir l'Etat contemporain comme une communauté humaine qui (...) revendique avec succès pour son propre compte le monopole de la violence physique légitime. Ce qui est en effet le propre de notre époque, c'est qu'elle n'accorde à tous les autres groupements, ou aux individus, le droit de faire appel à la violence que dans la mesure où l'Etat le tolère : celui-ci passe donc pour l'unique source du «droit» à la violence." WEBER Max, *Le savant et le politique*, 1959, éd° 10/18, 1990, pp.100-101.

l'exercice d'un droit (légitime défense, etc...)" [1] Le droit positif avait déjà élargi très nettement la notion d'ordre de la loi telle qu'elle était définie par l'article 327 du Code pénal. La jurisprudence étend le bénéfice du fait justificatif à toutes sortes d'infractions, n'exige pas toujours le cumul de l'ordre de la loi et d'un commandement de l'autorité légitime, et enfin assimile ordre de la loi et permission de la loi. [2] Le nouveau Code pénal distingue aujourd'hui officiellement l'ordre exprès de la loi et la permission (ou autorisation tacite). "*N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires*" (art.122-4 al.1 N.C.pén.).

L'étude des justifications pénales de l'activité médicale montre que les "violences" volontaires accomplies quotidiennement par les médecins sont impunissables en raison de plusieurs faits justificatifs.

Tous les auteurs ou presque se sont demandés quel fait justificatif pouvait justifier l'activité médicale. La solution ordinairement retenue par les pénalistes consiste à rappeler que la loi organise les études de médecine, l'obtention du diplôme de médecin, et les conditions d'exercice des professions médicales, et qu'elle a ainsi autorisé l'activité médicale. Dès lors, la pratique de l'activité médicale autorisée par la loi entraînerait la permission d'accomplir certains actes objectivement constitutifs d'infractions pénales. Les infractions pénales accomplies par les médecins dans le cadre normal de leur activité professionnelle seraient justifiées par la permission tacite de la loi. Il n'y aurait ni crime, ni délit, à porter atteinte à l'intégrité corporelle des patient en raison de la permission légale de l'activité médicale. Nous étudierons donc l'hypothèse de justification pénale de l'activité médicale par la permission tacite de la loi qui autorise l'activité médicale (infra 1ère Partie).

Les ouvrages de droit criminel n'abordent généralement le problème du particularisme de l'acte médical sur le plan pénal, qu'à deux occasions : lors de l'étude des faits justificatifs (au chapitre consentement de la victime), et lors de l'analyse de l'article 309 du Code pénal concernant les violences volontaires. Dans la première hypothèse, il s'agit en général pour les auteurs de rappeler que le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif, et qu'il ne faut pas y chercher l'explication de l'impunité médicale. Dans la seconde hypothèse, les auteurs tentent généralement de démontrer pourquoi, malgré toutes les apparences juridiques d'un comportement infractionnel, le médecin n'est pas un délinquant ordinaire.

La majorité de la doctrine a résolu cette question par le recours à l'argument désormais classique d'autorisation ou permission de la loi.

Mais l'exposé des arguments est parfois fragile, parce que la référence à la permission tacite de la loi comme cause de justification, oblige les auteurs à affirmer eux-mêmes certaines conditions de justification, telles que les conditions de consentement et de but curatif. "*La véritable justification du médecin se trouve dans la permission de la loi. Le législateur, en lui conférant des diplômes et en lui permettant l'exercice de la médecine, l'autorise à faire tous les actes qui ont un but curatif, lorsqu'il est appelé par le malade.*"[3]

Certains auteurs affirment avec assurance ce principe de justification de l'activité médicale par la permission de la loi. *"Toute règle juridique ordonnant ou permettant la lésion ou la mise en péril d'un bien ordinairement protégé exclut par elle-même le caractère délictueux de l'acte qui a cet objet. Imaginer une loi ne devant pas être exécutée est aussi contradictoire que de voir un délit dans*

---

[1] MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°406, p.527.

[2] Sur ce point cf. MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°418, p.537 ; JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal général*, précité, n°254, p.236 ; DELMAS-St-HILAIRE Jean-Pierre, J.-Cl.pénal, art.327-329, 1989, n°23 à 48.

[3] GARCON E., *Code pénal annoté*, livre III, art.309, n°80, p.744, cf. également : "à notre avis, la véritable justification du médecin se trouve dans la permission de la loi. Le législateur, en lui conférant des diplômes et en lui permettant l'exercice de la médecine, l'autorise à faire tous les actes qui ont un but curatif lorsqu'il est appelé par le malade.", Emile GARCON, *Code pénal annoté*, par Marcel ROUSSELET, Maurice PATIN et Marc ANCEL, T.2, Sirey 1956, art.309, n°83, p.78.

l'exécution d'une loi. Cela est tellement évident qu'il est presque superflu de l'exprimer dans un Code, sinon, per abundantiam juris. Il convient seulement de souligner l'importance pratique de ce point de vue qui explique notamment le caractère légitime (...) des homicides et blessures résultant de l'exercice, dans un but curatif, et dans le respect des règles professionnelles et des principes ordinaires de prudence, de la profession médicale et chirurgicale." [1] Le raisonnement consiste à voir que "*l'article 327 du Code pénal contient l'application spéciale d'un concept absolument général*". [2] Monsieur LEVASSEUR semble se rallier indirectement à cette position lorsqu'il fait référence à un droit donné par l'Etat aux médecins, avec le bénéfice de l'impunité, à charge de ne pas abuser de ce droit. "*Les médecins qui ne font qu'user du droit qui leur a été donné de soigner leurs semblables, au besoin par des procédés ébranlant leur santé pour la mieux rétablir, ou par des interventions brutales voire mutilantes, n'encourent aucune responsabilité pénale tant qu'ils n'abusent pas de ce droit*". [3]

La réglementation de l'activité médicale par la loi est le signe de la permission légale des actes médicaux ; voilà l'aphorisme fondamental, développé par les auteurs les plus éminents. "*L'Etat a réglementé les études médicales, a fixé les conditions d'obtention du diplôme de médecin et a organisé la profession médicale (...). Il a, par là même, permis les actes nécessités par cette profession, dans les limites de la reconnaissance légale de la médecine et de la chirurgie.*" [4] Messieurs MERLE et VITU l'expriment nettement : "*c'est la loi qui, par une permission spéciale, autorise le titulaire du diplôme de docteur en médecine à accomplir sur le corps humain les actes nécessaires au traitement des maladies.*" [5]

Quelques hésitations subsistent pourtant quant à la portée de ce principe ; elles proviennent du caractère tacite ou implicite de cette permission légale. "*Cette permission justificative sera implicite. C'est elle qui par exemple, explique que le chirurgien qui opère le patient ne puisse, en principe, faire l'objet de poursuites pénales sur le fondement de l'article 309 du Code pénal (...) c'est sur le fondement de l'article 327 du Code pénal que la justification du chirurgien doit être recherchée ; il échappe à la répression pénale parce que la loi autorise, en la réglementant, son activité.*".[6]

Cette imprécision serait par trop grave si l'on dépassait la notion de permission tacite de la loi pour trouver un fait justificatif dans «l'intérêt de la société». "*Si le médecin est en dehors du droit commun, s'il peut accomplir des actes, qui commis par d'autres, constituent des crimes ou des délits, sans qu'il en résulte pour lui aucune responsabilité, la cause de ce privilège réside uniquement dans l'intervention des pouvoirs publics. Ils ont estimé, avec raison, que les intérêts de la société non seulement autorisaient, mais exigeaient cette exemption exorbitante du droit commun.*" [7] La référence aux notions d'intérêt général et d'utilité publique n'apportent que plus de flou. "*Ainsi la protection de la santé publique justifie les atteintes portées à l'intégrité corporelle par des médecins ou des chirurgiens.*" [8]

Le caractère tacite de la cause de justification rend imprécises les conditions de cette justification. "*Les actes médicaux (...) se situent très exactement à l'interface des règles pénales et civiles relatives au corps humain. (...) Il est surprenant à cet égard de constater que dans un domaine aussi important, le fondement et les conditions de licéité de l'activité médicale sont rarement expressément définis par la loi, en sorte que cette activité demeure régie par l'application*

---

1 GARRAUD René, *Précis de droit criminel*, 15ème éd°, par Pierre GARRAUD, Sirey 1934, n°140, p.341.
2 GARRAUD René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey 3ème éd° 1914, T.2., n°453, p.55.
3 LEVASSEUR Georges, *La responsabilité pénale*, 2ème *Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M.1966, T. 1, p.52.
4 TAHON R., *Le consentement de la victime*, R.D.P.C. 1950-1951, n°31,p.339.
5 MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°449, p.573.
6 DELMAS-SAINT-HILAIRE Jean-Pierre, J.-Cl. pénal, art.327 à 329, 1989, n°46.
7 MANCHE Emile-Lucien , *La responsabilité médicale au point de vue pénal*, Thèse Droit Paris 1913, p.76.
8 GARRAUD René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, précité.,p.67.

jurisprudentielle et doctrinale des principes généraux du droit pénal et du droit civil." [1] Aussi, la principale critique que l'on peut faire à la justification par la permission implicite de la loi (encore appelée théorie du *droit professionnel* [2]) est de ne pas permettre l'identification des limites de la portée justificative de la permission légale.

Quels sont les actes pour lesquels le médecin diplômé est impunissable ? Il ne peut s'agir, à l'évidence, que d'actes professionnels, et non d'actes communs à tous les citoyens. Mais tous les actes professionnels accomplis par les médecins ne sont pas licites, loin de là, et la jurisprudence reconnait la possibilité de qualifier de faute pénale certains faits ou gestes médicaux.

Pourquoi affirmer alors que la loi autorise l'activité médicale et justifie par conséquence les infractions pénales qui pourraient être commises par un médecin, et prétendre simultanément que certaines fautes pénales peuvent être commises par le médecin dans le cadre de sa profession ? Il y a un certain paradoxe à invoquer une permission légale professionnelle pour la plupart des infractions pénales classiques, et à considérer comme normal que l'on poursuive parfois les médecins pour violences involontaires et même volontaires. *"Le médecin, le chirurgien, qui blesse ou tue son malade est justifié par la loi, en vertu de son diplôme de doctorat, explication qui le rend responsable dans tous les cas de faute professionnelle lourde et aussi toutes les fois qu'il n'exerce pas son art en vue de guérir, mais en vue d'expériences sans but curatif ou pour des fins esthétiques."* [3]

La seule explication plausible est que la loi ne définit expressément qu'une des conditions nécessaires à la justification pénale de l'activité médicale, celle liée à la personne du médecin : l'exigence du diplôme de docteur en médecine. Il faut être médecin pour pouvoir accomplir licitement des actes médicaux. Mais la seule qualité de médecin ne suffit pas à rendre tous les actes licites. Le protection pénale générale de l'intégrité corporelle de la personne humaine impose que l'activité médicale prenne en compte la liberté de chacun de consentir à une atteinte à son corps et d'autres conditions liées à l'acte lui-même.

Il est alors possible d'utiliser la notion de présomption de licéité pour les actes professionnels accomplis par les médecins et de déclarer que la preuve du non-respect d'autres conditions permet de détruire la présomption simple de licéité et de revenir au droit pénal commun. GARÇON et GARRAUD, eux-mêmes, avouent implicitement l'insuffisance de la justification par la seule condition de diplôme, lorsqu'ils font peser sur le médecin deux obligations conditionnant la justification. La double référence au consentement du patient et au but curatif de l'acte démontrent que le diplôme n'est pas le seul critère de licéité de l'acte médical. Nous aurons donc à étudier plus en détail cet ensemble de conditions auquel est subordonnée la justification pénale de l'activité médicale par la permission légale tacite. Il faudra, en particulier, analyser les concepts de santé et de maladie pour connaître la notion d'acte thérapeutique et son évolution vers la notion de norme scientifique. [4]

Mais la seule référence à un fait justificatif général, tiré d'une permission tacite de la loi, dont nous aurons à définir l'exact contenu implicite, ne suffit pas à rendre compte de l'impunité pénale de toutes les activités médicales. Il existe des cas particuliers de justification. La justification est alors issue de textes et ce n'est plus une permission tacite. Ces textes fixent des conditions implicitement attachées au fait justificatif général. Les dérogations au "droit commun" de la justification médicale expliquent précisément la nécessité de ces textes.

---

[1] MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, *Le droit de disposer de soi-même. Etendue et limites en droit comparé*, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, P.U.Louvain, Bruxelles Bruylant 1982, n°41, p.248.

[2] L'expression est de FERRES Ferdinand, *Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*, précité, p.24.

[3] GARRAUD Pierre et LABORDE-LACOSTE Marcel, *Exposé méthodique de Droit pénal*, Sirey 4ème éd° 1942, p.68.

[4] Le SIDA n'appellera pas sur ce point de développement particulier, dès lors que l'infection par le virus H.I.V. ne modifie ni les causes, ni les conditions de la justification pénale des actes médicaux qui peuvent être accomplis sur la personne du sidéen.

L'activité médicale s'étend au delà de la pratique "quotidienne" et de la médecine "classique". L'évolution des sciences et des techniques donne au médecin contemporain les moyens d'accomplir avec succès des actes médicaux impossibles hier. Or, les principes juridiques d'un Etat de droit imposent que la licéité des actes techniques ne repose pas sur les seuls techniciens. "*On pourrait imaginer que le droit abandonne le terrain en faveur de formes de contrôle professionnelles et scientifiques. Une telle approche respecterait le savoir professionnel d'une façon absolue. Autrement dit, l'individu et la société se livreraient totalement à la communauté scientifique. Une telle solution corporaliste n'est pas conforme aux principes de la participation démocratique exigeant que les normes soient définies par le législateur.*" [1]

La licéité de ces actes médicaux nouveaux peut souvent être évaluée à l'aune des critères traditionnels de justification. C'est ainsi que les progrès de l'anesthésie et les développements révolutionnaires des moyens diagnostiques ont pu s'incorporer facilement dans la catégorie des actes médicaux licites.

Mais certains actes nouveaux bouleversent toutefois les règles de justification, ce qui met en lumière les limites de la permission tacite de la loi. Cela est particulièrement marquant pour les actes médicaux qui n'offrent aucun intérêt thérapeutique pour le sujet. Or, l'absence de but curatif ôte au praticien le bénéfice de la justification par la permission tacite de la loi, puisque celle-ci repose, entre autres conditions, sur la preuve d'une utilité thérapeutique. C'est pourquoi le législateur est intervenu pour déclarer expressément licites certains actes qui dérogent aux conditions ordinaires de la justification. Pour justifier pénalement l'activité médicale qui s'éloigne des conditions ordinaires de justification, le législateur substitue à la permission tacite de la loi des autorisations expresses d'attenter médicalement à l'intégrité du corps humain (infra 2ème Partie, les dérogations à la justification de l'acte médical par la permission implicite de la loi : les justifications expresses). L'étude des conditions de licéité de l'activité médicale repose donc sur deux constatations essentielles : l'autorisation générale de pratiquer des actes médicaux en vertu d'une permission tacite de la loi et la réglementation spéciale de certaines interventions qui s'éloignent de la démarche médicale courante.

Par des lois particulières de justification, le législateur peut ainsi faire évoluer le droit sans révolutionner la matière. "*Le contenu des lois particulières est souvent un signe de l'évolution des idées, des nécessités de la répression et des tendances de la politique criminelle ; et nous savons qu'il y a rupture d'équilibre entre les principes anciens, immobilisés par les textes de la loi positive, et la science pénale contemporaine en avance sur ces textes.*" [2]

Les domaines d'application de ces lois nouvelles concernent deux catégories de conditions de licéité.

Il s'agit prioritairement de la permission expresse d'accomplir des actes médicaux sans but curatif, tels que l'avortement, le prélèvement d'organe ou l'expérimentation. Certains pensent que de telles dérogations affaiblissent la norme générale de protection de la personne humaine [3], d'autant plus que la dignité humaine, au contraire du corps, n'est pas une valeur pénalement protégée. [4] On

---

1 JUNG Heike, *L'expérimentation sur les êtres humains. Réflexions d'un juriste allemand*, R.S.C. 1991, p.38.

2 LEGROS Robert, *L'influence des lois particulières sur le droit pénal général*, R.S.C. 1968, p.260.

3 "De ce qu'il est la personne elle-même, le corps tire une place tout à fait particulière dans le droit. Il a, en quelques manières, un caractère sacré. Il est doublement défendu. Aux principes généraux découverts par la doctrine et la jurisprudence de droit civil, pénal et médical depuis des dizaines d'années, s'ajoutent la loi«Caillavet», la loi «Veil», la loi «Huriet», chacune, il est vrai, grignotant la protection initiale enveloppant le corps, rongeant son armure civile.", MEMETEAU Gérard, *«Nemo censetur ignorare...» ou : Rendez à César ce qui lui appartient*, Rev.éth., la vie en question, 1993, n°8, p.105.

4 "Le Code pénal protège certes l'intégrité physique mais l'action médicale est un fait justificatif des atteintes à cette intégrité. De plus la dépénalisation de l'avortement autorise des pratiques eugéniques et il reste à penser l'incrimination des atteintes à la dignité humaine lorsqu'elles s'accréditent d'une finalité thérapeutique ou scientifique.", LABRUSSE-RIOU Catherine, *Servitude, servitudes*, in *L'homme, la nature et le droit*, Textes réunis par Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE, Christian Bourgeois 1988, p.311.

peut penser, au contraire, que les lois particulières, en autorisant, exceptionnellement et sous conditions, certains actes dérogatoires au droit commun, enrichissent l'ordonnancement juridique protecteur de la personne. Car, chaque fois que le législateur définit expressément les conditions de la justification d'une atteinte au corps humain, il fournit des conditions précises de licéité, qui sont autant de garanties pour la sécurité de la personne, sous le contrôle du juge pénal.

Ainsi, en est-il ce qui concerne les actes médicaux qui peuvent exceptionnellement être accomplis sans que n'ait été recueilli préalablement le consentement personnel du sujet. Dans ce domaine sensible, où la liberté de la personne est directement mise en cause, le législateur a organisé avec précision la représentation des intérêts du sujet de l'acte médical sans attribuer de compétence extensive au seul médecin. L'intervention de lois ponctuelles permet de soigner certains malades, parfois même contre leur gré, sans aliéner leur liberté et celle de leurs proches. "*C'est donc à propos des atteintes au corps humain nécessitées par un intérêt de santé que peut se poser la question de la mesure des pouvoirs que peuvent exercer des tiers, sur une personne autonome, sans sa volonté. Les tiers qui pourraient éventuellement exercer ces pouvoirs sont tout désignés : ce sont les médecins. Hautement qualifiés, ils peuvent mieux que la personne elle même, apprécier la nature et le degré des atteintes rendues nécessaires pour la sauvegarde de sa vie et de sa santé. Leur fonction leur confère une véritable vocation à soigner et guérir leurs semblables, abstraction faite des rapports contractuels noués avec ceux-ci, individuellement. Ne parle-t-on pas du «ministère médical» ? Or, dans l'état actuel du Droit français, et sauf dans certaines hypothèses limites* (les permissions légales expresses), *tout pouvoir de soigner une personne capable en droit et en fait, sans son consentement, est refusé au médecin.*" [1]

Enfin, le droit pénal tient compte des circonstances exceptionnelles qui empêchent les conditions ordinaires de justification d'être réunies. Il s'agit principalement de l'urgence, pour laquelle le mécanisme de l'état de nécessité, fait justificatif reconnu récemment par le législateur (art.122-7 N.C.pén.), permet au médecin de "sacrifier" une valeur pénalement protégée pour "sauvegarder" une valeur supérieure. Ce choix difficile en raison de la contrainte de temps qui pèse sur le décideur et de l'enjeu qui en dépend : la justification pénale de l'infraction nécessaire ou la répression de l'infraction non nécessaire. En cas d'urgence médicale, le médecin doit décider seul, en fonction des "valeurs" en présence. "*La difficulté essentielle d'une référence utile et sûre aux valeurs tiendra à un facteur humain fondamental qu'ont suffisamment mis en évidence les psychologues sociaux : l'étrange infirmité de l'homme qui dans certaines situations conflictuelles (...) ne lui permet plus que difficilement d'attribuer aux valeurs engagées un «poids» répondant à un critère cohérent.*" [2]

Ce regard porté par un juriste sur l'activité du médecin n'est pas empreint de méfiance systématique ni de suspicion exagérée. Il ne s'agit pas de condamner tous les médecins et par suite la médecine, mais plutôt de contribuer par une vigilance rationnelle à "*cette osmose des disciplines - médecine et droit -* (qui) *doit être poursuivie afin que nous puissions aboutir à une législation juste et digne. A elle de protéger la personne dans ce qu'elle a d'humain et de sauvegarder les principes qui fondent une société humaniste garantissant les droits des plus faibles. Il n'y a pas de démocratie sans un minimum de connaissance ; il ne peut y avoir de liberté et d'humanité sans un minimum de droit ; et la loi est l'expression démocratique du droit.*" [3]

---

1 DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, L.G.D.J. 1960, n°503 et 504, p.356 et 357.

2 VERHAEGEN Jacques, *L'humainement inacceptable en droit de la justification*, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international, Bruxelles Bruylant 1982, p.148.

3 RENE Louis Dr., *Ethique médicale : faut-il légiférer ?*, B.O.N.M. 1991, n°7-8, p.1.

1ère Partie

La permission légale implicite

Aucune disposition légale explicite ne crée de privilège d'impunité au profit du corps médical. L'activité médicale est néanmoins autorisée par l'Etat qui organise les professions de santé, qui définit les diplômes des praticiens, qui précise leurs règles d'installation et qui contrôle le fonctionnement des établissements de soins. Il faut déduire de cet édifice législatif que le législateur permet tacitement ou implicitement [1] que les soignants portent atteinte à l'intégrité physique des soignés à l'occasion de l'exercice de leur profession. "*C'est la loi qui, par une permission spéciale, autorise le titulaire du diplôme de docteur en médecine à accomplir sur le corps humain les actes nécessaires au traitement des maladies.*" [2] Le bénéfice de la justification pénale est subordonné à la vérification de conditions liées aux personnes (Titre 1), et aux actes (Titre 2).

---

1 Les adjectifs «tacite» et «implicite» seront considérés comme synonymes dans cette étude. cf. CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, P.U.F. 3ème éd° 1992, p.408 et p.799.

2 MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel*, Droit pénal général, Cujas 6ème éd° 1988, n°449, p.573.

Titre 1 : Les personnes

La relation humaine entre le médecin et le malade, ou entre le soignant et le soigné, a parfois été qualifiée de «colloque singulier», ce qui illustre le particularisme de cette rencontre qui fonctionne principalement sur le mode binaire. Le médecin est l'interlocuteur de celui qui demande des soins pour son corps. Sur le plan juridique, la permission légale implicite de pratiquer des actes médicaux définit limitativement les titulaires de l'autorisation de pratiquer la médecine (Chapitre 1), et exige le respect de la liberté du demandeur d'exprimer son consentement (Chapitre 2).

Chapitre 1: L'autorisation donnée au médecin d'intervenir sur le corps humain

Depuis l'époque médiévale, le pouvoir a pris conscience de l'importance qu'il y a à veiller à l'organisation de l'activité médicale [1], tant pour éviter le développement de dangereuses pratiques que pour protéger et favoriser les menées bénéfiques. L'Etat moderne dénie à toute autorité privée le pouvoir d'organiser juridiquement le système de protection de la santé publique. [2] En conséquence il apparaît que tout pouvoir individuel ou collectif reconnu aux praticiens de la santé d'intervenir sur le corps humain n'existe que par autorisation ou permission de l'Etat. Le fait que certaines règles d'organisation soient déléguées à des groupements professionnels ne remet pas en cause ce principe dès lors que l'Etat conserve un réel pouvoir de contrôle sur ce qui peut être qualifié de service public de la santé dans le sens le plus large. [3]

La première condition de licéité de l'acte médical est qu'il soit accompli par un médecin. Une définition juridique du médecin devrait naturellement prendre place dans le Code de la santé publique. Or, ce recueil de textes concernant le "monde médical" au sens large ne contient que des régles éparses et très ponctuelles sur le médecin sans fournir de régime ou de statut général du médecin. La loi n'y vise le médecin qu'à l'occasion de la détermination des conditions à respecter pour exercer la médecine. [4] Une analyse de ces conditions est nécessaire dans la mesure où elles conditionnent l'ensemble du problème de la licéité de l'activité médicale. Il faut d'abord préciser les conditions d'accès à la fonction de médecin (section 1), puis étudier le contrôle exercé sur la fonction (section 2).

Section 1 : La reconnaissance officielle de la compétence et la permission d'exercer

L'Etat ne délègue aux médecins des pouvoirs exorbitants du droit commun qu'après avoir organisé un système de formation et de sélection des candidats-médecins. "*Administrativement, en effet, c'est dans une réglementation antérieure et générale que trouve sa source légitime le «ministère» privilégié délégué par la Société au médecin. A ce point de vue, le chirurgien tient, de plein droit, le permis d'opérer de son diplôme, de son inscription au tableau de l'Ordre des médecins, avec, s'il y a lieu, la spécialisation requise.*" [5] La société fonde sa confiance essentiellement sur la notion de diplôme. [6] Elle accorde une grande valeur au titre individuel de docteur en médecine (§1), mais confie cumulativement au corps des diplômés le pouvoir de filtrer l'accès à la fonction par le mécanisme de l'inscription au tableau de l'Ordre (§2).

---

[1] Cf: supra introduction, la naissance du principe de responsabilité dans l'histoire.

[2] Chacun est libre de penser que cet état du droit résulte d'une reconnaissance d'un droit individuel à une protection de sa santé ou, au contraire; d'une prise de conscience par l'Etat de son devoir de protection des particuliers. "Du devoir d'assistance que l'Etat assume bénévolement à l'égard des malades va naître ainsi le droit à la santé, la créance de santé que l'individu possède contre la collectivité." RIVERO J., *La protection légale de la santé*, in *Santé et société*, éd° de la chronique sociale en France, 1951, p.97.

[3] Cf. toutefois l'opinion de Monsieur BRETHE de la GRESSAYE qui reconnaît aux ordres professionnels une compétence naturelle : "Assimiler ces corps professionnels à un service public administratif, c'est étendre à l'excès la notion de service public et méconnaître le sens profond de l'organisation corporative. Celle-ci signifie que confiance est faite à ces corps pour qu'ils jugent eux-mêmes qui est digne d'en faire partie, d'après leurs usages, leurs traditions, leur morale professionnelle. L'Etat ne délègue pas son pouvoir, il reconnaît leur compétence naturelle, aussi naturelle que les droits de l'Homme qui ne sont pas des concessions de l'Etat. (...) Tous ces corps ont par nature vocation à se gouverner eux-mêmes. Le droit positif français est conforme à la réalité sociale de l'institution.", BRETHE de la GRESSAYE Jean, Rép.Pénal Dalloz, V° *Discipline*, 1984, n°14. Il n'en demeure pas moins que l'Etat reconnaît cette compétence et fait confiance à ces Ordres.

[4] Code de la santé publique, Livre IV : Professions médicales et auxiliaires médicaux ; Titre 1er : Professions de médecins, de chirurgien-dentiste et de sage femme, Chapitre 1er : Exercice de la profession, Section 1 : Conditions auxquelles est subordonné l'exercice de la profession.

[5] SAVATIER René, *Impérialisme médical sur le terrain du droit. Le «permis d'opérer» et les pratiques américaines.*, D.1952, chron. p.157.

[6] Cf. cette définition du médecin dans un dictionnaire non spécialisé, qui se fonde uniquement sur la notion de diplôme : "Personne habilitée à exercer la médecine après avoir été admise à différents examens sanctionnant plusieurs années d'études médicales

§1) La condition de détention d'un diplôme : le contrôle initial de la compétence par l'Université

Le postulant à la reconnaissance juridique du pouvoir d'exercice légal de la médecine doit franchir les étapes d'un cursus universitaire avant de bénéficier du monopole médical. Il n'existe qu'une voie de formation pour accéder au titre de docteur en médecine : l'Université. L'institution a le pouvoir exclusif de délivrer un diplôme (A), en conséquence le titre acquiert un certain «poids» juridique (B).

A) La délivrance du diplôme : une délégation de pouvoir à l'Université

L'histoire des universités montre nettement l'importance sociologique du mode de formation qui modèle les esprits autant sur le plan social que scientifique. L'Ancien Régime, pour la formation des gens de médecine, avait toléré la coexistence des Universités et d'autres Sociétés Savantes. Ainsi, par exemple, la ville de Nancy avait la chance de connaître une Université comprenant une Faculté de médecine (ancienne Université de Pont-à-Mousson), un Collège Royal de Médecine et un Collège Royal de Chirurgie. [1] L'efficacité de l'Université dans la formation des médecins était douteuse ; dans le microcosme universitaire médiéval, les hiérarchies étaient lourdes, les traditions pesantes au détriment de la recherche et de l'enseignement scientifique. Encore au XVIII° siècle : "*A Paris, les «lectures» latines des bacheliers et des docteurs-régents traitaient : des aphorismes d'Hippocrate et de Galien, des choses naturelles, des choses non naturelles, des choses contre nature. On reconnaît là la terminologie même d'Avicenne. Cet enseignement était (...) à base de commentaires d'ouvrages anciens et d'exercices dialectiques, il était essentiellement formel et théorique ; sans travaux pratiques ni leçons cliniques, il comportait de graves lacunes. En outre, il se donnait dans une atmosphère close où l'enseignement scientifique se doublait d'une éducation professionnelle, tendant à éliminer les opinions particulières susceptibles de s'opposer à celle de la majorité.*" [2]

Le législateur révolutionnaire supprima les universités le 18 août 1792 et toute forme de groupement le 8 août 1793. "*L'Assemblée Nationale considérant qu'un Etat vraiment libre ne doit souffrir dans son sein aucune corporation, pas même celles qui vouées à l'enseignement public, ont bien mérité de la patrie.*" [3] Une loi du 19 ventôse an XI créa deux catégories de praticiens : "*le médecin de plein exercice, docteur en médecine issu des écoles réouvertes, l'officier de santé, (...) qui ne fut supprimé que par la loi du 30 novembre 1892, (...) en application des dispositions de cette loi, des officiers de santé ont exercé jusque vers les années 1940-1945.*" [4]

Le législateur post-révolutionnaire harmonisa le régime de formation des médecins en en confiant le monopole à l'Université rétablie. L'université impériale est créée par le décret du 10 mai 1806 et précisée par le décret du 17 mars 1808. Université d'Etat, elle a le monopole de l'enseignement. Elle est composée d'autant d'académies qu'il y a de cours d'appel. Les facultés sont des organismes d'Etat directement administrés par le pouvoir central qui désigne leurs doyens.[5]

(universitaires et hospitalières) et après avoir soutenu une thèse de doctorat.", C.N.R.S., *Trésor de la Langue Française : dictionnaire de la langue du 19ème et du 20ème siècle*, Gallimard 1985, V° Médecin, T.11, p.558.

[1] BEAU A. Dr., *L'enseignement de l'anatomie en Lorraine (1602-1933)*, Nancy, 1933, p.37.

[2] BEDEL Charles et HUARD Pierre, *Médecine et Pharmacie au XVIIIème siècle*, Hermann 1986, p.179.

[3] Décret du 18 août 1792, cité par DELOUPY Henry Dr. *Le collège royal de chirurgie de Nancy, (1771-1793)*, Nancy 1938, pp.152-153.

[4] PENNEAU Jean, J.-Cl.Pénal annexes, v° *Médecine*, fasc.1, n°1, 9-1990.

[5] "La double origine des universités actuelles, universités médiévales tout d'abord, université impériale ensuite, explique la double signification, l'une légale, l'autre usuelle, qui se perpétue, du mot «Université».", AMESTOY Georges, *Les universités françaises*, N° spécial, Education et gestion 1968, p.4.

Le principe était acquis : la formation des médecins relève exclusivement de l'Université, et l'enseignement universitaire est une prérogative de l'Etat. [1] Depuis lors, l'Université moderne bénéficie de la confiance de l'Etat qui lui confie la mission de sélectionner et de former, parmi les bacheliers, les candidats à de futures fonctions médicales. [2] L'étudiant en médecine est formé par l'Université (1°), avant qu'elle ne lui délivre le diplôme de docteur en médecine (2°).

1°) La mission de l'Université : former les futurs médecins

Pour exercer la médecine aujourd'hui, en France, il faut être titulaire d'un diplôme d'Etat de docteur en médecine, français, ou d'un diplôme équivalent. [3] Ce diplôme sanctionne une formation médicale universitaire qui comporte des phases purement théoriques (a) et des stages pratiques. (b) Ces derniers posent la question de la justification pénale de l'activité de l'étudiant en médecine-stagiaire (c).

a) La formation théorique

Le cursus médical se décompose en trois cycles.

Le premier cycle est consacré essentiellement à l'étude des disciplines fondamentales, (mathématiques, physique, chimie, biologie, anatomie, etc...), pour lesquelles un arrêté définit le volume horaire d'enseignement. Les études de médecine et de chirurgie dentaire comportent une première année commune, appelée parfois tronc commun. La première année de premier cycle des études médicales (P.C.E.M.1.) se termine par un concours. Pour pouvoir poursuivre des études médicales en P.C.E.M. 2., il faut être admis à figurer en rang utile sur la liste de classement du concours de fin de P.C.E.M.1 établie par une des Facultés de médecine d'une Université française.

Le deuxième cycle, d'une durée de quatre années, (D.C.E.M.1 à 4, deuxième cycle des études médicales), mêle pour les étudiants, les séquences d'enseignement théoriques universitaires et les fonctions hospitalières sous forme de stage. L'axe principal du second cycle est d'initier le futur médecin à la spécificité du monde hospitalier tout en le formant aux rudiments de la pathologie et de la thérapeutique. La répartition des enseignements reste une prérogative essentielle des Universités. Après la validation du second cycle ou l'obtention de tous les certificats [4], les étudiants peuvent s'orienter vers la dernière phase obligatoire de leur cursus médical : le troisième cycle.

Le troisième cycle est, soit un troisième cycle de médecine générale ou "résidanat" [5], soit un troisième cycle spécialisé ou "internat". L'accès à l'internat est subordonné à la réussite à un concours national. [6]

---

1 "L'Etat maintiendra son monopole sur le droit d'enseigner jusqu'à la loi Falloux (1850) pour l'enseignement secondaire et jusqu'en 1875 pour l'enseignement supérieur. Toutefois, il ne renoncera jamais formellement à l'exclusivité de la collation des grades universitaires. Ce monopole, qui reste intégral pendant la période qu'on étudie ici et jusqu'à la Deuxième Guerre mondiale, constitue une marque distinctive du système universitaire français.", VERGER Jacques, *Histoire des Universités en France*, Bibliothèque historique Privat 1986, p.271.

2 Art.50 de la Loi n°68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur, complétée par L. 13 janv. 1989.

3 Art. L.356 , L.356-1, L.356-2, L.357, L.357-1, L.358, L.359, L.359-1 et L.360 du Code de la santé publique.

4 Il peut toutefois manquer un certificat à condition cependant qu'il ne s'agisse pas du certificat de synthèse clinique et thérapeutique, lequel certificat est donc le critère de connaissances scientifiques minimales pour que l'Université reconnaisse la capacité théorique de l'étudiant non-docteur à faire fonction de médecin. L. 13 janv. 1989, art.32.

5 La loi du 30 juillet 1987 et le décret du 7 avril 1988 créent le résidanat d'une durée de deux ans. La formation se décompose en : enseignement théorique, (Faculté de médecine), enseignement pratique, (stages hospitaliers), stages extra-hospitaliers, (auprès d'un praticien agrée ou dans des organismes ou laboratoires agréés). La formation pratique consiste en 4 stages hospitaliers d'une durée de 1 semestre chacun, dont un doit être obligatoirement accompli dans un C.H.U. Les fonctions, la rémunération, les avantages sociaux des résidents sont définis par le décret du 2 septembre 1983 fixant le statut des internes en médecine modifié par le décret du 29 avril 1988 le rendant applicable aux résidents. cf. *Guide Theraplix des études médicales* 1991/1992, p.39.

6 "Les étudiants peuvent se présenter au concours de l'internat. Ils peuvent se présenter à ce concours deux fois dans des années différentes consécutives sauf dérogations, dans trois circonscriptions ou interrégions différentes qui regroupent chacune plusieurs C.H.U.. Cet internat qui comporte des épreuves écrites et une épreuve dite oral également écrite, est anonyme. Environ 40 à 50% des candidats franchissent cet obstacle. (...). La finalité de cet internat est désormais tout à fait particulière. Il forme les spécialistes qui, au cours de leurs fonctions, vont préparer des diplômes d'études spécialisés au nombre de 23 en médecine et 13 en chirurgie, voire des

Un certain nombre de critiques peut être formulé à l'encontre de cette formation universitaire des médecins. Certains, comme Monsieur TERQUEM, sont particulièrement critiques sur les résultats pédagogiques des études médicales : "*L'enseignement de la médecine est fondé en France sur la mémorisation des connaissances et non sur la réflexion et l'observation basées sur la recherche.*" Il pourrait en résulter des effets pervers sur l'économie publique puisque selon cet auteur : "*les candidats les mieux notés sont ceux qui ont cité le maximum d'examens complémentaires à prescrire dans un cas donné, au contraire de ce qui se passe au U.S.A. où les meilleures notes vont à ceux qui ont hiérarchisé ces examens et démontré qu'il est possible de se contenter de peu d'entre eux.*" [1]

Nous ne nous permettrons qu'une seule observation liée au contenu des enseignements : le futur médecin ne bénéficie quasiment d'aucune formation à caractère juridique. Quelques heures de législation médicale, d'organisation hospitalière et de responsabilité juridique, dans le cadre de l'unité de valeur de "Médecine légale" au cours du deuxième cycle, forment le seul bagage juridique du futur praticien. Ce choix des universités, autonomes quant à la fixation de leurs programmes, est le reflet d'une orientation volontairement technologique et scientifique de formation spécialisée. [2] Aussi ne faut-il pas s'étonner de rencontrer des médecins peu avertis des règles élémentaires du droit français...et donc souvent très méfiants envers l'attitude des juristes. [3]

b) La formation pratique

Conscientes de l'intérêt de l'expérience pratique dans la formation des futurs médecins, les autorités réglementaires ont organisé un système de stages hospitaliers pour tous les étudiants en médecine. "*A partir de la 2° partie du 2° cycle des études médicales, les étudiants en médecine participent à l'activité hospitalière pendant 6 semestres dans les conditions définies par le présent décret. Au cours des 4 derniers semestres de la participation ci-dessus prévue à l'activité hospitalière, les étudiants en médecine portent le titre d'étudiant hospitalier à l'exclusion de tout autre titre.*" [4] Pour répondre aux critiques liées à l'aspect réducteur de ce stage qui serait trop axé sur les pratiques du monde hospitalier, la loi du 13 janvier 1989 a introduit pour les étudiants ne se destinant pas aux carrières hospitalières, principalement les résidents, la possibilité de faire un stage chez un praticien exerçant son activité sous forme de profession libérale. [5]

L'introduction de stages dans le cursus médical est révélateur de la nature particulière de la médecine. Discipline scientifique reposant sur des connaissances scientifiques théoriques très "pointues", elle est aussi une discipline pratique, une science appliquée. La formation médicale se doit d'être tout à la fois scientifique (de *scio* savoir, avoir une connaissance théorique exacte) et cognitive (de *cognesco* connaître, avoir un sens pratique, "naître-avec" l'expérience). "*Les étudiants en médecine ne sont d'ailleurs examinés que sur l'une des nombreuses qualités souhaitées :*

---

diplômes d'études spécialisées complémentaires." , TERQUEM Jean, *Les médecins dans la société française*, Economica 1992, p.53. La durée de l'internat est soit de quatre ans soit de cinq ans selon les spécialités (loi du 30 juillet 1987 et décret du 7 avril 1988).

1 TERQUEM Jean, *Les médecins dans la société française*, précité, p.63.

2 Sur l'excès de "scientifisme" de la formation médicale cf. "Les médecins ne doivent-ils pas compenser par leur qualité humaine l'agressivité de certains actes ? Ne doivent-ils pas développer, à côté des indispensables connaissances techniques et scientifiques, les sciences humaines, la psychologie, le sens de la relation ? Actuellement, se développent des enseignement en ce sens (...). Je me réjouis d'y participer et d'apporter, dans la mesure de mes moyens, ma contribution au retour d'une médecine humaniste.", RENE Louis Dr., *La confiance à l'épreuve des faits...divers*, B.O.N.M. 1992, n°2, p.1.

3 Cf. les idées fausses, voire les fantasmes sur la prétendue dérive "à l'américaine" de notre système de responsabilité ou sur les "persécutions" orchestrées par le "clan belliqueux des juristes". Un médecin expérimentateur nous disait en plaisantant, les meilleurs cobayes sont les juristes car ils sont plus nombreux que les rats et on peut quasiment tout leur faire faire !

4 Décret n°70-931 du 8 octobre 1970 modifié par le décret n°79-910 du 17 octobre 1979, article 1. Ces stages sont soumis à validation. Pour les étudiants de D.C.E.M.2, D.C.E.M.3, D.C.E.M.4, le refus de validation d'un stage hospitalier est une condition suspensive de la validation de la 2ème partie du 2ème cycle. arrêté ministériel 24 juillet 1970, art.7.

5 L. 13 janv. 1989, art.25, stage chez le praticien pour le résident.

l'érudition. Leur aptitude au raisonnement, leur adresse, leur ardeur au travail, leur dévouement, leur correction, sont en principe évalués dans les services hospitaliers." [1]

Le médecin contemporain doit, au cours de sa formation, être amené à dépasser les connaissances livresques et à sortir de l'Université, stricto sensu, pour s'exercer à la pratique de "l'art médical". Cette notion d'art médical, malgré le caractère un peu désuet de l'expression, exprime bien la relativité de l'efficacité quantifiable de toute médecine. *"Si la médecine n'est plus tout à fait un art, elle n'est pas encore tout à fait une science."* [2] La science semble sûre, objective et commune ; l'art est individuel, tout en nuances et en expériences personnelles. C'est parce que la médecine n'est pas une pure science exacte qu'il faut distinguer la faute et l'erreur, et que la non-obtention du résultat souhaité n'est pas automatiquement le signe d'une culpabilité du praticien. La science pure conduit à l'obligation de résultat ; l'art médical implique une obligation de moyens. L'action du médecin est forcément empreinte d'aléas non entièrement maîtrisables. [3] C'est une situation, une réalité, dont il faut tenir compte tout au long de notre analyse.

La participation d'étudiants en médecine à ces stages et donc, l'accomplissement d'actes médicaux sur la personne d'autrui, posent déjà une question de justification pénale.

c) La justification pénale de l'activité de l'étudiant en médecine-stagiaire

L'étudiant en médecine stagiaire [4] est un médecin en formation qui est soumis à un statut particulier réglementé par les autorités universitaires. *"Lorsqu'ils abordent les stages hospitaliers, les étudiants doivent comprendre qu'ils commencent leur véritable formation professionnelle. Les études de Médecine ne sont pas seulement des études dites «supérieures», mais un apprentissage supérieur. Elles sont donc indissociables de leur champ d'action : des malades, et du lieu où ils se trouvent : l'hôpital. L'hôpital est l'école d'application de la Faculté de Médecine."* [5] L'organisation des fonctions techniques qui peuvent être confiées aux étudiants-stagiaires est définie par le décret n°70-931 du 8 octobre 1970 modifié par le décret n°79-910 du 17 octobre 1970. Le texte fixe l'étendue des pouvoirs de ce personnel particulier.[6]

Selon l'article 2 :*"Ils participent à l'activité hospitalière sous la responsabilité du personnel médical et sous la surveillance des internes. Ils exécutent les tâches qui leur sont confiées par le médecin, chirurgien, spécialiste ou biologiste responsable du service dans lequel ils sont affectés, à l'occasion des visites et consultations externes, des examens cliniques, radiologiques et biologiques, des soins et des interventions. Ils peuvent exécuter des actes médicaux de pratique courante ; ils sont chargés de la tenue des observations et sont associés au service de garde. Ils participent aux entretiens portant sur les dossiers des malades et suivent les enseignements dispensés à l'hôpital."*

Si ces étudiants-hospitaliers sont des salariés du Centre hospitalier (art.10 du décret précité), il faut constater que ces étudiants sont hors de la hiérarchie du personnel médical. Ni médecins, ni internes, il serait par ailleurs erroné de les comparer aux infirmiers/ières ; il n'y a aucun lien de subordination, ni dans un sens ni dans l'autre, entre eux. De plus, compte tenu de la nomenclature officielle des actes infirmiers et des capacités réglementairement requises pour exercer la profession

---

1 LAZORTHES Guy, *L'homme, la médecine et le médecin*, Masson 1993, p.272.

2 ESCAT Jean Prof., Préface de *Responsabilité médicale. De la chirurgie à l'esthétique*, par ROUGE D., ARBUS L. et COSTAGLIOLA M., Arnette 1992, p.VII.

3 "Il faut tenir compte de la prestation d'ensemble et (...) dans le domaine médical, prendre en considération le coefficient aléatoire que le risque et l'incertitude apportent à la détermination de la conduite humaine et à son aboutissement. En médecine, ce coefficient est particulièrement élevé.", PENNEAU Jean, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, L.G.D.J. 1973, n°227, p.154.

4 En D.C.E.M.2 l'étudiant doit effectuer 3 stages cliniques de 3 mois choisis parmi les services à vocation médicale, chirurgicale ou spécialisée. En D.C.E.M.3, et D.C.E.M. 4, l'étudiant doit effectuer 3 stages cliniques de 4 mois, également répartis entre les trois catégories de services hospitaliers. Les titres et dénominations sont les suivants : en D.C.E.M.1, "stagiaire éventuel", en D.C.E.M.2, "stagiaire hospitalier", en D.C.E.M.3 et 4, "étudiant hospitalier". (art. 1 et 9 décret 8 oct. 1970.)

5 Statut de l'étudiant en médecine en stage hospitalier, art.1, in *Comportement des étudiants à l'hôpital*, Université Nancy I, Faculté de Médecine, 1991/1992.

6 Décret 8 oct. 1970 modifié par Décret 17 oct. 1979, art.10.

d'infirmier [1], il est évident que l'étudiant-hospitalier n'est pas a priori compétent, faute de formation spécifique, pour accomplir une grande partie des actes infirmiers. [2]

Il ressort de l'analyse de ces textes réglementaires que l'étudiant-hospitalier n'a aucun pouvoir propre et qu'il ne peut accomplir de gestes techniques que dans la mesure où ils lui sont demandés par le "chef de service" présumé conscient des limites dues à la personnalité et au niveau de formation du stagiaire.

Sur le plan civil, le chef de service joue le rôle d'écran de protection juridique, en assumant la responsabilité des actes accomplis sous sa direction réelle ou théorique. [3] "*S'il s'agit d'un étudiant non qualifié, non thésé : dans ce cas, il est sous la responsabilité du chef de service et n'a pas de véritable responsabilité. Toute délégation de fonction se fera sous l'entière responsabilité du médecin qui a délégué ses fonctions. S'il s'agit d'un étudiant thésé ou avec une certaine qualification : l'étudiant a une certaine responsabilité pour les actes où il est qualifié et qui sont faits de manière habituelle; par contre l'étudiant ne peut répondre d'actes dépassant sa compétence.*" [4]

Sur le plan pénal, la responsabilité du fait d'autrui est exclue et il n'y a de responsabilité qu'individuelle, le chef de service ne peut être poursuivi à la place de l'étudiant fautif.

Cela signifie que l'étudiant en médecine est responsable pénalement des actes infractionnels qu'il accomplit personnellement, matériellement, à l'occasion du stage. C'est évident pour toutes les infractions volontaires (vol, coups et blessures volontaires, viol, etc...), là n'est guère le problème. C'est vrai également pour les infractions involontaires (coups et blessures involontaires, homicide par imprudence ou négligence) ; la faute pénale involontaire étant appréciée *in concreto*, les magistrats examinent dans chaque affaire si le prévenu a eu le comportement normalement prudent que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui.

Dans les infractions d'imprudence ou de négligence, il n'y a pas écran juridique ou hiérarchie de responsabilité. L'étudiant-stagiaire, comme exécutant - et mauvais exécutant de l'acte - encourt une responsabilité personnelle : il est l'auteur matériel ou immédiat. D'autres personnes peuvent également être poursuivies à côté de l'étudiant-stagiaire pour leurs propres fautes, notamment le médecin "chef de service" ayant lui-même commis la faute de ne pas surveiller l'étudiant et de lui laisser accomplir des actes hors de sa compétence ; il est alors auteur moral ou médiat. [5]

Ainsi, il été jugé qu'étaient simultanément coupables d'homicide par imprudence le médecin P.D.G. de la clinique, le chirurgien, l'anesthésiste et l'étudiant en médecine de garde. [6]

En outre, l'introduction dans le nouveau Code pénal du principe de responsabilité pénale des personnes morales permet de penser qu'à l'avenir, une clinique privée ou un établissement public pourront être déclarés responsables d'une faute d'imprudence pour avoir laissé se pratiquer des actes hors-compétence par des étudiants en médecine. Cette responsabilité de l'établissemement sera toutefois subordonnée aux conditions prévues par le nouveau Code pénal (art. 121-2 N.C.pén.),

---

1 Décret n°81-539, du 12 mai 1981, décret n°84-689 du 17 juillet 1984, décret n°93-345 du 16 mars 1993, relatifs à l'exercice de la profession d'infirmier.

2 Ainsi peut on penser que l'étudiant en médecine est incompétent pour effectuer seul des actes tels que, pansements, soins d'escarres, changement de sonde urinaire ou gestion du dossier de soins infirmiers, actes visés par le décret 16 mars 1993 précité , art.3, ou encore, pose d'un cathéter, injection, oxygénothérapie, actes visés par le décret précité, art.4.

3 Le droit pénal ne connaît pas de responsabilité du fait d'autrui, contrairement au droit civil. cf. C.A. Paris 16 juin 1966, D.1969, p.96 : condamnation du chirurgien, commettant d'un jeune interne ayant provoqué une radiodermite. Bien qu'habilité à pratiquer seul l'extraction d'un corps étranger sous rayon X, l'interne a été reconnu par les juges comme le préposé du chirurgien déclaré civilement responsable du dommage.

4 ROUGE D., ARBUS L. et COSTAGLIOLA M., *Responsabilité médicale, de la chirurgie à l'esthétique*, précité, p.62.

5 C.A. Paris 23 janv. 1966, J.C.P. 1966, II, 14766 : décision dans laquelle les magistrats reprochèrent à un chirurgien d'avoir laisser son assistant accomplir une ponction pleurale délicate au lieu de l'effectuer lui-même. Sur ces distinctions cf. MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°528, p.673.

6 C.A. Paris, 20ème chambre, 27 oct. 1989, Jurisdata n°026931, cf. Dr.pén. janv. 1993, n°5, p.7. Sur la question de la responsabilité pénale en cas de pluralité de participants à l'acte médical, voir PRADEL Jean, *La responsabilité de l'équipe médicale en droit pénal*, in *Les aspects actuels ou méconnus de la responsabilité médicale*, Pub.Un.Poitiers, Litec 1992, p.49.

notamment, que l'acte du stagiaire ait été réalisé pour le compte de la personne morale (pour réduire les coûts de fonctionnement par exemple).

L'étudiant en médecine non-encore "thésé" peut être amené à exercer temporairement la médecine hors hôpital lors d'un remplacement, à condition de respecter certaines dispositions réglementaires. Le remplaçant est, comme le stagiaire, totalement responsable sur le plan pénal. "*Il n'y a guère de problème en matière de responsabilité pénale. Celle-ci est toujours personnelle et le contrat de remplacement n'exerce aucune influence. Le remplaçant peut donc être poursuivi s'il a commis une infraction d'ordre pénal.*" [1] Le médecin remplacé ne peut être pénalement responsable des actes accomplis par le remplaçant puisque celui-ci est présumé compétent à la suite du contrôle de l'Ordre qui délivre une licence de remplacement. [2] La seule faute reprochable au médecin remplacé serait de mettre en péril la continuité des soins en quittant sa fonction sans veiller à la présence de son remplaçant. [3]

Après avoir suivi l'ensemble de cette formation, l'étudiant en médecine peut prétendre obtenir le diplôme d'Etat de docteur en médecine.

2°) L'obtention du diplôme

Ne peuvent demander à être autorisés à passer l'ultime épreuve du doctorat en médecine que les étudiants ayant terminé leur résidanat ou leur internat. [4]

Ce diplôme est un examen universitaire national délivré par un établissement public d'enseignement supérieur, une Faculté de médecine rattachée à une Université. Le diplôme de docteur en médecine est délivré à l'issue d'une soutenance de thèse devant un jury de quatre juges, présidée par un professeur de la Faculté de médecine. [5] Le doctorat est le vestige des hiérarchies universitaires médiévales dont il était le plus haut grade. La rédaction d'une thèse de médecine reste aujourd'hui le passage obligé pour pouvoir prétendre exercer la profession de médecin. Il faut néanmoins se demander si la thèse de médecine est toujours un travail de recherche, utile à l'avancement de la science, ou si elle est devenue une formalité, pour ne pas dire une mondanité universitaire.

Le diplôme d'Etat de docteur en médecine est délivré avec la qualification de médecine générale pour les résidents et avec le D.E.S. pour les internes. Il faut examiner la question de la valeur juridique du diplôme dans le temps (a), et observer comment un diplôme étranger peut permettre l'exercice de la médecine en France (b), car ces points conditionnent directememt la justification de l'activité médicale.

a) Le diplôme : un permis à validité permanente

La rapidité de péremption des connaissances scientifiques incline à penser qu'il n'est pas satisfaisant que le praticien ne soit évalué qu'une fois dans sa vie, à l'occasion de la délivrance du diplôme sanctionnant la formation initiale. Il existe un réel besoin de formation continue pour maintenir un niveau scientifique, et donc thérapeutique, acceptable aux médecins. Or, malgré les dispositions prévues par le Code de déontologie, "*Les médecins ont le devoir d'entretenir et de perfectionner leurs connaissances*" [6], il n'existe pas de formation continue médicale

---

[1] O.N.M., *Guide d'exercice professionnelle*, Masson 16ème éd° 1991, Tome 1, p.348.
[2] Art. L.359 al.1 et al.2 C.S.P. modifié par la loi n°91-73 du 18 janvier 1991.
[3] Cass.civ. 29 oct. 1963, Gaz.pal. 1964-2-124 : départ du médecin "à la sauvette" sans prévoir la surveillance des suites opératoires.
[4] Décret 7 avril 1988 précité.
[5] Décret n°84-177 du 2 mars 1984, relatif à l'obtention du doctorat en médecine.
[6] Art. 16 du Code de déontologie médicale, Décret n°79-506 du 28 juin 1979.

institutionnalisée en France. [1] La curiosité scientifique et la conscience des médecins ont pourtant suscité quelques initiatives originales en la matière. [2] Cela n'est ni suffisant, ni acceptable, dès lors que la société et le droit de la responsabilité attendent des médecins "*des soins non pas quelconques (...) mais conformes aux données acquises de la science*" [3]. La formule est corrigée aujourd'hui en "*données actuelles de la science*" [4] Ne faut-il pas constament que le médecin actualise ses connaissances et pour ne pas se contenter des données acquises... autrefois ?

La défaillance du système français de formation continue médicale ne saurait être comblée par le seul effort individuel des praticiens, et la bonne volonté des chefs de service. [5] L'Université doit s'impliquer fortement dans cette mission au moins aussi importante que la formation initiale des étudiants. "*Une des responsabilités essentielles de tout médecin, quel que soit son statut, est de se tenir en permanence au courant des derniers progrès scientifiques dans son domaine de compétence. Le rôle des universitaires médicaux est ici essentiel.*" [6]

Un défaut d'actualisation des connaissances peut entraîner engagement de responsabilité civile pour le médecin, et parfois, comme nous le verrons (infra la qualité de l'acte médical) une mise en jeu de sa responsabilité pénale pour négligence.

Il faut affirmer solennellement que le médecin n'a de pouvoir que parce qu'il est diplômé. Or, il n'est diplômé que parce qu'il est compétent au jour, et seulement au jour, de son diplôme. L'instauration d'une véritable formation continue est nécessaire si la société veut continuer à prétendre que le médecin tient ses pouvoirs de sa compétence scientifique et que celle ci se prolonge dans le temps.

Sur le plan juridique, la qualité - bonne ou mauvaise - de l'acte du médecin sera appréciée par référence aux données de la science au jour de l'acte. Le médecin est donc tenu de veiller à sa propre formation continue. Pour nous permettre une comparaison imagée : l'automobiliste passe un permis de conduire à points. Ses fautes entraînent un retrait de points. Le médecin obtient un diplôme, et pour ne pas être fautif, il lui faut constamment se mettre à jour, gagner des points qui maintiennent la valeur de son diplôme.

b) La reconnaissance des diplômes étrangers

Il convient de distinguer deux catégories d'étrangers. Pour les ressortissants diplômés dans la C.E.E., la consécration de la liberté d'installation à l'intérieur de la Communauté Economique Européenne a imposé à la France l'organisation d'un système d'équivalence des diplômes entre ressortissants des Etats membres. [7] La vérification préalable des titres est de la compétence de

---

[1] M.Louis René fait mention d'un ancien projet qui semble à ce jour abandonné : "Il y avait une initiative intéressante de l'Ordre qui pensait remettre au médecin un carnet à faire tamponner lors de séances de formation continue ; libre au praticien de le faire ou non mais, si à un moment quelconque un patient ou un organisme lui-demande des comptes, il est en mesure de prouver qu'il a participé à des séances de FMC agréées par la profession pour leur qualité.", RENE Louis Dr., *Il faudrait une pensée européenne en matière de morale médicale*, Le Médecin de France, 1991, n°642, p.5.

[2] Ainsi par exemple, les conférences de consensus d'initiatives individuelles, les séminaires sous l'égide d'associations ou de syndicats professionnels et surtout les dîners débats organisés par les laboratoires. "La formation continue des médecins a été longtemps uniquement effectuée par l'intermédiaire des laboratoires pharmaceutiques, (...) ou sous l'influence des visiteurs médicaux, (...). En tant que telle, l'Université a été longtemps cruellement absente de cette action indispensable." TERQUEM Jean, *Les médecins dans la société française*, précité, p.68.

[3] Cass.civ. 20 mai 1936, Gaz.pal.1936, 2, p.41.

[4] HARRICHAUX Michèle, *L'obligation du médecin de respecter les données de la science*, J.C.P. 1987-I-3306.

[5] Bonne volonté parfois absente : "Même interne, il faut se battre continuellement pour acquérir un peu plus que le strict minimum. On côtoie des patrons qui, pour la plupart, refusent de transmettre spontanément leur savoir. Si l'on veut se mettre au point en potassant les revues spécialisées ou en suivant des séminaires à l'extérieur de l'hôpital, il faut consentir à sacrifier ses loisirs et jongler avec des emplois du temps surchargés.", VALAT Philippe, *C'est pas une vie la vie d'interne*, in Rev.Autr.mars 1985, n°68, *Les médecins*, pp.71-72.

[6] De KERVASDOUE Jean, *Comment réduire le risque ?*, Le Monde 5 fév. 1993.

[7] Art. L.356-2 C.S.P. et liste des équivalences au diplôme français définie par arrêté conjoint du ministre de la Santé et du ministre chargé des Universités, arrêté du 31 juillet 1990 (J.O. 8 sept.1990) modifié par l'arrêté du 3 juillet 1991 (J.O. 10 juill. 1991) conformément à la directive du Conseil des Communautés européennes n°75-362 du 16 juin 1975 sur la reconnaissance mutuelle des diplômes, modifiée par la directive 93-16 du 5 avril 1993, visant à faciliter la libre circulation des médecins et la reconnaissance mutuelle de leurs diplômes, certificats et autres titres (JOCE 7 juill. 1993, D. 1993, législation, p.391).

l'Ordre des médecins. [1] La jurisprudence condamne pour exercice illégal de la médecine le praticien exerçant la médecine en vertu d'un titre ne figurant pas dans les textes réglementaires instituant l'équivalence. [2] Pour les ressortissants diplômés hors-C.E.E. [3], il existe quelques conventions internationales de reconnaissance des diplômes avec des pays amis de la France, ayant donné lieu à des textes réglementaires de coopération médicale. [4]

Il faut souligner l'importance de la procédure de reconnaissance des diplômes étrangers car elle influe directement sur le mécanisme de la justification pénale du médecin. Si, comme le pense la majorité de la doctrine, le médecin tient l'essentiel de ses pouvoirs dérogatoires au droit commun, de l'organisation légale de la profession médicale, il faut reconnaître que la reconnaissance du diplôme étranger constitue une extension du fait justificatif de permission de la loi par renvoi au texte étranger. Une norme extra-nationale contribue à justifier pénalement l'individu qui accomplit sur le territoire français une infraction punie ordinairement par le droit pénal national. Il s'agit alors d'un des rares cas d'acceptation d'une atteinte au principe de la souveraineté nationale en ce qui concerne la répression des infractions pénales parce que le droit étranger prolonge ses effets sur le territoire français. [5] La reconnaissance du titre étranger permet de rendre licite l'atteinte au corps humain que le Code pénal affirme illicite.

B) Le poids du diplôme

Le diplôme français d'Etat de docteur en médecine est un titre d'une grande valeur juridique puisqu'il permet à son titulaire de bénéficier du monopole de l'exercice légal de la médecine (1°), sans aucune limitation quant à l'aspect technique de l'activité médicale (2°). La spécialisation modifie toutefois les règles de responsabilité (3°).

1°) Le monopole officiel d'exercice individuel de la médecine

Lorsque l'Université attribue un diplôme de docteur en médecine, elle confère à son titulaire le droit d'exercer les fonctions de médecin. Elle lui transmet simultanément une parcelle de son monopole d'exercice exclusif de l'art médical, ce qui va permettre au nouveau diplômé de faire respecter sa qualité nouvelle vis-à-vis d'éventuels concurrents non-diplômés qui, eux, pourront être poursuivis pénalement pour exercice illégal de la médecine. Le diplôme crée un droit individuel d'exercice monopolistique de la médecine. Le docteur en médecine quitte le sein de l'*Alma-Mater* pour acquérir une indépendance scientifique, philosophique et professionnelle qui manquait cruellement à ses prédécesseurs du Moyen-âge. [6]

L'émancipation du jeune médecin diplômé vis-à-vis de l'Université n'est cependant pas totale. Être diplômé de l'Université montre que l'individu est un représentant de la médecine officielle, celle de la Faculté. Il apparaît comme le tenant d'une certaine médecine, celle que l'on enseigne publiquement, à qui on reproche parfois quelques vestiges de sectarisme doctrinal, voire

---

[1] Pour le refus d'inscription au tableau de l'Ordre du ressortissant français "Titulo de Licenciado en Medicina y Cirurgia" diplôme espagnol, cf. Décision du Conseil National de l'Ordre des médecins, 27 oct. 1990, B.O.N.M. déc. 1991, pp.188-189.

[2] Cass.crim. 20 mars 1978, Gaz.pal. 1978-2-353 note DOLL, au sujet d'un ressortissant belge titulaire d'un diplôme anglais de "Doctor of chiropractie" ne figurant pas sur la liste des diplômes équivalents au diplôme français.

[3] Décision de refus d'équivalence de la formation d'un médecin belge, diplômé en Roumanie, titulaire d'une reconnaissance allemande de ses titres "approbation als Arzt" cf. C.E. 25 fév. 1991, B.O.N.M. déc. 1992, pp.214-215. Refus d'inscription d'un ressortissant français titulaire d'un diplôme de l'université de Téhéran datant de 1965, Conseil national 13 avril 1991, B.O.N.M. déc. 1992, p.208.

[4] Tunisie (Ord. 23 oct. 1958), Maroc (Décret 28 mars 1960), ex-Indochine (Décret 9 avril 1960).

[5] L'atteinte est limitée quand la France contrôle seule l'octroi de l'équivalence (Etat hors-C.E.E.), mais elle est plus étendue lorsque l'équivalence résulte de normes européennes qui s'imposent à la France (directives et réglements).

[6] "Le médecin pouvait exercer en dehors de la faculté, mais celle-ci ne le gardait dans son sein qu'au prix d'une adhésion totale à ses décrets, valables urbi et orbi. P.Delaunay a bien insisté sur le fait que le diplôme doctoral ne donne aucun droit individuel à l'exercice de la médecine. Ce droit est collectif et le praticien ne vit que d'une vie empruntée à la faculté ou au collège dont il fait partie.", BEDEL Charles et HUARD Pierre, *Médecin et pharmacie au XVIII*ème *siècle*, Hermann 1986, p.179.

d'intolérance scientifique. [1] Le diplôme de docteur en médecine traduirait une adhésion aux doctrines scientifiques officielles à l'exclusion de toute "ouverture" hors des chemins balisés. [2] Le monopole de délivrance des diplômes confié par l'Etat à l'Université peut être regardé comme une garantie de la qualité de la formation, mais aussi comme un privilège [3] bénéficiant aux seuls partisans de la médecine officielle. [4] Ce privilège permettra au "vrai médecin" de combattre les "faux médecins" et de pourchasser ce concurrent non diplômé pour le faire exclure du domaine réservé à la médecine officielle, la médecine d'Etat. [5]

Sur le plan pénal, cela signifie que seuls les représentants de la médecine officielle pourront prétendre au bénéfice de la justification pénale des actes accomplis, contrairement aux autres thérapeutes qui seront rejetés doublement dans le camp des délinquants. Délinquant d'abord comme auteur du délit d'exercice illégal de la médecine, délinquant ensuite si dans leur activité ils attentent au corps ou à l'intégrité corporelle. [6]

2°) L'omnivalence du diplôme

Il convient d'aborder la question de la compétence médicale, non seulement pour dégager les grandes lignes qui concernent les prérogatives attribuées aux titulaires du diplôme de docteur en médecine, mais aussi pour observer si les différences de formation des diverses catégories de médecins réagissent sur leur compétence.

Le Code de déontologie médicale est très clair sur ce point : selon l'article 17 alinéa 1 du décret n°79-506 du 28 juin 1979, un médecin a le droit d'accomplir tous les actes médicaux : "*Tout médecin est habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. (...)*" Cette formule générale peut laisser croire qu'il n'existe aucun acte médical qu'un médecin ne soit autorisé à accomplir, ce qui serait attribuer à tout médecin une présomption absolue de compétence pour tous les actes médicaux possibles.

Or, le second alinéa de cet article 17 modère largement ce postulat : " *(...)Mais un médecin ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions, dans les domaines qui dépassent sa compétence ou ses possibilités.*" L'énoncé exprès de cette restriction conduit à reconnaître une présomption simple de compétence attribuée au médecin. Le diplôme donne au médecin une omnivalence qui n'est pas une omnicompétence (a).

---

[1] "Il existerait tout un arsenal thérapeutique dont les malades ne pourrait pas bénéficier du fait du barrage que dresserait une médecine officielle intransigeante et bornée. (...) Un argument fréquemment employé en faveur des médecines parallèles est que beaucoup de découvertes capitales ont été faites par des non-médecins. L'exemple le plus fameux est celui de Pasteur. Fleming qui a découvert la pénicilline était un chimiste, Waksman qui a découvert la streptomycine était un ingénieur agronome.", JUDET Jean Dr. et VILAIN Raymond Dr., *Le pouvoir médical*, Arthaud 1986, pp.198-199.

[2] Alors même que les Français interrogés individuellement par voie de sondage montrent une grande tolérance vis-à-vis des pratiques para-scientifiques voire pseudo-scientifiques. "pour les croyants jeunes et cultivés qui exercent le plus souvent des activités intellectuelles, il s'agit moins de refuser les acquis de la science institutionnelle que de prôner son ouverture à d'autres systèmes de pensée.", AUGEREAU Jean-François, *Les chemins détournés de la science*, Le Monde, 17 fév. 1993, p.14.

[3] Certains attaquent violemment le privilège du monopole : "La colonisation médicale de la vie quotidienne aliène les moyens de soins. Le monopole professionnel sur le savoir scientifique empêche son partage.", ILLICH Ivan, *Némésis médicale*, 1975, Points-Seuil 2ème éd° 1981, p.9.

[4] Le phénomène est aggravé par l'obligation de soumission scientifique à l'Ordre. "De fait, les promoteurs de méthodes nouvelles, principalement dans le domaine médical, risquent fréquemment de se heurter à la défiance, sinon à l'hostilité de leurs confrères, et à une attitude d'incompréhension de la part des ordres professionnels qui seraient tentés de sanctionner les novateurs ce qui ne pourrait d'autre part, de toute évidence, que freiner les progrès dans la profession", PUISOYE Jacques, *Le pouvoir disciplinaire des ordres professionnels*, S.1963, p.40.

[5] L'histoire montre quantités d'illustrations de l'affrontement de la médecine officielle avec toute autre forme de thérapie. Au 18ème siècle les chirurgiens furent à ce titre les victimes de l'ostracisme des médecins dont ils ne faisaient pas partie : "On lui a signifié sa non-appartenance à l'univers des médecins dont il se croyait, humble sous-ordre, un membre néanmoins. Pour lui, la médecine, c'était savoir guérir. Il en était. Impitoyables, les maîtres lui ont répondu : c'est savoir dire. (...) il faut noter un trait constant de la stratégie médicale envers ceux à qui elle disputait le terrain: assimiler toute espèce d'action thérapeutique qu'elle ne contrôlait pas entièrement à un charlatanisme.", PETER Jean-Pierre, *Quiconque n'est pas docteur n'est-il qu'un charlatan ?*, in *Panseurs de douleurs*, Rev.Autr., *les médecines populaires,* série mutations n°9, livre de poche 1992, p.235.

[6] Sauf rares exceptions dues à l'urgence et la nécessité cf. infra 2ème Partie, Titre 3, p. 485 et s.

Cette omnivalence pourrait être limitée par une meilleure prise en compte de la spécialisation médicale (b).

a) L'omnivalence : rejet de l'omnicompétence

L'omnivalence, c'est la possibilité pour le titulaire du diplôme d'accomplir tous les actes médicaux. Le diplome "vaut" pour tous les actes. Il n'y a pas, à la différence de ce qui est prévu pour les professions paramédicales, de listes d'actes autorisés selon les diplômes détenus.

Mais cette omnivalence est limitée par référence à la compétence : le médecin ne saurait s'estimer omnicompétent sans prendre de sérieux risques juridiques.

Il faut insister sur cette notion d'omnivalence du diplôme de docteur en médecine dans la mesure où elle pèse sur l'ensemble du système de responsabilité médicale en droit français. Le diplôme conférant à son titulaire le droit d'exercer l'art médical et par conséquent de pratiquer tous les actes médicaux, on peut parler d'omnivalence du diplôme. [1] La conséquence essentielle qui découle de cette omnivalence est qu'on ne peut reprocher au docteur en médecine d'exercer illégalement tel ou tel acte de l'art médical. [2] Il n'y a pas, en droit, d'acte médical illégal commis par un médecin, au sens où il n'existe pas d'actes médicaux réservés à telle ou telle catégorie de médecins. Il n'y a, en droit français, que deux catégories de thérapeutes : les médecins, qui exercent légalement, et les non-médecins qui exercent illégalement. Il n'y a pas, en particulier, de distinction entre généraliste et spécialiste, ou de distinction entre praticien hospitalier et médecin exerçant en activité libérale. Et chaque médecin bénéficie, a priori, d'une présomption simple de compétence en raison de l'omnivalence de son diplôme.

L'Ordre National des Médecins reste attaché à cette omnivalence et prône une non-discrimination entre les médecins: "*Le diplôme de docteur en médecine confère le droit d'exercer la médecine et par conséquent de pratiquer tous les actes médicaux. (...) En droit, il n'y a pas d'actes réservés réglementairement aux spécialistes. Il existe seulement, pour certains actes, un remboursement différencié par la Sécurité sociale. En conscience, c'est une faute de sortir de ses compétences. Mais il n'est pas nécessaire d'être officiellement spécialiste pour exécuter un acte ou se charger d'un traitement dont on a la capacité.*" [3]

L'omnivalence reste le dogme officiel. L'Ordre des médecins veille à resserrer les rangs chaque fois qu'un auteur ose douter de l'unité de la profession médicale en raison de la spécialisation. "*Par la force des choses et l'évolution des techniques, la médecine est amenée à se compartimenter (...) Malgré ces divisions apparentes, la médecine est une, son éthique est une, parce qu'elle a pour objet l'être humain, l'individu, et parce que le médecin, quel que soit son mode d'exercice, a la responsabilité personnelle des décisions qu'il doit prendre et des actes qu'il pratique. Ce qui réunit les diverses catégories de médecins est beaucoup plus important que ce qui pourrait les séparer.*" [4]

Mais il faut préciser que cette omnivalence n'entraîne pas une omnipotence, car si le médecin dépasse ses compétences, il peut engager sa responsabilité. Il n'est malheureusement pas rare de rencontrer des situations contentieuses où manifestement un médecin a outrepassé ses connaissances ou ses capacités scientifiques. Le dépassement constitue alors une faute d'imprudence.

---

1 "Il n'existe pas de limitation légale au droit que possède tout médecin remplissant les conditions d'accès à la profession médicale de mettre en œuvre tout procédé d'investigation ou de diagnostic ou de prescrire tout moyen de traitement. L'Ordre des médecins n'admet pas qu'un monopole d'exercice soit donné dans telle ou telle discipline à des médecins du fait qu'ils ont été qualifiés spécialistes dans cette discipline. Tout médecin peut donc exercer toute branche de la médecine.", PENNEAU Jean, J.-Cl.pénal, précité, n°72.

2 Sauf violation d'autres conditions impératives pour l'exercice de la médecine.

3 O.N.M., *Commentaires du Code de déontologie médicale*, 1987, p.61.

4 O.N.M., *Guide d'exercice professionnelle*, précité, p.18.

Elle peut être retenue sur le plan disciplinaire. "*Considérant que la gravité du cas devrait amener le Docteur C... praticien de médecine générale, à ne pas se livrer lui-même, sans information suffisante, à des initiatives qui pouvaient avoir des conséquences fâcheuses sur l'état du malade ; que c'est à tort qu'il a pris dans ces conditions la décision de provoquer l'accouchement ; qu'ainsi il a commis une faute qui appelle l'application d'une sanction disciplinaire.*" [1] Cette faute peut également engager la responsabilité civile contractuelle. [2]

Sur le plan pénal, l'ignorance professionnelle constitue la faute d'imprudence au sens donné à ce terme à propos des infractions d'homicide ou de violences involontaires. Une juridiction a même pu, dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve, condamner un médecin fautif à suivre un enseignement post-universitaire en raison des risques encourus pour la santé publique ! [3]

Il peut y avoir dépassement de compétence sur le plan scientifique. "*La compétence professionnelle est la première obligation morale du médecin. Un médecin ignorant est forcément un médecin malhonnête. Mais personne ne sait tout. Le médecin a la responsabilité d'apprécier les limites de sa compétence, de discerner le moment où il doit demander conseil ou adresser son malade au spécialiste, au consultant, au service hospitalier, qui conviennent. Le médecin, qui a légalement le droit de tout faire, serait très imprudent de s'aventurer dans des pratiques qu'il connaît mal.*". [4] Il paraît logique et prudent de mettre en garde les médecins contre l'autosuffisance et les excès d'orgueil qui pourraient leur laisser penser, à l'occasion, qu'ils sont omniscients. L'illusion de la connaissance est parfois plus dangereuse que la conscience de l'ignorance. "*Notre métier ressemble à une carte de l'Afrique au siècle dernier. A peine vous éloignez-vous des côtes, les zones inexplorées se multiplient, remarque le professeur Escande. Nous donnons l'illusion de la connaissance... et nous ne la possédons pas !*" [5] Chaque être humain ayant ses limites, tant sur le plan intellectuel que physique, il est heureux que l'on ait rappelé aux médecins que la lucidité sur les limites de leurs propres capacités est un des ferments de la sagesse.

Ainsi, bien que l'évolution des sciences tende inexorablement vers la notion de spécialisation [6], la législation ne distingue pas les médecins selon leur formation spécialisée. Il faut et il suffit d'être docteur en médecine pour exercer la médecine.

Tous les auteurs ne sont pas d'accord avec cette "théorie de l'omnivalence du diplôme". Certains affirment qu'il existe officieusement plusieurs catégories de médecins en fonction de leur cursus. "*(...) le cloisonnement des disciplines médicales, dont la rigidité a pris une ampleur inégalée. La médecine moderne est un univers dans lequel chacun ignore la spécialité de son confrère, évolue dans sa sphère, poursuit obsessionnellement une parcelle de vérité qui laisse indifférent le voisin.*" [7] "*Qu'on le veuille ou non, existent bel et bien deux catégories très distinctes de médecins, les généralistes et les spécialistes, et ainsi donc le dogme de l'unicité du diplôme de*

---

1 Conseil national de L'Ordre des médecins, (Sec°disc.), 4 avril 1973, cité par MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, jurisprudence française, T.4, Litec 1985, p.44.

2 "Cette faute de Q... consiste avant tout à ne pas avoir fait appel à un véritable spécialiste d'obstétrique, qu'il était en particulier facile de trouver à R..., (...), ce manquement résulte en définitive avant tout pour X... du fait d'avoir accepté de pratiquer une intervention pour laquelle il n'était pas qualifié, et, pour tous deux, de n'avoir pas fait appel à un véritable spécialiste.", Amiens 15 fév. 1962, Gaz.pal. 1962, p.262, pourvoi rejeté par Cass.civ. 9 juill. 1963, R.T.D.civ.1964, p.309, obs.TUNC, "Le docteur X... n'était pas qualifié pour procéder à une intervention de cette nature et que, le cas ne présentant aucune urgence, il aurait dû faire appel à un chirurgien qualifié, qui aurait certainement apporté plus de garantie à la patiente.", T.G.I. Seine, 31 mai 1960, Gaz.pal.1960, p.106.

3 C.A. Caen 17 mai 1989, Jurisdata n°044282. La condamnation à 18 mois d'emprisonnement est assortie du sursis avec mise à l'épreuve. Pour la juridiction, l'épreuve la plus adaptée en cas "de faute d'incompétence" est l'obligation de réactualiser ses connaissances. Les lacunes du système français de formation continue font malheureusement craindre qu'il ne soit pas possible de contrôler le respect d'une telle épreuve.

4 VILLEY Raymond, *Déontologie médicale*, Masson 1982, p.33.

5 GREILSAMER Laurent et SCHNEIDERMANNN Daniel, *Le silence des médecins*, Le Monde 16 fév. 1993, p.13.

6 Ce que l'on peut regretter mais pas nier : "L'éminence même d'un spécialiste le rend plus dangereux (...) La science ne peut pas progresser sans eux. Mais l'application à l'homme du résultat de leurs efforts demande la synthèse préalable des données éparses de l'analyse.", CARREL Alexis, *L'homme cet inconnu*, 1ère éd° 1935, Plon 1967, p.83.

7 GREILSAMER Laurent et SCHNEIDERMANNN Daniel, *Le silence des médecins*, précité, p.13

docteur en médecine devient un mythe. (...) Tel chirurgien qui est amputé accidentellement d'un pouce, ne peut plus devenir médecin de campagne sans formalités et recyclage." [1]

b) La spécialisation : un super-diplôme qui tait son nom

La reconnaissance professionnelles des spécialités médicales (α) a entraîné une considération judiciaire particulière pour les praticiens spécialisés (β).

(α) La reconnaissance des spécialisations

Les spécialités sont des formations particulières postérieures au diplôme de doctorat, reconnues comme telles par l'Ordre des médecins. *"La qualification aux yeux de l'Ordre n'est pas simplement l'établissement d'une liste de médecins pouvant bénéficier d'un régime spécial, particulièrement vis-à-vis de la sécurité sociale ; c'est surtout la légitimation aux yeux du public comme des confrères, de qualités acquises et de connaissances obtenues par une formation spéciale."* [2]

L'évolution des connaissances scientifiques suscite régulièrement la création de nouvelles spécialités dont la définition repose entièrement sur la décision de l'institution ordinale suivie d'une publication au Journal Officiel. *"Le Conseil de l'Ordre est habile à qualifier les médecins spécialistes exerçant à titre exclusif un certain nombre de disciplines et à reconnaître des compétences. Sont considérées uniquement comme compétences une quinzaine d'activités médicales (allergologie, médecine légale, etc...), une dizaine d'activités chirurgicales ou parachirurgicales (anatomie pathologique, entre autres)."* [3] Certaines disciplines doivent attendre plusieurs dizaines d'années pour être reconnues. Ainsi en a-t-il été de la chirurgie esthétique, par exemple, réglementée tardivement en 1988. [4]

"Plus de 40 disciplines sont actuellement reconnues par l'Ordre national des Médecins. Des commissions de qualifications existent pour chaque discipline. Sur le total des médecins, plus de 50% sont des spécialistes." [5]

L'obtention du diplôme de spécialité fait l'objet d'une protection en vertu de la transparence des titres universitaires obtenus par les différents médecins. [6] Leurs ordonnances et plaques professionnelles ne peuvent spécifier que les qualifications reconnues par l'Ordre National des Médecins avec l'approbation du Ministre chargé de la santé. [7] Mais l'intérêt de la notion de spécialisation dépasse largement les problèmes de tarification des actes et de concurrence confraternelle [8], la spécialisation induit une différence de regard de la société sur les médecins.

---

1 TERQUEM Jean, *Les médecins dans la société française*, précité, p.54

2 PENNEAU Jean, J.-Cl.Pénal, précité, n°73.

3 TERQUEM Jean, *Les médecins dans la société française*, précité, p.73

4 "Il aura fallu plus de 35 ans pour que les textes administratifs, l'enseignement hospitalo-universitaire, la reconnaissance ordinale, se mettent à l'unisson et en accord avec la pratique réelle de cette discipline chirurgicale.", ROUGE D., ARBUS L. et COSTAGLIOLA M., *Responsabilité médicale, de la chirurgie à l'esthétique*, précité, p.92, D.E.S. de chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique (J.O. 7 mai 1988).

5 LAZORTHES Guy, *L'homme, la médecine et le médecin*, précité, p.212. Au 1-1-1990 "Total des médecins spécialistes et compétents 97369.", QUID Robert Laffont 1991, p.1435. Les qualifications actuelles reposent sur l'arrêté du 16 octobre 1989 (J.O. 20 oct. 1989) modifié par l'arrêté du 5 juin 1990 (J.O. 30 juin 1990) approuvant le règlement relatif à la qualification des médecins, établi par le Conseil national de l'Ordre en application du Code de déontologie.

6 Pour une utilisation illicite du titre de chirurgien esthétique par un O.R.L.: Cf. Sec°disc., 19 déc. 1991 (15 jours de suspension), B.O.N.M. déc. 1992, p.179.

7 Art.67 et 68 du décret du 28 juin 1979, précité.

8 Sur le plan de la législation sociale il existe visiblement une notion d'exercice exclusif de la spécialité qui interdit au spécialiste de pratiquer la médecine générale. "Considérant qu'aux termes de l'article 1er de l'arrêté du 15 mai 1961 relatif à la qualification des médecins spécialistes au regard de la législation de la sécurité sociale : «Sont considérés comme médecins spécialistes qualifiés au regard de la législation sociale, à la condition qu'ils exercent exclusivement la discipline pour laquelle ils ont été qualifiés »(...)", Décision de la section des assurances sociales de l'Ordre du 12 septembre 1991, condamnant un rhumatologue à 3 semaines

Dans la mesure où la délivrance du diplôme de spécialisation implique reconnaissance de compétence par les instances ordinales, cela permet, sur le plan juridique, d'en déduire une présomption de compétence particuliere en ce domaine. A priori, le médecin spécialisé sera présumv avoir agi dans la limite de sa compétence s'il est intervenu dans son domaine d'activité spécialisé. Mais, a contrario, cela peut entrainer deux conséquences :

- le médecin non-titulaire du diplôme de spécialisation ne sera-t-il pas plus facilement considéré comme fautif ?
- le titulaire du diplôme de spécialisation ne sera-t-il pas regardé plus facilement comme coupable s'il vchoue dans son domaine de prédilection ?

(β) La prise en compte judiciaire de la spécialisation

La jurisprudence comporte peu de contentieux relatif à un dépassement de compétence scientifique par un médecin. Il faut constater que dans leur immense majorité, les médecins font preuve de prudence et de mesure dans leur action en ne présumant pas de leur compétence. "*Le diplôme de docteur en médecine donne théoriquement en France toutes les possibilités thérapeutiques à ceux qui le possèdent. En pratique, rares sont ceux qui se hasardent hors de leur spécialité et au-delà de leurs possibilités*". [1]

Il se trouve pourtant des médecins qui songent par curiosité ou par intérêt financier à se lancer dans des actes pour lesquels ils ne sont manifestement pas formés.

Ainsi par exemple, l'entrée en vigueur de la loi de 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse (I.V.G.) suscita quelques vocations parfois étonnantes. Pour pratiquer des I.V.G. : "*on vit alors se présenter les candidatures de confrères issus de nombreux horizons : psychiatres, néphrologues, biologistes, etc... qui sous couvert de générosité ou de militantisme d'ailleurs parfois intriqués, venaient satisfaire un certain voyeurisme inassouvi dans leur spécialité d'origine.*" [2] Espérons qu'en voulant lutter contre les avortements clandestins, le législateur de l'époque n'a pas favorisé des avortements d'amateur...[3]

De même, le lucre et la recherche du profit facile expliquent certainement l'engouement de certains médecins pour le culte du beau. Le développement de la chirurgie esthétique et des méthodes d'amaigrissement sont des marchés que la compétence ne régule pas totalement. [4] La justice a parfois eu à connaître d'actes médicaux accomplis en toute incompétence par un médecin promettant la beauté sans maîtriser les aléas de la technique. [5]

Il ne s'agit pourtant que d'une appréciation de la faute, d'un jugement rendu a posteriori, *in concreto*. Aucune règle n'interdit au médecin diplômé de tenter l'acte pour lequel il n'est pas compétent. Il ne sera jugé sur sa compétence qu'après l'action : au résultat. Alors même que l'on sait que certaines opérations nécessitent des compétences particulières, il n'y a aucun moyen juridique d'empêcher celui qui est incompétent de "pratiquer son incompétence". L'Ordre utilise parfois une

---

d'interdiction du droit de donner des soins aux assurés sociaux pour avoir pratiqué la médecine générale. B.O.N.M. déc. 1992, pp.192-193.

[1] JUDET Jean Dr et VILAIN Raymond Dr, *Le pouvoir médical*, précité, p.216

[2] SOUTOUL J.H., *Les partisans de l'avortement, profil de l'avorteur*, in *Conséquence d'une loi. Avortement an II*, éd° La Table Ronde, 1977, p.154. L'auteur rajoute, des internes, des généralistes avides de clientèle, des frustrés d'une carrière universitaire, des opportunistes, des pervers etc...

[3] Sec°disc. 21 fév. 1991, I.V.G. pratiquée au cabinet du médecin en violation des obligations légales et déontologiques (3 mois de suspension), B.O.N.M. déc. 1992, p.177

[4] Cf. Condamnation à un blâme d'un médecin ayant prescrit deux produits dangereux (amfépramone et méprobamate), susceptibles d'entraîner des troubles psychotiques graves, dans le seul but de faire diminuer un excès de poids. Sec°disc. 29 juin 1988, B.O.N.M. juin 1989 p.13.

[5] T.G.I. Paris 3 avril 1968, Gaz.pal.1969, 1, som.17. Médecin pratiquant la résection du muscle frontal pour supprimer les rides, méthode on ne peut plus radicale!

voie indirecte pour sanctionner l'incompétence en arguant du défaut de local et de moyens techniques assurant la sécurité. [1]

Sur le plan juridique reste à caractériser la faute : "*On ne doit jamais faire courir au malade un risque en dépassant sa compétence. Cette règle s'applique parfaitement à la chirurgie esthétique et on conçoit qu'il est nécessaire que l'opérateur soit d'abord médecin, puis chirurgien, et enfin chirurgien plasticien pour pouvoir donner à son patient toutes les garanties de sécurité en matière de compétence. (...) Quoiqu'il en soit, il y a en France omnivalence du Diplôme de Docteur en médecine, ce qui permet de donner des soins à quiconque est malade.*" [2] Le spécialiste voit toutefois sa responsabilité être renforcée.

3°) La responsabilité renforcée du spécialiste

Il convient de prôner une double démarche juridique de reconnaissance de la spécialisation qui existe dans la réalité médicale : d'abord il faut apprécier plus strictement l'acte du spécialiste (a), et il faut ensuite plaider pour l'instauration d'une compétence réservée, niant donc l'omnivalence du diplôme "ordinaire" (b).

a) La comparaison des fautes du spécialiste et du généraliste

La doctrine juridique n'hésite pas à distinguer les médecins en fonction de leur spécialisation pour préconiser une plus ou moins grande indulgence envers leur comportement. [3] Une erreur n'est pas admissible de la part d'un "*spécialiste du cœur, des yeux, ou des poumons, qui serait excusable de la part d'un praticien «de médecine générale», simple «spécialiste de la médecine».*" [4] Cela se traduit sur le plan civil par l'alourdissement des obligations contractuelles à la charge du praticien spécialiste. "*C'est pour le meilleur service du malade que des spécialisations médicales sont établies, de sorte que la responsabilité civile envers le malade, de ceux qui méconnaissent ces spécialisations est la manière la plus naturelle de les sanctionner.*" [5] Ce raisonnement peut être extrapolé à la responsabilité pénale qui vise plus naturellement à sanctionner les fautes qu'à réparer les dommages.

La jurisprudence ne manque pas de relever les fautes des spécialistes et d'exiger d'eux une plus grande prudence qu'elle ne le requiert des généralistes. Il n'est pas rare de trouver dans les décisions des juridictions des mentions de la qualité de spécialiste pour apprécier plus sévèrement la notion de faute. "*S'agissant d'un spécialiste, cette inattention (...) constituait une faute*".[6] "*Le Dr M. n'a pas dispensé les soins attentifs que celui-ci était en droit d'attendre d'un spécialiste.*" [7] La spécialisation augmente la présomption de compétence qui pèse sur le soignant et le degré de sécurité que peut espérer le soigné. Ces formules montrent le régime particulier de responsabilité du spécialiste par rapport à celui du généraliste.

Cette constatation s'explique par le mode d'appréciation *in concreto* employé par la jurisprudence, qui compare le comportement poursuivi, non pas avec celui d'un médecin moyen, mais avec celui d'un médecin spécialiste qui aurait la même qualification. La différence de point de comparaison nous incline à penser qu'il y a deux médecines et non une seule. La médecine générale des omni-praticiens, simplement diplômés et juridiquement responsables selon le droit commun, et

---

1 Sec°disc. 16 mai 1991, 3 mois de suspension pour un oto-rhino-laryngologiste pratiquant des actes de chirurgie esthétique "à son cabinet dans un local de 2 mètres sur 2 mètres 10, sans disposer d'une installation conforme", B.O.N.M. déc. 1992, p.174.

2 ROUGE D., ARBUS L. et COSTAGLIOLA M., *Responsabilité médicale, de la chirurgie à l'esthétique*, précité, p.113.

3 "La faute d'un spécialiste s'apprécie plus sévèrement que la faute d'un non-spécialiste, car il doit à ses malades des compétences plus larges.", HARICHAUX-RAMU Michèle, J.-Cl.Civil, V° *Santé*, fasc.440-1, 1984, n°42.

4 MAZEAUD H. et L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T.1, n°511, note 3 ter.

5 SAVATIER R., note sous Paris 23 nov. 1959, J.C.P. 1960-II-11460.

6 Cass.civ. 14 nov. 1966, Bull.civ. n°505 : perforation de l'œsophage par un oto-rhino-laryngologiste.

7 Cass.civ. 18 mars 1969, Bull.civ. n°117.

la médecine spécialisée, des mono-praticiens spécialistes, "super-responsables". "*Le degré de diligence exigé du professionnel croît avec le degré de sa spécialisation.*" [1] Ce système est logique dès lors qu'il reste fondé sur une présomption de compétence liée au diplôme. La spécialisation augmente la compétence donc la responsabilité.

Mais il y a alors une forte contradiction à vouloir analyser plus sévèrement la responsabilité du spécialiste en raison de la présomption presque absolue de compétence que lui confère sa formation et l'absence de prévention de l'incompétence due à l'omnivalence du diplôme. Il faut alors préconiser une fragmentation des compétences.

b) Plaidoyer pour un "super-diplôme"

La cohérence oblige à penser que la responsabilité augmentée doit être le pendant d'une compétence reconnue et donc limitée. Si l'on veut être plus exigeant avec le spécialiste, il faut corrélativement lui réserver l'accomplissement des actes spécialisés. L'omnivalence du diplôme est une fiction scientifique et juridique qui doit disparaître au profit d'une plus grande transparence. En supprimant l'hypocrisie de l'omnivalence et donc de l'omni-compétence, il est possible d'intervenir a priori. Il faut définir les règles d'accès aux spécialités, ce qui est pratiquement fait, et prohiber l'exercice illégal d'une spécialité sous peine de sanction.

Nous préconisons la création d'une incrimination nouvelle, l'exercice illégal de la profession de spécialiste. Cette faute pourrait être une infraction d'habitude [2], ce qui préserverait le médecin pratiquant exceptionnellement un acte hors compétence mais permettrait de sanctionner l'incompétent habituel. Il faudrait également réserver les cas de l'urgence qui permet déjà aujourd'hui des dérogations aux règles de compétence. [3]

Le droit pénal et/ou disciplinaire doit aider à clarifier les rôles et les limites de chacun. Pourquoi ne pas créer un "permis de soigner" différencié selon la spécialité des actes de soins et reconnaître que certains domaines nécessitent une formation adéquate ? Le recours au droit pénal n'est pas indispensable, et la voie disciplinaire pourrait être exploitée ; d'autant que l'Ordre des médecins est l'institution compétente pour définir le contenu des différentes spécialisations. La création d'une incrimination nouvelle sanctionnerait l'incompétence prouvée mais aussi tentée. Le droit augmenterait la sécurité des soignés et par conséquent l'image et la crédibilité des soignants.

"*La spécialisation faite d'une instrumentation et d'une habileté technique particulières donne au médecin plus de capacité, plus d'efficacité et au malade plus de sécurité.*" [4] Cette constatation scientifique doit trouver un prolongement juridique, parce que la sécurité du malade ne relève pas uniquement de la mission ordinale.

§2) La condition d'inscription à l'Ordre : le contrôle permanent de l'appartenance au corps médical officiel

Aucun médecin ne peut aujourd'hui exercer son activité professionnelle sans tenir compte de règles d'organisation propres à l'ensemble du corps dont il est membre, car : "*Il est institué un Ordre national des médecins groupant obligatoirement tous les médecins habilités à exercer leur art en France.*" [5] Le diplôme seul n'est pas un titre suffisant pour pouvoir pratiquer la médecine en toute liberté, il faut remplir une autre condition : l'inscription à l'Ordre. Le danger que constituerait

---

1 DORSNER-DOLIVET Annick, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, Paris L.G.D.J. 1986, n°286, p.246.

2 Infraction nécessitant la répétition de plusieurs actes pour être réalisée.

3 Sur ce point cf. infra 2ème partie, Titre 3.

4 LAZORTHES Guy, *L'homme, la médecine et le médecin*, précité, p.212.

5 Art.L.381 C.S.P.

l'essaimage anarchique des diplômés a suscité la création d'institutions professionnelles dont le but principal reste le contrôle de l'activité des praticiens de l'art médical.

Si nul ne conteste l'importance et la nécessité d'une harmonie et d'un contrôle de la formation et des études médicales, nombreux sont ceux qui critiquent l'instauration de cet Ordre professionnel. [1] Sans vouloir développer les polémiques concernant la création, le fonctionnement et l'avenir de l'Ordre national des médecins, il nous semble important de rappeler qu'une suspicion permanente plane sur cette institution en raison de son origine en France. "*C'est le 7 octobre 1940 que le gouvernement de Vichy institua le premier ordre des médecins, ce qui était en harmonie avec la philosophie corporatiste.*" [2] S'il faut a priori se méfier des institutions et décisions émanées de ce régime de Vichy, il faut nuancer ici.

D'abord, il est faux d'attribuer au gouvernement de Vichy la paternité de l'idée d'institution professionnelle. De nombreuses autorités réclamaient depuis bien longtemps l'instauration d'un ordre professionnel comparable à celui des avocats. [3] Les échecs successifs des tentatives de création s'expliquent par la forte influence des syndicats et associations de médecins qui contribuait à fédérer et à moraliser la profession. Le monde médical n'était pas laissé en "jachère" du fait de l'absence d'un Ordre des médecins. La réforme fondamentale consista à rendre obligatoire l'adhésion à ce nouvel organe professionnel à la différence du système antérieur dans lequel toute affiliation reposait sur le volontariat.

Mais surtout, même créé par le gouvernement de Vichy, l'Ordre s'en est immédiatement démarqué. Les membres ont fait preuve de haute moralité. Les témoignages de l'époque montrent un grand sens de la responsabilité de l'ensemble du corps médical et des hautes instances décisionnaires en particulier. [4]

Aussi, après quelques modifications liées aux événements historiques et politiques, le principe même de l'existence juridique d'un Ordre des médecins fut confirmé à la Libération. [5]

Depuis 1945, l'institution n'a pas été abandonnée malgré de nombreuses critiques [6] et diverses contestations. [7] L'idée d'une possible réforme continue de perdurer [8], sans réellement remettre en cause le principe d'un Ordre des médecins.

---

1 ALFANDARI E., *Faut-il, au nom des droits de l'homme, supprimer l'ordre des médecins ?*, R.T.D.Soc.1977, p.1.

2 MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, p.107.

3 Vote de la chambre des pairs, 1845, 1847, BUFLET 1892, BARTHOU 1898, projet de loi chambre des députés, 1923, 1928, 1932, sénat 1935, APPLETON et SALAMA 1931, etc..., cités par MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, p.107. projet approuvé par Louis BARTHOU, ministre de l'intérieur en 1898, projet soutenu par Louis LOUCHEUR, ministre du travail en 1931, TERQUEM Jean, *Les médecins dans la société française*, précité, p.37.

4 "Le comité médical de la Résistance fit un effort pour pénétrer dans les organismes professionnels et y développer la résistance. L'ordre des médecins était présidé par le professeur PORTES. Celui-ci, courageusement, rappelait à chaque médecin son devoir, notamment l'obéissance absolue au secret professionnel que la police allemande nous ordonnait de violer. (...) Nous avons enfin exploité la crainte des épidémies car le service de santé de l'armée d'occupation avait à cet égard de grands soucis. Officiers et soldats redoutaient la contagion tuberculeuse. Nous profitions de leur peur pour mettre à l'abri certains prétendus malades.", DEBRE Robert, *L'honneur de vivre*, Hermann-Stock 1974, p.240.

5 "La première institution modifiée par la loi du 10 septembre 1942, intervint en France métropolitaine jusqu'au 11 décembre 1944, après avoir été dissoute - et immédiatement reconstituée sur d'autres bases - par un décret du 18 octobre 1943 du Comité français de libération nationale, siégeant en Alger. L'ordonnance du 24 septembre 1945, co-signée par le général de Gaulle, et le ministre de la santé Billoux, réalisa la reconstitution de l'Ordre.", MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, p.107.

6 De nombreux détracteurs de l'Ordre ont tenté sans succès de faire admettre en justice que l'obligation de s'affilier à l'Ordre était contraire aux droits de l'homme, aux conventions internationales, aux libertés publiques élémentaires concernant la liberté d'association et la liberté de pensée. cf. C.E. 13 ami 1974, R.T.D.Soc. 1975, p.34, concl. BRAIBANT; Cour européenne des droits de l'homme, 27 mai 1981, R.T.D.Soc. 1982, p.57, note DUBOUIS; Cass.civ. 26 avril 1983, 2 arrêts, R.T.D.Soc. 1984, p.49 note DUBOUIS; voir aussi *L'ordre des médecins, la convention européenne des droits de l'homme et le pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Gaz.pal. 1983, p.600, note DORSNER-DOLIVET et SCEMAMA.

7 Cf. proposition de loi n°1472, de MM. Mitterand, Defferre et Gau, "tendant à la suppression de l'Ordre des médecins", R.T.D.Soc.1977, p.10, "Les contestataires faisaient valoir que le rôle administratif de l'Ordre pouvait sans difficultés être rempli par l'Administration, que ses rôles éthiques et disciplinaires étaient dévoyés par ses conceptions conservatrices et son recrutement favorable aux notables et aux «bien-pensants».", TERQUEM Jean, *Les médecins dans la société française*, précité, p.38.

8 Proposition de loi "relative à l'organisation de la profession de médecin", Ass.Nat. 18 sept. 1991, Doc. n°2239, Projet de loi "relatif aux professions de santé", Ass.Nat. 16 oct. 1991, Doc. n°2280.

La mission de cet Ordre professionnel est définie par le Code de la Santé Publique : "*L'Ordre des médecins veille au maintien des principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine et à l'observation, par tous ses membres, des devoirs professionnels, ainsi que des règles édictées par le Code de déontologie.*" [1] L'appartenance au corps médical est l'objet d'un contrôle initial par la procédure de l'inscription au tableau de l'Ordre (A). Une fois inscrit, le médecin peut être exclu du corps médical par une décision d'éviction (B).

A) L'inscription au tableau: une autorisation d'exercer

L'article L. 356 C.s.p. impose pour l'exercice de la médecine en France une inscription au tableau de l'Ordre. [2] Cette formalité obligatoire impose à tout titulaire du diplôme de docteur en médecine de solliciter son "entrée" dans le corps médical et d'obtenir la reconnaissance de ses pairs pour pouvoir exercer la médecine.

La procédure et le régime juridique de l'inscription résultent du Code de la santé publique. [3] Le médecin qui souhaite s'installer professionnellement sur le territoire français doit demander au Conseil départemental de l'Ordre son inscription au tableau départemental. [4] Le Conseil départemental de l'Ordre statue sur la demande d'inscription après une phase d'instruction du dossier qui ne peut dépasser trois mois. [5] La décision du Conseil départemental peut faire l'objet d'un recours administratif (appelé parfois abusivement appel) devant le Conseil régional. La décision du Conseil régional est susceptible d'appel devant la section disciplinaire du Conseil national. La décision du Conseil national est un acte administratif non-juridictionnel qui peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. "*Le juge administratif n'exerce sur la décision qu'un contrôle minimum, l'acte n'étant censuré que s'il repose sur des faits matériellement inexacts ou une erreur de droit ou encore s'il est entaché de détournement de pouvoir ou d'erreur manifeste d'appréciation.*" [6]

Quelle est la valeur symbolique et la portée juridique de cette obligation légale, notamment en ce qui concerne la responsabilité pénale ?

La notion même d'Ordre national des médecins est incontestablement empreinte d'un certain corporatisme. Il découle de là que l'obligation pour tout médecin de solliciter et d'obtenir son inscription est une sorte de cooptation en même temps qu'une "entrée dans le sérail." Des esprits caustiques prompts à fustiger la notion de caste ne manquent pas d'attaquer le principe d'un contrôle par les pairs, qui dénature la nature libérale de l'art médical par une parodie d'initiation remplaçant les rituels initiatiques par une sorte "d'adoubement administratif". Le phénomène est porté à son comble dans le milieu hospitalier où règne le principe d'un crypto-recrutement fondé sur la cooptation. "*La cooptation, sous toutes ses formes, conforte le pouvoir des gens en place, des grands aînés de la profession et contribue à éliminer toute pensée novatrice ou progressiste qui les*

---

1 Art.L.382 al.1 C.S.P.

2 "Nul ne peut exercer la profession de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage femme en France s'il n'est : 1°) (L. 31 déc. 1976), titulaire d'un diplôme, (...), 2°) (L. 25 mai 1984) de nationalité française, (...), 3°) Inscrit à un tableau de l'Ordre des médecins, (...).", art.L.356 C.S.P.

3 Art.L.412 et L.413 C.S.P.(L. 31 déc. 1976), et décret 26 octobre 1948 modifié notamment par le décret du 28 avril 1977.

4 Ne sont soumis à l'obligation d'inscription que les médecins qui veulent exercer la médecine sous forme libérale, que ce soit à titre personnel ou en société. "Toutefois, cette dernière condition ne s'applique pas aux médecins, chirurgiens dentistes et sages-femmes appartenant aux cadres actifs du service de santé des armées. Elle ne s'applique pas non plus à ceux des médecins, chirurgiens-dentistes ou sages-femmes qui, ayant la qualité de fonctionnaire de l'Etat ou d'agent titulaire d'une collectivité locale ne sont pas appelés, dans l'exercice de leurs fonctions, à exercer la médecine, l'art dentaire ou à pratiquer les actes entrant dans la définition de la profession de sage-femme.", art.L.356-3° al.2, C.S.P., (L.13 juill. 1972).

5 Art.L.414 C.S.P. (L. 31 déc. 1976). Sur la procédure : cf. art.L.414 et 415 C.S.P. et Décret 26 oct. 1948 modifié par Décret 28 avril 1977.

6 AUBY Jean-Marie, *Le droit de la santé,* P.U.F.-Thémis 1981, p.87. C.E. ass. 12 déc. 1953, D.1954, p.294 concl. J.CHARDEAU, C.E.19 mars 1969, Gardon, Rec..937.

rebute naturellement. Prévert a écrit «sur tous ceux qui lèvent la tête, feu à volonté». Cette formule trouve souvent son application dans nos hôpitaux." [1]

Plus prosaïquement, le filtre que constitue la procédure d'inscription est un exemple de contrôle préventif des conditions d'exercice d'une activité professionnelle confié par le législateur aux instances de la profession elle-même. Faut-il le combattre ou l'approuver ? Sachant qu'un contrôle a priori est censé éviter des constats tardifs malheureux et que les organismes professionnels sont réputés être les plus aptes à exercer cette mission, nous ne nierons pas l'utilité d'un examen préalable des conditions générales d'exercice de la médecine. L'omnivalence du diplôme n'étant limitée par aucune restriction, il faut, d'une manière ou d'une autre, pouvoir empêcher d'exercer celui ou celle qui pourrait être dangereux pour ses patients et toute la profession. Il est difficile d'affirmer que la procédure d'inscription remplit ou non cette fonction.

Ce qui nous paraît plus choquant est l'absence de précisions légales quant à certains critères de l'inscription. Il paraît en effet bien aléatoire ou ambigu de prévoir un contrôle initial de "moralité et d'indépendance". Ces imprécisions sont encore plus frappantes, eu égard à la portée juridique de l'inscription au tableau de l'Ordre. *"L'inscription à un tableau de l'Ordre rend licite l'exercice de la médecine."* [2]

Il est utile d'examiner les conditions d'inscription (1°), avant de préciser la portée juridique de cette inscription (2°).

1°) Les conditions d'inscription

L'inscription au tableau de l'Ordre des médecins, sur laquelle repose la licéité de l'activité médicale, est subordonnée à des conditions de diplôme, de nationalité et de langue française (a), à des conditions d'indépendance et de moralité (b), à la condition de capacité physique (c) et à la condition d'enregistrement administratif des titres universitaires (d).

a) Les conditions de diplôme, de nationalité et de langue française

Il s'agit là de conditions pré-définies strictement par la loi dans l'article L.356-3 C.s.p. Pour être inscrit, le futur médecin doit faire la preuve de son diplôme, de sa nationalité et d'une connaissance suffisante de la langue française. L'Ordre vérifie les titres du candidat.

Le médecin étranger, bien que non soumis à cette obligation d'inscription, doit procéder à une déclaration spécifique pour effectuer isolément un acte de sa profession. *"Cette dérogation concerne des praticiens qui peuvent être amenés, en raison de leur très haute compétence dans un domaine précis, à accomplir un acte isolé en France ou à pratiquer pendant un certain temps au sein d'une équipe française pour en assurer la formation."* [3] De même, *"Le médecin, (...), ressortissant d'un des Etats membres de la C.E.E. qui est établi et exerce légalement les activités de médecin, (...), dans un Etat membre autre que la France peut exécuter en France des actes de sa profession sans remplir la condition posée au 3° de l'article L.356. L'exécution de ces actes est toutefois subordonnée à une déclaration préalable dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'Etat."* [4]

---

[1] TERQUEM Jean, *Les médecins dans la société française*, précité, p.66.
[2] Art.L.416 C.S.P. al.1.
[3] PENNEAU Jean, J.-Cl. pénal, précité, n°31.
[4] Art.L.356-1 C.S.P., (L. 25 mai 1984). Sur la déclaration obligatoire au Conseil départemental de l'Ordre des médecins cf. Décret n°86-122, du 23 janvier 1986 (J.O. 28 janv.1986).

Pour ce qui concerne les médecins étrangers désireux de s'installer en France, la loi du 13 juillet 1972 prévoit un contingent annuel de praticiens étrangers autorisés à exercer en France [1], par décision individuelle du Ministre de la santé après avis d'une commission. [2]

La constatation que déplorent de nombreux praticiens est celle de la forte présence d'étudiants étrangers dans les services hospitaliers au titre des «faisant fonction d'interne». "*La situation des étudiants étrangers (hors C.E.E.) désirant acquérir en France une spécialité est d'ailleurs ambiguë. Ils peuvent concourir à l'Internant à titre étranger (décret du 27 mars 1987) qui ne comporte que 40 places ou préparer le Diplôme Interuniversitaire de Spécialités (arrêté du 19 janvier 1987) sans filtre rigoureux préalable ; son enseignement laisse à désirer et ne tient pas compte de l'objectif à atteindre selon les besoins d'origine.*" [3] Le système ne perdure que parce que les étudiants en cours de formation ne sont pas soumis au contrôle de l'Ordre des médecins.

L'Ordre est chargé par la loi de vérifier le respect des conditions prévues par l'article L.356 C.s.p. Il est ainsi le mandataire de l'Etat pour contrôler le respect préalable des conditions pré-requises par la loi pour exercer la médecine, une sorte de "gardien de l'octroi" de la capacité d'entrée dans la cité médicale.

b) Les conditions d'indépendance et de moralité

Il résulte de la combinaison des articles L. 382 et L. 412 C.s.p. que l'Ordre a les moyens de veiller efficacement sur la moralité, la probité et l'indépendance des médecins. [4] L'Ordre demande communication du bulletin n°2 du casier judiciaire. Il peut, en effet, refuser l'inscription au tableau à un demandeur qui ne remplit pas les conditions de moralité et d'indépendance dont la loi lui confie le contrôle. "*Tout médecin (...) qui aura fait une fausse déclaration en vue de son inscription au tableau de l'Ordre sera puni d'une amende de 3600F à 20000F et d'un emprisonnement de un mois à trois mois ou de l'une de ces deux peines seulement.*" [5]

Il faut mesurer l'importance extraordinaire de ce pouvoir délégué par l'Etat à l'institution ordinale. Le législateur n'ayant pas défini les concepts de moralité, de probité et d'indépendance, il revient aux Conseils départementaux la possibilité de maîtriser l'accès à la profession médicale sans être lié par des critères précis, ce qui peut être dangereux. Mais le nombre des inscriptions au tableau de l'Ordre [6] et l'étude des motivations des rares refus montrent, pourtant, une quasi-absence de discriminations fondées sur l'arbitraire de l'Ordre. C'est dans des cas caractérisés, généralement constitutifs d'infractions, que des refus sont constatés. Ainsi, il a été jugé que ne remplissaient pas les conditions requises : un médecin convaincu de manœuvres abortives [7], un médecin ayant exercé

---

1 Actuellement 50 par an pour 1500 demandes. cf. TERQUEM Jean, *Les médecins dans la société française*, précité, p.71. Pour des décisions de refus d'inscription au tableau de l'Ordre d'un médecin burundais et de deux médecins marocains, cf. Sec°disc. 10 avril 1991 et 15 mai 1991, B.O.N.M. déc. 1992, pp.180-181.

2 Sur la procédure et les textes de références cf. O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, pp.279-292.

3 TERQUEM Jean, *Les médecins dans la société française*, précité, p.67. L'auteur ajoute que leur qualité est très disparate "non en raison de leur origine mais en raison de l'enseignement qui leur a été prodigué au début de leurs études." Mais il semble que la restructuration des hôpitaux amène une diminution sensible du nombre des praticiens diplômés à l'étranger. En vertu d'une circulaire du Ministre de la Santé du 24 mai 1993 les«attachés-associés» sont dorénavant payés trois fois moins que les praticiens hospitaliers pour les gardes. "Selon les services, on compte entre 20% et 70% d'attachés étrangers. Au ministère, on ignore leur nombre exact mais on estime qu'ils sont plusieurs milliers. (...) Les spécialistes étrangers sont souvent bien formés à la petite chirurgie, la «bobologie» comme la surnomme avec condescendance l'establishment de la chirurgie. Pourtant cette chirurgie du quotidien représente 60% de l'activité des urgences. (...) Cette affaire survient dans un climat de chasse aux sorcières des étrangers.", BANTMAN Béatrice, *Les médecins étrangers au régime maigre,* Libération 15 juill. 1993, p.17.

4 "L'Ordre des médecins veille au maintien des principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine et à l'observation, par tous ses membres, des devoirs professionnels, ainsi que des règles édictées par le Code de déontologie prévu à l'article L.366 du présent titre. Il assure la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession médicale", art.L.382 al.1 et al.2 C.S.P. "Nul ne peut être inscrit sur ce tableau s'il ne remplit pas les conditions requises par le présent titre", art.L.412 al.2 C.S.P.

5 Art. L.380 C.S.P.

6 39100 médecins inscrits en 1955, 65219 en 1970, 116104 en 1980, 185612 en 1990, source *QUID*, Robert Laffont 1991, p.1434.

7 C.E. 28 janv. 1949, rec. p.41, C.E. 2 avril 1952, Rec., p.203.

illégalement la médecine [1], un médecin qui délivrait des médicaments toxiques à des toxicomanes [2], un médecin qui a fait une concurrence déloyale à un confrère après un remplacement [3], un médecin qui a menti par omission volontaire lors de sa demande d'inscription. [4] Nul n'est besoin d'allonger la liste des hypothèses de refus d'inscription pour constater que les domaines d'application de ce pouvoir de contrôle de l'Ordre est vaste.

Ce refus peut d'ailleurs se fonder sur des faits couverts par l'amnistie [5] ou la réhabilitation. [6] C'est parce que l'amnistie et la réhabilitation sont des mécanismes procéduraux d'extinction de la peine qui ne font jamais disparaître le fait commis qui conserve toutes ses conséquences civiles ou professionnelles. [7] En cas d'amnistie, la stricte rigueur juridique empêche que soit exécutée la sanction pénale prononcée contre un médecin, mais l'Ordre des médecins peut librement considérer que les faits commis par le candidat à l'inscription au tableau de l'Ordre sont contraires aux conditions de moralité.

La plupart des Conseils départementaux se bornent, aujourd'hui, à la vérification du respect des conditions légales et réglementaires de l'exercice de la médecine sans réellement abuser de ce pouvoir de non-inscription. La sagesse des représentants de l'Ordre [8] est néanmoins un critère fragile lorsqu'il s'agit d'accorder ou de refuser l'accès à une fonction qui consiste à pouvoir légalement porter atteinte à l'intégrité corporelle, ce qui est interdit à toute autre catégorie de citoyens. Encore faut-il que le candidat à l'inscription soit physiquement apte à exercer la fonction médicale.

c) La condition de la capacité physique d'exercer

Il échoit au Conseil régional de l'Ordre de veiller à une aptitude physique minimum pour exercer la médecine. La loi lui délègue le contrôle de la capacité requise pour pratiquer. "*Dans le cas d'infirmité ou d'état pathologique rendant dangereux l'exercice de la profession, le Conseil régional peut décider la suspension temporaire du droit d'exercer.*" [9] Les pairs sont ainsi les garants de la sécurité du public par le pouvoir qui leur est donné d'écarter le médecin dangereux, à condition d'établir avec motivation la dangerosité du praticien. [10] Cette décision, qui peut intervenir après plusieurs années d'exercice, peut sans aucun doute s'appliquer dès la demande d'inscription par le refus d'inscrire sur le tableau de l'Ordre le candidat dangereux.

Le contrôle d'aptitude physique au jour de la demande d'inscription est délicat à pratiquer car il ne peut consister qu'en des examens physiologiques. La disparition des conditions d'aptitude physique ne se révèlera qu'ultérieurement s'il y a lieu par des symptômes. "*Les termes mêmes de cet article (art.L.460 C.s.p.) ne permettent qu'une action a posteriori, après l'intervention des*

---

1 C.E. 19 mars 1969, Rec. p.937, C.E. 2 fév. 1983, Rec., p.844.

2 C.E. 15 mars 1989, R.T.D.Soc. 1989, p.429 obs. DUBOUIS L.

3 C.E. 20 déc. 1979, Rec., p.680.

4 C.E. 8 nov. 1957, A.J.D.A. 1957-II-486, C.E. 12 fév. 1988, D. 1989, somm.57, obs. PENNEAU. C.E. 12 fév. 1988, B.O.N.M. juin 1989, p.33. Rejet du pourvoi contre la décision de la section disciplinaire qui refusait l'inscription d'un médecin ayant nié lors de sa demande d'inscription qu'une instance judiciaire était en cours contre lui. C.E. 27 juill. 1990, B.O.N.M. déc. 1991, p.195. Rejet du pourvoi contre la décision de refus d'inscription de X ayant occulté le fait qu'il avait été condamné à vingt ans de travaux forcés par la Cour d'assises d'un pays étranger le 27 septembre 1982.

5 C.E. 19 oct. 1949, Rec., p.424, C.E. 9 nov. 1951, Rec., p.806, C.E. 2 mai 1960, A.J.D.A. 1960-II-118, C.E. 31 mai 1963, Rec., p.338, cf. en doctrine "Quant à l'amnistie, c'est une institution propre au droit pénal et qui de ce fait n'est pas de nature, dans le silence des textes, à étendre ses conséquences à des condamnations disciplinaires déjà prononcées. Elle ne saurait davantage faire échec de plein droit à l'entrée en jeu de l'action disciplinaire.", BRETHE de la GRESSAYE Jean, précité, n°71. La loi d'amnistie prévoit parfois une disposition contraire, précisant qu'elle s'applique aussi aux faits ayant été l'objet de sanctions disciplinaires ex. Loi d'amnistie du 4 août 1981. cf. encore "Les contestations relatives au bénéfice de l'amnistie des sanctions disciplinaires ou professionnelles définitives sont portées devant l'autorité ou la juridiction qui a rendu la décision.", L. 20 juill. 1988 portant amnistie, article 17.

6 C.E. 2 avril 1952, Rec., p.203, C.E. 17 oct. 1952, Rec., p.444.

7 STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges et BOULOC Bernard, *Procédure pénale*, Dalloz 1990, 14° éd°, n°134, p.151.

8 "La plus sûre garantie des membres d'une profession réside donc essentiellement dans la bonne foi et la sagesse des organes juridictionnels de leur ordre professionnel.", PUISOYE Jacques, *Le pouvoir disciplinaire des ordres professionnels*, précité., p.40.

9 Art.L.460 al.1 C.S.P.

10 C.E. 25 fév. 1991, D.1993, somm.24, obs. Jean PENNEAU.

manifestations d'infirmité ou d'état pathologique dangereux." [1] La détection et la prévention sont en ce domaine très relatives. La procédure d'éviction permet plus certainement de "retirer du marché" des praticiens dangereux.

Dans d'autres domaines professionnels, (pour les chauffeurs routiers ou les pilotes de l'aviation civile par exemple) un contrôle systématique de l'aptitude physique est organisé à la fois à l'entrée dans la profession, puis régulièrement ; ce contrôle ne porte que sur des conditions objectives d'aptitude, vue, réflexes, alcoolisme, etc... Or, ce sont souvent des facteurs psychologiques qui rendent l'individu inapte à la profession médicale. [2] Il appartient à l'Ordre des médecins, à défaut de pouvoir détecter initialement les candidats-médecins psychiquement fragiles, d'exercer un contrôle vigilant sur la santé psychique des membres du corps médical et d'intervenir en cas d'apparition de signes d'alerte. [3] L'intervention rapide est le seul moyen d'action préventif permettant d'éviter certains drames. [4]

Le refus d'inscription et la mesure de suspension intervenant après constatation de l'inaptitude ne doivent en aucun cas être confondus avec une sanction disciplinaire. Il s'agit d'actes administratifs non juridictionnels, qui ne sont pas soumis à la procédure qui s'impose aux juridictions administratives (double degré de juridiction, obligation de motivation etc...). [5] "*Les organismes des ordres professionnels sont des juridictions lorsqu'ils prononcent des décisions en matière disciplinaire, mais non pas lorsqu'ils se prononcent sur des questions relatives à l'inscription au tableau de l'Ordre.*" [6]

En l'état actuel du droit, l'Ordre a, de par la volonté du législateur, le pouvoir d'utiliser cette sorte de mesure de sûreté préventive en refusant ou en retirant au médecin son "permis de soigner" [7] , sans que puisse être mise en cause la responsabilité de l'Ordre ayant failli à sa mission.

Mais dans le nouveau Code pénal, l'instauration de la responsabilité pénale des personnes morales permettra peut-être un jour de condamner pour une faute d'imprudence le Conseil régional qui aura laissé s'inscrire au tableau de l'Ordre un médecin pathologiquement dangereux, ou qui l'aura laissé exercer sans détecter sa dangerosité.

d) L'enregistrement du diplôme

L'Etat ne conserve qu'une formalité, appelée enregistrement, qui consiste à établir une liste des médecins désireux de s'établir en régime d'exercice libéral : "*Les médecins (...) sont tenus de faire enregistrer sans frais leur diplôme à la préfecture ou sous-préfecture et au greffe du tribunal de*

---

1 TEXIER Alain, *La suspension temporaire du droit d'exercer applicable aux médecins*, R.T.D.Soc. 1979, p.161.

2 La lecture de la jurisprudence est parfois édifiante. "L'intéressé présente un état psychotique chronique sur fond de psycho-rigidité structurelle (...) En l'absence de traitement actuel, incompatible avec l'exercice de la médecine compte tenu du danger que ces troubles comportent pour le suivi des malades", Sec°disc. 29 juin 1988, B.O.N.M. juin 1989, p.15. "Le Dr X présente une psychose dysthymique incompatible dans l'immédiat avec un exercice normal et régulier de la profession médicale", Sec°disc., 29 nov. 1990, B.O.N.M. déc. 1991, p.172

3 Le juge disciplinaire étonne parfois par ses conseils : "Considérant qu'aux termes des conclusions du rapport d'expertise : «... Ces perturbations rendent, à notre avis, ce médecin inapte à exercer la médecine dans un cadre libéral. Cependant compte tenu de bonnes dispositions intellectuelles, nous pouvons lui conseiller un exercice salarié sans contact avec les malades, en laboratoire, par exemple...»", Sec°disc., 27 janv. 1988, B.O.N.M. juin 1989, p.15.

4 Au mois de mars 1971 un médecin de Saint-Denis tua un enfant lors d'un accès de folie dans son cabinet médical. Alors qu'il avait déjà fait l'objet de soins pour des troubles mentaux révélateurs d'un état dangereux, il continuait légalement à exercer... cf. Le Monde 16 et 24 mars 1971.

5 C.E. 7 déc. 1956, Rec., p.469, C.E. 13 juill. 1968, Rec., p.435, C.E. 11 juill. 1984, Rec., p.260. "Les décisions de la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins statuant en matière de suspension temporaire du droit d'exercer la médecine, dans le cas d'infirmité ou d'état pathologique, n'ont pas le caractère juridictionnel", C.E. 28 sept. 1988, B.O.N.M. juin 1989, p.43.

6 MALEVILLE Georges, Rép.administratif Dalloz, fasc.602, V° *Juridictions relevant du Conseil d'Etat*, 1989, n°142.

7 Il faut remarquer que l'empêchement d'exercice ne peut être que total et non partiel : "Il ne serait pas plus possible de limiter à certaines activités l'exercice du praticien. Seule la règle du tout ou rien peut s'appliquer. Sur ce point aussi, un aménagement serait peut être souhaitable", PENNEAU Jean, J.-Cl. pénal, précité, n°165. Il s'agit ici d'un autre inconvénient de l'omnivalence du diplôme. Il ne peut y avoir de "sanction modulaire".

grande instance." [1] L'omission de cette formalité est punie d'une amende de 1500 à 15000 francs. [2] *"Il est établi, chaque année, dans les départements, par les soins des préfets, des listes distinctes des médecins, des chirurgiens dentistes et des sages-femmes."* [3] Ces documents permettent une centralisation des informations concernant les professions médicales, sans constituer un véritable outil de contrôle des flux de médecins. [4] Ces informations sont adressées aux autorités administratives, aux ministères concernés, ainsi qu'aux Conseils régionaux de l'Ordre.

Cette procédure purement formelle n'est pas un véritable contrôle étatique de l'accès à la profession médicale puisqu'il n'y a aucune sélection des candidats dont l'Ordre a préalablement vérifié les titres, la nationalité, la moralité et l'indépendance. L'Etat ne conserve en tant que tel qu'un rôle passif d'entérinement.

2°) Inscription et délit d'exercice illégal de la profession

L'inscription a la même valeur juridique que la délivrance du diplôme de médecin ; l'une et l'autre sont nécessaires pour exercer licitement l'art médical. En ce sens, on peut parler d'une sorte d'"exequatur" du diplôme de docteur en médecine donnée par l'Ordre des médecins.

La preuve de la confiance et de la mission confiées par le législateur à l'Ordre des médecins est que l'individu pratiquant la médecine sans être inscrit au tableau de l'Ordre peut être poursuivi pour délit d'exercice illégal de la médecine. Cette infraction qui vise en premier celui qui n'est pas titulaire du titre de médecin englobe dans son champ d'application celui qui, bien que diplômé, exerce la médecine sans être inscrit au tableau, ou après en avoir été radié, temporairement [5] ou définitivement. [6]

En effet, selon l'art. 372 C.s.p. : *"Exerce illégalement la médecine : 1° toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, (...) sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné à l'article L.356-2 et exigé pour la profession de médecin, (...), 4° toute personne titulaire d'un diplôme, certificat ou tout autre titre de médecin qui exerce la médecine sans être inscrite à un tableau de l'Ordre des médecins."* [7]

Le charlatan est un individu qui soigne sans permis, le médecin peut donc être simultanément un charlatan. Il n'y a, pour la loi, aucune différence entre le thérapeute empirique qui pratique des actes médicaux sans avoir suivi de cursus médical ni avoir obtenu de diplôme de docteur en médecine et le médecin diplômé de l'Université qui exerce la médecine sans être inscrit au tableau de l'Ordre ou après avoir été suspendu ou radié. [8] Tous deux sont des délinquants au regard de ce texte et peuvent identiquement être englobés dans la catégorie des charlatans, guérisseurs, etc...[9]

---

[1] Art.L.361 C.S.P.

[2] Art.L.379 C.S.P.

[3] Art L.362 C.S.P.

[4] L'utilité pratique de cette centralisation d'information est de fournir aux préfets les moyens de contacter les professionnels en situation de crise (plan O.R.S.E.C. etc...). Les listes dressées servent à la préparation des documents de réquisitions auxquelles tout soignant est déontologiquement tenu de déférer (Pour les médecins cf. art.3 du décret du 28 juin 1979 portant Code de déontologie médicale).

[5] T.corr.Nancy 5 nov. 1948, D.1949, 192.

[6] T.corr. Seine, 4 mai 1954, D.1954, 799.

[7] Art.L.372 C.S.P., (L. 31 déc. 1976).

[8] Cass.crim. 5 oct. 1960, Bull.crim. n°428., Exercice de la médecine malgré un refus d'inscription au tableau de la part du Conseil régional. Cass.crim. 28 mars 1950, D.1950, 302, Cass.crim. 10 nov. 1987, Bull.crim. n°398, exercice de la médecine malgré une suspension temporaire de trois mois, T.corr. Seine 4 mai 1954, D. 1954, 799, exercice de la médecine malgré une radiation du tableau. L'exercice malgré la suspension est constitutif de surcroît d'une nouvelle faute disciplinaire cf. Sec°disc., 17 janv. 1990, B.O.N.M. déc. 1991, p.169, 4 mois de suspension.

[9] "Dans la très grande majorité des cas l'exercice illégal de la médecine sera le fait d'un non-médecin, empirique ou plus rarement membre d'une profession médicale ou para-médicale excédant sa compétence. L'article L.372 du Code de la santé publique vise

La déduction essentielle à tirer de cette situation juridique est que ni le non-diplômé, ni le diplômé non-inscrit ne peuvent exercer légalement la médecine et ne peuvent par suite se prévaloir du fait justificatif de permission tacite de la loi pour légitimer les actes qu'ils accomplissent.

La première des conditions pour bénéficier du fait justificatif de permission de la loi est de respecter les conditions légales d'exercice de la médecine. Le non-respect de ces conditions est punissable doublement : en premier lieu, en tant que délit d'exercice illégal ; en second lieu, par ses conséquences constitutives d'infractions d'atteintes à l'intégrité du corps humain, non justifiées. En effet, la société prohibe toutes les atteintes au corps humain. Par dérogation, elle autorise certains citoyens à pratiquer des actes qui pourraient être qualifiés d'infractions dans un autre contexte. Dans la mesure où les actes médicaux peuvent pour la plupart recevoir une qualification pénale d'infraction volontaire, il faut être légalement titulaire du "permis de soigner", pour pouvoir invoquer le bénéfice du système dérogatoire.

L'obtention de ce "permis de soigner" entraîne le droit de commettre des blessures pour soigner. Il s'agit alors tacitement d'un "permis de blesser". [1] Seuls les diplômés, inscrits au tableau de l'Ordre peuvent juridiquement, exercer le "droit de soigner". Les autres l'exercent illégalement et sont juridiquement responsables de toutes les conséquences de leurs actes.

Cette notion de "permis de soigner" peut être anecdotiquement rapprochée de celle de "permis de chasser". Il apparaît alors que celui qui chasse sans permis est coupable d'une première infraction d'exercice illicite d'une activité soumise à autorisation légale expresse, qui est une infraction formelle, c'est-à-dire qui se consomme indépendamment d'un quelconque résultat. Mais le délinquant est aussi responsable pleinement des conséquences de son activité illicite. N'étant plus "couvert" par la permission de la loi bénéficiant aux titulaires du titre rendant l'activité exceptionnellement licite, le chasseur braconnier peut être poursuivi pour violence à animaux. Le braconnier pratique illégalement l'activité de chasse [2] et provoque volontairement des blessures illicites aux animaux. [3] Le charlatan exerce illégalement la médecine et provoquant volontairement des blessures illicites aux soignés, il pourra être poursuivi pour ces atteintes injustifiées.

La justification pénale n'est que le pendant de la confiance de l'Etat. Aussi celui qui n'a pas ou plus la confiance des instances dévolutaires de l'Etat perd-t-il le bénéfice de la justification. Ce raisonnement se retrouve dans d'autres domaines du droit. Ainsi, en matière de mariage, la loi confie-t-elle un "permis de marier" à certaines personnes désignées. Le fait de marier un couple sans avoir la qualité requise est une infraction pénale qui permet de sanctionner celui qui exerce de manière illicite la fonction prévue par l'Etat. [4] Quant aux conséquences de cette activité illicite : la nullité du mariage, elle montre que la loi refuse de tolérer les résultats de l'activité accomplie en violation de la "délégation de pouvoir". [5] Lorsque le médecin perd la confiance de l'Etat, il peut être évincé du corps médical.

---

cependant l'exercice illégal de médecins. 1° Exercice illégal de la médecine par un non-médecin (...) 2° Exercice illégal de la médecine par un médecin", PENNEAU Jean, J.-Cl. pénal, précité, n°154.

1 Ce "permis de blesser" n'a rien de commun avec l'imagination des auteurs de roman. Le cinéma porta à l'écran une des aventures de James BOND tirée d'un roman de Ian FLEMING sous le titre : "Permis de tuer". Il faut rappeler au sujet de cet agent très spécial de Sa Majesté que dans son indicatif professionnel 007, le double zéro signifierait autorisation d'homicide ! Problématique déjà énoncée par M.G. BRAUN, in *Permis de tuer*, roman d'espionnage, Fleuve Noir 1965.

2 Art. L.223-1 et R.228-2 du Code rural, Contravention de la 5ème classe.

3 Art.453 et R.38-12 C.pén. avec cependant une distinction selon que les animaux sont ou non domestiques ou en captivité. C. JEANDIDIER Wilfrid, *La protection pénale de l'animal*, in Mélanges CHAVANNE, Litec 1990, p.81 à 93, et MARGUENAUD Jean-Pierre, *L'animal en droit privé*, P.U.F. 1992, p.321 et s.

4 Art.197 C.pén. "De l'exercice de l'autorité publique illégalement anticipé ou prolongé".

5 "Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué (...) par le ministère public.", art.191 C.civ.

B) L'éviction : le retrait de l'autorisation d'exercice licite de la médecine

Une sanction pénale prononcée suffit, le cas échéant, à fonder un refus d'inscription au tableau de l'Ordre au titre du non-respect des conditions de moralité professionnelle. Mais, une fois franchi le cap de l'inscription au tableau de l'Ordre des médecins, le praticien peut encore se voir évincer de la profession médicale. L'exclusion du corps médical résulte alors d'une sanction prononcée soit par une juridiction pénale (1°), soit par une juridiction disciplinaire (2°).

1°) L'interdiction : sanction pénale

L'interdiction est la conséquence dans le domaine professionnel d'une décision judiciaire. C'est la "*privation du droit d'exercer certaines professions (banque, assurance, administration de sociétés) qui normalement attachée à certaines condamnations, à titre de peine complémentaire ou accessoire, se caractérise par le pouvoir, pour le juge qui prononce la condamnation, de relever en tout ou partie le condamné de cette interdiction.*" [1] Contrairement à l'opinion fréquemment répandue dans le public, les sanctions pénales ne se limitent pas à la privation de liberté et à l'amende. "*Comme la plupart des législations contemporaines, le droit pénal positif français fait un large usage de l'interdiction d'exercer une profession.*" [2] Ces sanctions secondaires ont des buts divers : "*Il faut prévoir des sanctions qui, soit interdiront au délinquant de poursuivre l'exercice de sa profession qui s'est révélée criminogène, soit lui fermeront l'accès des professions dont l'importance sociale exige l'exclusion des indésirables.*" [3] L'exercice de la profession médicale peut être concerné par cette double préoccupation, soit que le médecin commette une infraction dans son domaine professionnel (un avortement illicite par exemple), soit qu'il commette une infraction extérieure à son métier qui le rende "indésirable".

Il n'existe pas de législation uniforme relative à ces interdictions professionnelles. "*Le professeur Chavanne est amené à constater qu'il n'existe pas de règle générale en cette matière, mais seulement une poussière de textes sans lien entre eux et pris au hasard des circonstances ou sur la pression de telle ou telle profession. (...) cette législation qui est «fragmentaire, incohérente et disparate» pour reprendre l'expression du doyen Légal.*" [4] De nombreux textes d'incriminations épars contiennent la possibilité de prononcer en plus de la peine principale prévue par la loi, l'interdiction d'exercer une ou plusieurs professions. [5]

L'Etat conserve, par le jeu des interdictions professionnelles, un moyen d'action contre les médecins délinquants que l'Ordre des médecins, volontairement ou par négligence, aurait oublié d'exclure à titre disciplinaire. La délégation de la sélection des médecins et de l'organisation de la profession médicale n'est donc pas totale. L'Etat peut, par l'intermédiaire de la justice pénale, exclure un praticien de la profession. Le moyen le plus expéditif reste certes la peine privative de liberté qui empêche par voie de conséquence le médecin d'exercer, mais l'interdiction professionnelle est un second moyen qui est parfois assimilé à une mesure de sûreté et permet une sanction individualisée et temporaire.

---

1 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Interdiction d'exercer une profession*, p.439.

2 MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°755, p.933. Les auteurs rappellent l'incertitude qui règne quant à la nature de cette sanction : peine complémentaire, peine accessoire ou mesure de sûreté. NCP

3 KUHNMUNCH O., *Remarques sur les interdictions professionnelles résultant de condamnations pénales*, R.S.C. 1961, p.2.

4 VERIN Jacques, *Rapport des X*èmes *journées de science pénale consacrées au système légal des interdictions professionnelles envisagées comme sanction pénale*, R.S.C. 1966, pp.161-162.

5 Ainsi l'art. 317 al.4 C.pén. prévoit "la suspension pendant cinq ans au moins ou l'incapacité absolue de l'exercice de leur profession" pour les médecins coupables d'avortement illicite. L'art. L.629 al.2 du C.S.P. précise que "les tribunaux pourront interdire au condamné l'exercice de la profession à l'occasion de laquelle le délit aura été commis pendant un délai qui ne pourra excéder cinq ans" en matière d'infraction à la réglementation sur les stupéfiants.

Lorsqu'une condamnation pénale ne comporte pas comme sanction secondaire une interdiction professionnelle prononcée par la juridiction judiciaire répressive, elle peut néanmoins entraîner une privation du droit d'exercer la médecine prononcée par la juridiction disciplinaire.

2°) La radiation : sanction disciplinaire

L'interdiction d'exercer est le prolongement dans le domaine professionnel d'une décision rendue par le juge pénal. La radiation est pour l'Ordre des médecins le pendant de l'inscription. C'est l'"*opération consistant à rayer sur un registre la mention d'un nom, d'un droit, d'une affaire, etc..., qui a pour effet de supprimer (sous réserve d'un rétablissement ultérieur) les droits ou les effets de droit attachés à cette inscription.*" [1]

La loi donne au Conseil régional de l'Ordre la possibilité d'exclure un praticien condamné pénalement, et ce "*lorsqu'un médecin aura été condamné par une juridiction pénale pour tout autre fait qu'un crime ou un délit politique (...).*" [2] La radiation est alors une conséquence professionnelle de la condamnation pénale. Elle montre que la peine qui frappe le médecin le rend indésirable aux yeux de ses pairs. L'infraction accomplie est le signe que le délinquant ne respecte pas la loi pénale, ce qui suffit a le rendre "indigne" pour le corps médical qui peut lui retirer par conséquent le "permis de soigner" dont il bénéficiait jusque là. L'Ordre a les moyens d'intervenir plus tôt, sans attendre l'application du droit commun, par l'exercice du pouvoir de police interne qu'est le pouvoir disciplinaire.

Conformément aux missions dont le législateur l'a chargé, l'Ordre national des médecins exerce un contrôle disciplinaire sur les activités de ses membres. Cette fonction appelle une rapide description des principes, procédures et sanctions de cette justice disciplinaire.

La compétence disciplinaire est exercée en première instance par le Conseil régional de l'Ordre [3] qui ne peut être saisi que par des personnes physiques ou morales, limitativement désignées par la loi, liste dont sont étrangement exclus les patients ou associations d'usagers de la santé.[4] Il n'y a aucun moyen d'accéder directement à la procédure disciplinaire pour un patient. [5] La saisine est encore plus restrictive en ce qui concerne la mise en cause, sur le plan disciplinaire, des médecins hospitaliers [6]. Ceux-ci sont néanmoins soumis à une double juridiction disciplinaire : la juridiction administrative et la juridiction ordinale. "*Chacune de ces juridictions étant justifiée par des qualités différentes - fonctionnaire d'un côté, médecin de l'autre - et provoquée de surcroît par*

---

1 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Radiation*, p.664.

2 Art. L.459 C.S.P.

3 Art.L.417 C.S.P.al.1.

4 "Le Conseil régional peut être saisi par le Conseil national ou par les Conseils départementaux de l'Ordre ou les syndicats de médecins de son ressort, qu'ils agissent de leur propre initiative ou à la suite de plaintes. Il peut également être saisi par le ministre de la Santé publique et de la population, par le directeur départemental de la Santé, par le préfet, par le procureur de la république ou par un médecin inscrit au tableau de l'Ordre.", art.L.417 al.2 C.S.P.

5 Les Conseil départementaux peuvent filtrer librement les informations dont ils ont été destinataires de la part des patients. La pratique consiste généralement à prendre contact avec le médecin critiqué pour connaître son point de vue et de décider ensuite de l'opportunité de saisir le Conseil régional. Le principe de publicité des débats, instauré par le décret n°93-181 du 5 février 1993 ne s'applique qu'après l'ouverture de la procédure disciplinaire. cf. DEBBASCH Roland, *L'institution de la publicité des instances disciplinaires dans les professions médicales*, J.C.P.1993-I-3663. Sur la nécessité de cette réforme cf. NAU Jean-Yves, *Une loi pour l'Ordre*, Le Monde 27 mars 1991, p.11, et *Première étape d'une réforme attendue*, Le Monde 11 fév. 1993, p.7.

6 "Là encore existe une différence entre l'hôpital public et le privé. Dans la médecine libérale c'est tout plaignant qui saisira le Conseil départemental, lequel transmettra avec un avis motivé au Conseil régional, et puis en appel à la section disciplinaire du Conseil national et jusqu'au Conseil d'Etat en cassation, donc en médecine libérale, tout le monde. Alors que pour les médecins chargés d'un service public seuls le Ministre ou ses délégués, le Procureur et la DASS peuvent saisir le conseil départemental.", PALEY-VINCENT Catherine., *Responsabilité médicale : mode d'emploi*, In 3ème *Congrès International d'Ethique Médicale*, O.N.M., 9-10 mars 1991, Actes p.263. Pour un exemple de contentieux cf. T.A. Strasbourg 29 juill. 1986, "Le Directeur de l'action sanitaire et sociale a le pouvoir discrétionnaire d'apprécier le bien-fondé d'une poursuite disciplinaire", DORSNER-DOLIVET Annick, *Poursuites disciplinaires contre les médecins chargés d'un service public : à qui revient l'initiative ?*, La Presse Médicale, 10 oct. 1987, 16, n°33, pp.1612-1613.

des faits recevant des qualifications distinctes : manquement au statut d'une part, méconnaissance de la déontologie d'autre part." [1]

Le Conseil régional a six mois pour enquêter et instruire sur la plainte. Aucune peine disciplinaire ne peut être prononcée sans que le médecin sanctionné ait pu être entendu, avec le cas échéant, l'assistance d'un défenseur. [2] L'arsenal des sanctions disciplinaires à la disposition de la juridiction ordinale est extrêmement varié et sévère. "*Les peines disciplinaires que le Conseil régional peut appliquer sont les suivantes : l'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire d'exercer une, ou plusieurs ou la totalité des fonctions médicales, conférées ou rétribuées par l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics, les établissements reconnus d'utilité publique ou des fonctions médicales accomplies en application des lois sociales. L'interdiction temporaire d'exercer la médecine, cette interdiction ne pouvant excéder trois années. La radiation du tableau de l'Ordre. (...) Le médecin radié ne peut se faire inscrire à un autre tableau de l'Ordre. La décision qui l'a frappé est portée à la connaissance des autres Conseils départementaux et du Conseil national dès qu'elle est devenue définitive."* [3]

La mesure la plus grave et simultanément la plus symbolique est la radiation. Il est, en effet, fondamentalement important de constater que la justice disciplinaire de l'Ordre des médecins peut interdire définitivement à un médecin d'exercer sa profession. La suspension emporte les mêmes effets mais à titre non-définitif : "*mesure temporaire qui fait provisoirement obstacle à l'exercice d'une fonction ou d'un droit.*" [4] Si l'inscription au tableau de l'Ordre rend licite l'exercice de la médecine [5], la radiation, a contrario, la rend illicite.

La loi donne au médecin diplômé en situation régulière vis-à-vis de l'Ordre un véritable "permis de soigner", qui peut lui être retiré. L'Etat, en confiant la mission et le pouvoir de porter atteinte à l'intégrité physique des citoyens pour les soigner, n'institue qu'une dérogation juridique temporaire et relative. Les médecins peuvent encore être mis "hors-circuit" par une décision ordinale prononcée par leurs pairs. La communauté médicale bénéficie de par la loi d'un véritable pouvoir de police sur ses membres. Ce pouvoir dépasse le simple but de punition des éléments déviants puisqu'il peut aboutir à exclure du bénéfice de la confiance de l'Etat les médecins fautifs. La radiation est plus qu'une simple sanction disciplinaire, elle est un véritable retrait du "permis de soigner", donc du fait justificatif de permission de la loi.

Le médecin peut, sur ce point, être comparé au mandataire qui est chargé d'accomplir des actes juridiques au nom d'un mandant. Le médecin bénéficie d'un mandat tacite de l'Etat pour soigner ses contemporains, ce mandat peut lui être retiré par une décision disciplinaire de l'Ordre, en particulier dans les cas de mauvaise exécution de ses obligations.

La recherche d'un fait justificatif pénal à l'acte médical ne pouvait ignorer l'importance des formalités juridiquement obligatoires que tout médecin doit respecter avant de pouvoir envisager d'accomplir un geste médical. Le non-respect de ces conditions initiales est exclusif du bénéfice de la permission de la loi quant à l'appréciation juridique de l'acte médical et de sa portée. Mais, au même titre que le diplôme universitaire qui sanctionne la formation médicale et l'inscription préalable au tableau de l'Ordre des médecins, le respect du Code de déontologie médicale est une condition éminemment nécessaire pour exercer ensuite légalement et licitement la médecine.

---

1 DORSNER-DOLIVET Annick, *Poursuites disciplinaires contre les médecins chargés d'un service public*, La Presse Médicale, 5 mars 1988, 17, n°8, p.360.
2 Art.L.418, L.419, L.420, L.421 C.S.P.
3 Art.L.423 C.S.P.
4 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Suspension*, p.796.
5 "L'inscription au tableau de l'Ordre rend licite l'exercice de la médecine sur tout le territoire national", art.L.416 C.S.P. al.1.

Section 2 : Le contrôle déontologique de l'activité du médecin

La notion de déontologie fait partie des concepts délicats à définir globalement car chaque auteur tend à vouloir ajouter sa conception à celle de ses prédécesseurs, alors que l'origine étymologique semble suffire. "*Déontologie n.f. (gr. deon, -ontos, ce qu'il faut faire, et logos, discours). Science qui traite des devoirs à remplir.*" [1] A la différence de la morale qui proclame des valeurs, la déontologie préconise des comportements.

Raymond VILLEY différencie morale, droit et déontologie : "*La morale dit ce qui est bien (et ce qui est mal), le droit ce qui est juste (et ce qui est interdit), la déontologie indique la conduite à tenir dans diverses circonstances. Elle est plus détaillée et plus nuancée que la morale et que le droit, car elle envisage des situations concrètes, vivantes.*" [2]

Pour Madame THOUVENIN, la déontologie se rapproche fortement de la morale, appliquée au domaine professionnel. "*On comprend dès lors les différences existant entre une règle éthique, une règle déontologique et une règle juridique générale : la première fixe des préceptes que les médecins décident individuellement de suivre ou de ne pas suivre ; la seconde permet de sanctionner un médecin qui ne respecte pas la morale de sa profession ; la troisième organise des rapports entre les individus et ouvre notamment des droits aux victimes de la méconnaissance de cette règle.*" [3]

Le terme de déontologie n'est plus utilisé aujourd'hui que dans le cadre professionnel. Alors même que sa vocation originaire semble être universelle, certains incluent d'office la dimension professionnelle dans la définition de la notion : "*Ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale et le plus souvent définis par un ordre professionnel*". [4] Il n'est dès lors pas étonnant que la médecine et le barreau soient les deux domaines naturels de la déontologie. "*Le mot est noble et mystérieux : «art de ce qu'il faut faire dans chaque profession». Les avocats et les médecins s'en sont emparés et pourtant chaque profession, des plus obscures aux plus nobles, a droit à sa déontologie, à ses règles professionnelles, à sa règle du jeu.*" [5]

La déontologie médicale est donc l'ensemble des devoirs qui gouvernent l'activité professionnelle du médecin. Le Code de déontologie médicale est un ensemble de règles écrites destinées à aider le médecin à exercer sa fonction en lui décrivant le profil-type du bon médecin. [6] La norme déontologique doit lui dessiner une ligne générale de conduite professionnelle et l'éclairer chaque fois qu'un dilemne concret l'oblige à trancher une alternative mettant en cause la morale professionnelle. [7] Le Code de déontologie est un corpus de règles et de principes moraux traduits en devoirs professionnels. Selon la formule de M. Louis René : "*La déontologie c'est de l'éthique appliquée*". [8]

Il importe de distinguer la déontologie médicale du droit médical dans la mesure où le contrôle de l'application des règles déontologiques n'appartient qu'à l'Ordre des médecins et non aux juridictions ordinaires. "*Le domaine de la déontologie est plus étendu que celui du droit médical, car celle-là est plus exigeante que celui-ci et saisit des comportements que le droit laisse de côté, soit qu'il ignore, soit qu'il tolère.*" [9] Le droit pénal, en particulier, ne sanctionne que les

---

1 Dictionnaire Larousse, V° *Déontologie*.
2 VILLEY Raymond, *Déontologie médicale*, Masson 1982, p.1.
3 THOUVENIN Dominique, *Ethique et droit en matière biomédicale*, D.1985, chron. p.23, n°9.
4 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Déontologie*, p.256.
5 DAMIEN André, *Essor ou déclin de la déontologie*, Gaz.pal.1986, p.137.
6 Titre d'un ouvrage paru dans les années trente : *Le bon médecin* par le docteur HERBET, Larousse 1931, 448 pages de conseils quant à la technique et à la morale professionnelle du praticien idéal.
7 La déontologie serait pour certains la réglementation "souple" des devoirs de la morale : "Le droit disciplinaire sanctionne des devoirs de morale, qui ne peuvent toujours s'inscrire avec précision dans la lettre d'un texte.", BRETHE de la GRESSAYE Jean, Rép. pénal Dalloz, V° *Discipline*, précité, n°19.
8 RENE Louis Dr., *Un congrès d'éthique médicale, pourquoi ?*, B.O.N.M. 1990, n°11, p.8.
9 MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°13, p.9.

comportements infractionnels qui violent la loi pénale. Le non-respect des règles déontologiques ne peut généralement pas faire l'objet d'une qualification pénale sauf le cas de coïncidence d'une prohibition déontologique et d'une interdiction pénale. [1]

Dans la plupart des cas, la règle déontologique définit des conduites à tenir dont la violation n'est pas incriminée pénalement. Monsieur SAVATIER a montré que l'existence quasi-spontanée de règles déontologiques entraîne une sorte de "sédimentation juridique" qui prend la forme d'un droit disciplinaire. [2] La violation de la norme déontologique est alors qualifiée de faute disciplinaire sans que soit retenue la rigueur des principes de qualification du droit pénal. La faute disciplinaire appelle une réponse de la part du pouvoir de police interne à la profession. Cette réponse est la sanction disciplinaire.

Le droit disciplinaire est le bras répressif professionnel mis en jeu en cas de violation de la règle déontologique par un membre de la profession. C'est un "*ensemble de règles et devoirs imposés aux membres d'un corps ou d'une profession, ou attachés à l'exercice d'une fonction et dont le régime de sanction est autonome tant en ce qui concerne les instances compétentes et la procédure que la définition des infractions et la nature des peines.*" [3] Le droit disciplinaire est pour l'Ordre des médecins, le moyen juridique d'assurer la mission d'organisation et d'encadrement de la profession médicale définie par la loi. "*Le pouvoir disciplinaire est donc le complément de l'autorité dont les dirigeants de l'institution ont besoin pour permettre à celle-ci d'atteindre son but.*" [4]

C'est ainsi que l'Ordre des médecins peut, par exemple, prononcer une suspension d'un mois pour expérimentation inutile constituant un manquement à l'honneur et aux principes fondamentaux de la déontologie médicale. [5] La sanction disciplinaire a pu frapper le professeur Milhaud pour une expérimentation sur un sujet en état végétatif alors même que la loi pénale était presque certainement impuissante à réprimer ces faits antérieurs à la loi du 20 décembre 1988. La précision, parfois très concrète de la norme déontologique, permet de déduire le "cahier des charges" d'un bon exercice de la profession selon les critères que les pairs appliqueront en cas de poursuites disciplinaires. Le Code de déontologie est une sorte de règlement intérieur du corps médical dont l'étude s'impose au pénaliste, puisque sa violation peut entraîner un retrait de l'autorisation légale d'exercer : le "permis de soigner". La reconnaissance d'un fait justificatif est prioritairement soumise à la vérification du respect des conditions légales d'exercice.

L'institution de l'organisation professionnelle médicale est fondée sur l'existence de règles normatives spécifiques, les règles de la déontologie médicale, et d'un mécanisme particulier de sanction, la justice disciplinaire. Pour entrer et se maintenir dans le corps médical, le praticien doit respecter les règles déontologiques (§1), sans quoi le droit disciplinaire peut lui retirer directement la permission d'exercer et indirectement la justification pénale de porter atteinte au corps humain (§2).

§1) L'appartenance au corps médical est subordonnée au respect des règles déontologiques

La philosophie juridique sous-jacente à l'élaboration du Code civil de 1804 et du Code pénal de 1810 était essentiellement fondée sur une bipolarisation de la société entre deux pouvoirs : celui de l'homme et celui de l'Etat. La loi "ordinaire", organe normatif fondamental classait les actes de

---

1 Cf par exemple l'art.11 du décret de 1979 et l'art.378 du Code pénal sur la violation du secret professionnel.

2 "Habituellement, la première sédimentation juridique que va déposer ici la sociologie, prend la forme d'un droit disciplinaire.", SAVATIER René, *L'origine et le développement du droit des professions libérales*, in Arch.phil.droit 1953-1954, ***Déontologie et discipline professionnelle***, p.57.

3 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, , précité, V° *Discipline*, p.273.

4 MERLE et VITU, *Procédure pénale*, précité, n°17, p.32.

5 C.E. 4 oct. 1991, Milhaud, 2 esp., A.J.D.A. 20 mars 1992, pp.233-236, obs. Jean-Pierre THERON.

l'homme en actes licites et illicites ; la loi constitutionnelle organisait le fonctionnement de l'Etat et l'expression de la volonté générale.

Le développement de faits sociaux collectifs devait susciter l'émergence de nouveaux sujets de droit [1] et de nouvelles approches de la notion de règle juridique. La nécessité d'une organisation juridique des professions devait s'imposer, après disparition d'une historique méfiance envers toute forme de renaissance du corporatisme [2]. Or, la création d'une entité juridique collective conduit à l'établissement de règles normatives (déontologie) et par suite entraîne la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire du groupement sur ses membres, avec souvent pour corollaire un transfert du pouvoir étatique de contrôle au profit du groupement. [3]

La première version officielle du Code de déontologie médicale [4] était encore largement empreinte des conceptions traditionalistes de la médecine, allant même jusqu'à viser les «devoirs sacrés du médecin». [5] L'évolution des mentalités et des opinions a conduit à réformer le contenu du Code de déontologie. [6]

Il est essentiel de souligner l'origine juridique gouvernementale du Code de déontologie, dans la mesure où elle conditionne sa valeur et sa portée. Le législateur a expressément prévu la rédaction d'un tel texte dans l'article L.366 C.s.p. : "*Un Code de déontologie, propre à chacune des professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme, préparé par le Conseil national de l'Ordre intéressé et soumis au Conseil d'Etat, est édicté sous la forme d'un règlement d'administration publique.*"

La loi ne confie aux Ordres professionnels qu'une mission de proposition et non pas de décision. Dès la publication du premier Code de déontologie, le 28 juin 1947, les rédacteurs affirment que ce texte d'inspiration médicale est une norme juridique par approbation de l'autorité réglementaire et non sui generis. "*La parution de ce Code marque une date importante dans l'évolution de notre vie professionnelle parce que, pour la première fois, les pouvoirs publics donnent leur contre-seing aux règles qui président l'exercice de notre art.*" [7] "*L'Ordre des médecins n'impose aux autorités publiques aucun corps de déontologie, mais soumet un projet dont la réflexion entre dans le cadre de la mission prévue par les articles L.366 et L.382 du Code de la santé publique. En d'autres termes, la codification de la morale professionnelle n'est point uniquement dans les mains de l'Ordre.*" [8] Cela montre, à nos yeux, la limite de la délégation de pouvoir de l'Etat, qui conserve le pouvoir juridique de réglementation de toutes les activités professionnelles et ne délivre aucun blanc-seing.

Le Code de déontologie est à la fois un code de bonne conduite de l'activité médicale (A), et un code de bonne conduite de l'acte médical ponctuel vis-à-vis de chaque soigné (B).

---

1 Loi Waldeck-Rousseau mars 1884 sur la liberté syndicale, Loi du 1er juillet 1901 sur la liberté d'association.

2 Loi le Chapelier 1792.

3 "L'apparition d'un pouvoir disciplinaire est pour ainsi dire spontanée (...) dans les collectivités encore privées, à partir du moment où elles deviennent des institutions. Et nous avons montré comment, dans cette collectivité particulière que constitue la profession libérale, ce développement d'une discipline interne apparaît d'abord dans le sens de la protection d'une aristocratie morale. Il y a là, immédiatement, pour cette aristocratie, les éléments de ce que l'on appelle aujourd'hui un Code de déontologie.", SAVATIER R., *L'origine et le développement du droit des professions libérales*, précité, p.57.

4 Il s'agit d'un texte de 1941. Or, si le premier Code de déontologie médicale date du 27 juin 1947 (préparé en vertu de l'ordonnance du 24 septembre 1945 par le Conseil national de l'Ordre des médecins, puis modifié par le Conseil d'Etat et adopté par le gouvernement. Paru au Journal Officiel du 28 juin 1947, sous la forme d'un règlement d'administration publique), un premier texte l'avait précédé, il s'agissait du Code de déontologie du Conseil Supérieur de l'Ordre des Médecins, paru au Bulletin de l'Ordre des médecins d'avril 1941, p.12. Il avait simplement valeur de règlement intérieur de l'Ordre.

5 SAVATIER René, *L'origine et le développement du droit des professions libérales*, précité, p.47.

6 Règlement d'administration publique du 27 juin 1947, décret 55-1591 du 28 novembre 1955, décret 79-506 du 28 juin 1979.

7 PORTES Louis, *A la recherche d'une éthique médicale*, Masson-P.U.F. 1954, p.87, "Préface au Code de déontologie".

8 MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°200, p.123-124.

A) Le Code de déontologie : un code de bonne conduite de l'activité médicale

Le Code de déontologie médicale, auquel souscrit obligatoirement tout médecin lors de sa demande d'inscription au tableau de l'Ordre [1], constitue un recueil hétérogène des principes d'organisation des rapports entre le médecin et ses patients, le médecin et ses confrères, le médecin et les organismes prestataires de services sociaux, le médecin et la société.

Selon l'Ordre national des médecins, on peut en tirer une conception générale de la médecine: "*Le Code de Déontologie médicale est un recueil de règles professionnelles ; celles-ci découlent d'une morale professionnelle. Le Code, qui sert de référence à la juridiction de l'Ordre des Médecins, représente donc un document auquel on peut demander une sorte de définition morale de la profession médicale. Il exprime pleinement une conception de la médecine, celle qui correspond à une civilisation respectant la liberté, respectant l'individu, respectant la vie humaine.*" [2]

La souplesse de la nature réglementaire du Code de déontologie, associée au pouvoir de proposition de l'Ordre des médecins, explique le mécanisme d'auto-limitation que constitue la définition par un groupe professionnel des obligations qu'il se donne ou se reconnait vis-à-vis de la société toute entière. Les praticiens sont les mieux placés pour affirmer que le médecin doit être un scientifique digne de confiance (1°) et un confrère loyal (2°).

1°) Les obligations vis à vis de la société : le médecin est un scientifique digne de confiance

Le Code de déontologie décrit un certain nombre de règles propres à assurer le caractère scientifique de toute démarche de soin.

L'activité médicale doit se fonder sur :

- des connaissances fiables : "*Les médecins ont le devoir d'entretenir et de perfectionner leurs connaissances.*" dont il faut connaître les limites "*un médecin ne doit pas (...) entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans les domaines qui dépassent ses compétences ou ses possibilités.*" [3]
- un diagnostic prudent : "*Le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant, dans toute la mesure du possible, des méthodes scientifiques les plus appropriées, et s'il y a lieu en s'entourant des concours les plus éclairés.*"[4]
- des risques calculés : "*Le médecin doit s'interdire, dans les investigations ou les interventions qu'il pratique, comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au malade un risque injustifié.*" [5]

Le médecin ne peut pratiquer que dans des conditions techniques adaptées : "Le médecin doit disposer, au lieu de son exercice professionnel, d'une installation convenable et de moyens techniques suffisants."[6] Il doit éventuellement avoir recours à des confrères pour étayer son raisonnement : "*Le médecin doit proposer une consultation avec un confrère dès que les circonstances l'exigent*" [7], sans jamais aliéner son indépendance scientifique, "*Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit*" [8], ce qui lui permet de refuser un acte que son jugement personnel condamnerait, "*(...) un médecin a toujours le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles*". [9]

---

1 "Tout médecin, lors de son inscription au tableau, doit affirmer devant le conseil départemental de l'ordre qu'il a eu connaissance du présent code et s'engager sous serment et par écrit à le respecter.", Décret 28 juin 1979 précité, art.89.
2 O.N.M., *Commentaires du Code de Déontologie médicale*, 1987, p.3.
3 Décret n°79-506 du 28 juin 1979 portant Code de déontologie médicale, art.16 et art.17.
4 Décret 28 juin 1979 précité, art.36.
5 Décret 28 juin 1979 précité, art.18.
6 Décret 28 juin 1979 précité, art.15 al.1.
7 Décret 28 juin 1979 précité, art.55 al.1.
8 Décret 28 juin 1979 précité, art.10.
9 Décret 28 juin 1979 précité, art.39 al.1.

2°) Les obligations vis-à-vis des autres médecins : un confrère respectueux d'une concurrence loyale

Ainsi, le médecin ne peut se présenter qu'avec ses qualités scientifiques réelles. Il doit exercer sous son nom patronymique (art.14), l'usage des titres et des plaques est réglementé dans un but de transparence (art.67 et 68). Nul ne peut exercer la médecine comme un commerce ou une activité foraine, ni avoir recours à la publicité ou à la réclame. [1] Il est interdit de profiter d'une autre profession ou fonction pour accroître sa clientèle [2] et il est nettement prohibé de détourner la clientèle d'un autre médecin. [3] Toute collusion avec d'autres professionnels de la santé serait punissable au titre du compérage [4], ainsi que toute manœuvre d'ordre pécuniaire en vue de capter des clients peu scrupuleux. Le droit pénal intervient également pour assurer le respect de ces principes parce que certaines de ces fautes sont simultanément incriminées, comme l'usage de faux titres ou la corruption.

L'activité médicale libérale génère des rapports contractuels dont la somme constitue une clientèle. Cette forme de propriété incorporelle a une valeur marchande et le droit civil reconnaît la validité des transferts de clientèle, ce qui suppose des règles de respect de la concurrence. C'est pourquoi, même sous forme d'activité libérale, la médecine ne saurait devenir un marché sauvage sur lequel les praticiens se livreraient une concurrence sans merci, où tous les coups seraient permis pour obtenir les faveurs de la clientèle. Le Code de déontologie définit un grand nombre d'obligations qui pèsent sur le médecin à l'égard de ses confrères.

Le Code de déontologie est aussi le recueil des principes de bonne confraternité. Ce domaine donne lieu à un important contentieux, au point que l'on pourrait craindre que le Code soit parfois limité à être un "Code de coexistence pacifique", garant d'une confraternité que d'aucuns définissaient comme une forme de "haine vigilante". "*Le corps médical doit vivre dans la confraternité, il est uni profondément par un état d'esprit commun, (...) par une communauté d'idéal. Il ne s'agit plus d'un corporatisme égoïste, incompatible avec la mission médicale, mais d'une solidarité et d'une entraide très nécessaires.*" [5] Mais la déontologie dépasse le seul fonctionnement interne de la profession. Les bonnes pratiques professionnelles concernent à titre principal des tiers vis-à-vis du corps médical.

La déontologie n'est pas qu'un recueil de principes moraux désincarnés, elle est, pour le soigné, la garantie que le corps médical connaît des règles professionnelles normatives qui protègent chaque interlocuteur de chaque médecin. La déontologie définit ce qu'il faut faire et ce qu'il ne faut pas faire à l'occasion de chaque exercice de la mission médicale. "*Que devient cette déontologie qui n'est ni l'expression d'une spiritualité, ni l'expression d'une morale, fondées toutes deux sur une certaine conception de l'homme et des rapports entre les hommes ? La déontologie devient alors le rassemblement prudentiel et expérimental de ce qu'il faut faire et ne pas faire pour réaliser la mission.*" [6]

Le respect de l'ensemble de ces règles du "jeu médical" que formule le Code de déontologie permet de présumer que le médecin bénéficie de la confiance de la société et de ses confrères. Mais il lui faut surtout respecter un certain nombre d'obligations déontologiques à l'égard du soigné,

---

1 Décret 28 juin 1979 précité, art. 23 et 64.
2 Décret 28 juin 1979 précité, art.27, 29 et 33.
3 "Le détournement ou la tentative de détournement de clientèle est interdit", Décret 28 juin 1979 précité art.51, surtout en cas de double consultation (art.57) de remplacement (art.74) ou de médecine de contrôle (art.82 et 83)
4 Décret 28 juin 1979 précité, art.25 et 26.
5 O.N.M., *Commentaires du Code de déontologie médicale*, précité, pp.123-124.
6 DAMIEN André, *Essor ou déclin de la déontologie*, Gaz.pal.1986, p.137.

véritable bénéficiaire en fait d'une organisation professionnelle juste et efficace. Aussi convient-il de s'y attacher plus longuement.

B) Le Code de déontologie : un code de bonne conduite vis-à-vis des soignés

Au delà des conditions requises par la société pour que la profession médicale soit organisée sur des bases saines et non-conflictuelles entre les praticiens, la déontologie étend son action régulatrice au "consommateur" d'acte médical. Le Code de déontologie contient de nombreuses références aux devoirs du médecin envers le malade. Ces devoirs peuvent être analysés en deux catégories distinctes, selon qu'ils reconnaissent des principes généraux à respecter à l'égard de la personne humaine (1°) ou qu'ils constituent de véritables prérogatives individuelles exigibles pour chaque acte médical et par chaque soigné (2°).

1°) La déontologie : déclaration de devoirs qui reflète les valeurs fondamentales de la médecine à l'égard de la personne humaine

La grandeur de l'acte médical provient du fait qu'au delà d'une science et d'une technique, la relation soignant/soigné porte sur un être humain, centre essentiel de la mission médicale. La médecine implique l'Homme, c'est pourquoi la déontologie médicale est porteuse de valeurs fondamentales, d'un humanisme médical, qui se révèle dans les devoirs exposés dans le Code de déontologie. Le médecin doit lutter pour la vie (a), préserver la santé (b), respecter la dignité humaine (c) et protéger les faibles (d).

a) Le devoir de lutter pour la vie

Tout acte médical ne peut s'inscrire que dans une démarche protectrice de la vie humaine : "*Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie et de la personne humaine*". [1] La mort est un fait dont le médecin doit tenir compte mais qu'il ne doit jamais précipiter. "*Le médecin doit s'efforcer d'apaiser les souffrances de son malade. Il n'a pas le droit d'en provoquer délibérément la mort*". [2]

Le Code de déontologie médicale n'affirme pas le respect absolu et en toutes circonstances de la vie. Auquel cas il légitimerait une approche quasi-guerrière de la médecine pour la vie contre la mort. Le refus consensuel de l'acharnement thérapeutique, c'est-à-dire du prolongement artificiel et désespéré de la vie, prouve que le corps médical contemporain ne préconise pas un devoir absolu de lutte pour la vie. La déontologie médicale affirme le devoir de lutter pour la vie, mais ne créée pas l'obligation de s'acharner pour la vie.

Cette affirmation déontologique ne règle pourtant pas toutes les questions puisque l'apaisement des souffrances peut être parfois synonyme de non allongement de la durée de vie. Le Code de déontologie ne donne pas de guide au médecin confronté à l'obligation de choisir entre qualité de vie et quantité ou durée de vie. Que décider lorsque le dilemne oppose deux mois de survie dans la douleur à un mois d'espérance de survie sans douleur ? La lecture de l'article 20 incline à penser que seule la privation volontaire de la vie est illicite et que les thérapeutiques palliatives ne contredisent pas le principe de respect de la vie. Le médecin satisfait à l'obligation déontologique de respect de la vie lorsqu'il apaise les souffrances de l'agonie et lorsqu'il accompagne le mourant vers la mort.

---

[1] Décret 28 juin 1979 précité, art.2.
[2] Décret 28 juin 1979 précité, art.20.

b) Le devoir de préserver la santé

L'acte médical doit être positif, il ne peut consister à causer plus d'inconvénients que d'avantages pour la santé du soigné. "*Primum non nocere*" : d'abord ne pas nuire. Le médecin est serviteur de la santé. Il ne doit jamais perdre de vue le but de sa mission, la santé de l'homme, ni succomber à la tentation de devenir le dispensateur d'actes éloignés de toute perspective curative. [1]

Non seulement le médecin ne doit pas nuire mais il ne doit s'engager dans une voie thérapeutique qu'avec la volonté d'améliorer la santé du soigné. Le bien pour la santé doit dépasser le mal nécessaire. "*Il faut que l'acte médical demandé ne fasse pas courir au patient un danger nouveau, un risque hors de proportion avec le profit qu'il permet d'escompter. La finalité de l'intervention du médecin est de profiter et de ne pas nuire au client. Une règle de théologie morale - la règle de la raison proportionnée - est passée en norme positive.*" [2]

Agir dans un autre but serait fautif car non conforme à l'objectif de recherche de la santé. "*Le médecin (...) doit limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire*" [3] Le médecin n'a le "droit de jouer" avec la santé du soigné que si l'espoir de gain est plus grand que la perte prévisible ! "*Le médecin doit s'interdire (...) de faire courir au malade un risque injustifié.*" [4] Le médecin commet une faute grave en taisant les risques, il en commet une autre en taisant les avantages qu'il y aurait pour le patient à se soigner. [5]

Tous ces impératifs déontologiques se retrouveront dans les critères de la justification juridique de l'activité des médecins.

c) Le devoir de respecter la dignité humaine

Le médecin est détenteur de la confiance de la société qui l'autorise à pratiquer des actes objectivement agressifs à condition que son action ne porte pas atteinte à la notion de dignité humaine. Cette dignité passe par le respect de la liberté du soigné et exclut toute discrimination entre les demandeurs de soins médicaux. [6]

En portant la main sur le corps d'une personne humaine, le médecin agit sur l'être humain en général. C'est pourquoi il doit veiller à ne jamais s'éloigner du plus grand respect de la personne qu'il soigne. "*Le médecin ne doit jamais se départir d'une attitude correcte et attentive envers le malade. Il doit respecter la dignité de celui-ci.*" [7]

Il doit accorder au malade de la plus modeste condition le traitement qu'il appliquerait au "plus grand", ce qui fera de lui le meilleur garant de la dignité humaine. Comme le droit international public connaît "la clause de la nation la plus favorisée", tout médecin doit déontologiquement appliquer "les soins du patient le plus digne" à tous. Le praticien continuera ainsi l'œuvre d'Ambroise PARE : "*Au roi de France qui lui demandait un traitement de faveur, Ambroise PARE répondit : «Je ne puis Sire, je traite déjà les gueux comme les rois».*" [8]

---

1 Pour un exemple de prescription d'anabolisant dans le but d'améliorer les performances sportives, Sec°disc. de l'Ordre national des médecins, 7 nov. 1990, B.O.N.M. déc. 1991, p.181, (un mois de suspension).

2 MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°451, p.296.

3 Décret 28 juin 1979 précité, art.9.

4 Décret 28 juin 1979 précité, art.18.

5 Sec°disc., 24 nov. 1988, B.O.N.M. juin 1989, pp.13-14. Condamnation à la radiation d'un médecin ayant accepté de ne procéder qu'à une thérapie palliative à la demande d'une patiente victime d'un cancer de l'utérus. Alors que le médecin savait qu'il existait de grandes chances de guérison par des voies classiques, il a fortifié le sentiment de la patiente que le traitement palliatif était suffisant. "a prescrit à l'intéressée des médicaments et un traitement illusoires, tout en prenant le risque de conforter le malade dans son attitude."

6 "Le médecin doit soigner avec la même conscience tous ses malades, quels que soient leur condition, leur nationalité, leur religion, leur réputation et les sentiments qu'ils lui inspirent", Décret 28 juin 1979 précité art.5.

7 Décret 28 juin 1979, précité, art.35.

8 JUDET Jean et VILAIN Raymond, *Le pouvoir médical*, précité, p.12.

d) Le devoir de protection des faibles

Le Code de déontologie impose au médecin des devoirs particuliers chaque fois que la personne qu'il soigne fait partie d'une catégorie socialement affaiblie. Il doit veiller particulièrement sur la santé des mineurs : "*Le médecin doit être le défenseur de l'enfant malade (...)*" [1] et des détenus. [2]

Ses devoirs de protection s'étendent au domaine économique dans lequel le médecin est un interlocuteur essentiel, au carrefour de tous les organismes sanitaires et sociaux : "*Le médecin doit s'efforcer de faciliter l'obtention par son malade des avantages sociaux auxquels son état lui donne droit (...)*" [3]

Le Code de déontologie médicale est donc une charte qui reconnaît les valeurs essentielles qui fondent la relation thérapeutique. L'exposé de ces valeurs éclaire le lecteur sur l'esprit général de la déontologie médicale, mais elles ne sont pas suffisamment précises pour définir concrètement des comportements à suivre ou à éviter. Comment fonder, par exemple, des poursuites disciplinaires sur le non-respect de la dignité humaine ?

Pourtant, d'autres articles du Code de déontologie offrent plus d'intérêt concret en permettant une utilisation aisée et efficace de la norme professionnelle dans le cadre d'une procédure disciplinaire.

2°) La déontologie : reconnaissance de devoirs à l'égard de chaque soigné

Bien que le patient n'ait, pour l'heure, pas directement accès à la procédure disciplinaire puisqu'il ne peut pas saisir les instances ordinales compétentes, le Code de déontologie définit un certain nombre de devoirs dont le médecin est redevable vis-àvis de la personne sujet de soins. Le médecin à une obligation déontologique de respecter la liberté du soigné (a), un devoir de sincérité à l'égard du malade (b) et l'obligation d'assurer une continuité des soins (c).

a) Le devoir de respecter la liberté du soigné

Il apparaît que toute personne est et reste libre de recourir ou non à la médecine tant qu'elle est lucide et consciente et qu'elle ne met pas la santé d'autrui en danger. Les devoirs du médecin n'existent qu'à partir du moment où un individu libre exprime sa volonté d'être soigné. "*La volonté du malade doit toujours être respectée dans toute la mesure du possible. (...)*" [4] Parce que la personne humaine est libre, elle peut choisir de se faire soigner sans que quiconque puisse l'y contraindre.

Il faut remarquer, sur ce point, la remarquable évolution de la règle déontologique. Dans le Code de 1947, le médecin "*doit s'efforcer d'imposer l'exécution de sa décision*". [5] Dans le Code de 1955, le médecin "*doit s'efforcer d'obtenir l'exécution du traitement*". [6]

La nuance est sensible, depuis l'imposition jusqu'au respect quasi-absolu de la liberté, sous la réserve de "la mesure du possible". Le futur Code de déontologie, en préparation actuellement [7],

---

1 Décret 28 juin 1979 précité art.44 cf. aussi l'art.45 sur la dénonciation des sévices.

2 "Un médecin sollicité ou requis pour examiner une personne privée de sa liberté ou pour lui donner des soins ne peut, directement ou indirectement, serait-ce par sa seule présence, favoriser ou cautionner une atteinte à l'intégrité physique ou mentale de cette personne ou à sa dignité.", Décret du 28 juin 1979, précité, art.8.

3 Décret 28 juin 1979, précité, art.48.

4 Décret 28 juin 1979, précité, art.7.

5 Décret n°47-1169 du 27 juin 1947 portant Code de déontologie médicale, art.30.

6 Décret n°55-1591 du 28 nov. 1955 portant Code de déontologie médicale, art.29.

7 Les travaux semblaient très avancés il y a deux ans déjà : "Réforme du Code de déontologie. (...) Il est convenu de procéder à une relecture de l'ensemble du Code lorsque chacun des titres aura été revus, afin d'harmoniser la place des articles.", O.N.M. séance du 12 avril 1991, B.O.N.M., juin 1991, p.38. L'élaboration continue : "Mise à jour du Code de déontologie. M.Gazier donne des

nous donnera peut-être un nouveau signe de la part grandissante faite au respect de la liberté des patients face à ce l'on nommait jadis "l'impérialisme médical". [1]

Malgré sa vocation de thérapeute, le médecin n'a pas le devoir de soigner toute personne malade, mais seulement les personnes malades demanderesses. En dehors des exceptions prévues par le droit [2], le médecin doit respecter la liberté du soigné de consentir ou non à une démarche thérapeutique. Lorsque la personne décide de recourir à des moyens médicaux, chaque médecin doit veiller à l'exercice du libre choix du praticien. "*Le médecin doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son médecin et lui en faciliter l'exercice.*" [3]

b) Le devoir de sincérité à l'égard du soigné

L'article 42 du Code de déontologie est le seul texte qui tente de définir le niveau d'information que le médecin doit fournir au patient en entrant dans une définition qualitative. Bien que n'y figure pas le devoir de dire toute la vérité, il résulte de la lecture du texte que la vérité est le principe et le mensonge l'exception. "*Pour des raisons légitimes que le médecin apprécie en conscience, un malade peut être laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave. Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec la plus grande circonspection, mais la famille doit généralement en être prévenue, à moins que le malade n'ait préalablement interdit cette révélation, ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite.*" [4]

Le mensonge, par action ou par omission, ne peut être justifié que par l'intérêt de la santé individuelle du soigné. Le mensonge motivé par une autre raison serait une trahison de la confiance accordée au soignant, en même temps qu'une violation du Code de déontologie. "*La sincérité envers le malade est une obligation fondamentale. A la confiance du malade répond la loyauté du médecin. L'information du malade est un devoir (...), dans cette information le médecin, dans la règle, ne doit dire que des vérités. Mais il a le choix du vocabulaire.*" [5]

Le médecin choisit la quantité et la qualité des informations qu'il transmet au malade. Il peut filtrer les informations qu'il possède à la condition exclusive que ce soit dans l'intérêt du malade. Si la déontologie médicale ne reconnaît pas encore de devoir absolu de vérité objective, il est possible d'affirmer qu'elle impose un devoir de sincérité.

c) Le devoir d'assurer la continuité des soins

Quel que soit le point de départ de la relation thérapeutique, volonté du patient ou circonstance de fait telle que l'urgence, l'acte médical ne peut pas se limiter à une intervention ponctuelle du médecin. Le praticien est partie prenante du système institutionnel de protection de la santé ce qui transparaît dans la notion d'obligation d'assistance, nettement différente de l'incrimination pénale de l'omission de porter secours.

Le médecin étant spécialiste du secours aux personnes, il pèse sur lui une obligation déontologique d'altruisme. "*Un médecin qui se trouve en présence d'un malade (...) doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires.*" [6] Ce devoir de secours n'est pas absolu

---

précisions sur l'état des travaux en cours pour la révision du Code de déontologie médicale", B.O.N.M. déc. 1992, p.301. "Le texte définitif a été adopté par le Conseil National lors d'une session spéciale le 11 février 1993 et transmis au Ministère de la Santé le 19 février.", BAILLY Pierre Dr., *Un nouveau Code de déontologie... Pourquoi ?*, B.O.N.M. 1993, n°4, p.1.

1 Titre d'une chronique célèbre du professeur René SAVATIER : *Impérialisme médical sur le terrain du droit. Le «permis d'opérer» et les pratiques américaines*, D.1952, 157.

2 Cf infra 2ème Partie, Titre 2 et Titre 3, Urgence et état de nécessité, p.500 et s.

3 Décret 28 juin 1979, précité, art.6.

4 Décret 28 juin 1979, précité, art.42.

5 *Commentaires du Code de déontologie médicale*, O.N.M. ,précité, p.110.

6 Décret 28 juin 1979, précité, art.4.

puisque le médecin bénéficie de la faculté de refuser de dispenser ses soins. Il devra toutefois veiller à ne pas mettre le soigné en danger par son refus. "*Le médecin peut se dégager de sa mission, à condition de ne pas nuire de ce fait à son malade, de s'assurer que celui-ci sera soigné et de fournir à cet effet les renseignement utiles. Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée.*" [1]

La règle déontologique est formelle sur ce point. Le médecin doit concevoir sa mission comme une action prolongée dans le temps et non pas seulement comme un geste médical isolé et ponctuel. [2] A fortiori ne doit-il jamais abandonner le malade, surtout s'il est en situation périlleuse. "*Le médecin ne peut pas abandonner ses malades en cas de danger public sauf ordre formel donné par une autorité qualifiée, conformément à la loi.*" [3] Ce texte conçu pour les cas de sinistre ou de catastrophe n'est qu'une illustration du principe de continuité des soins. L'acceptation d'une demande de soins entraîne pour le médecin le devoir de suivre ou de faire suivre le patient jusqu'au terme de la relation thérapeutique y compris si celle-ci est une issue fatale. [4]

Il apparaît finalement que le Code de déontologie médicale est un texte réglementaire qui est normatif puisqu'il définit un grand nombre de devoirs qui s'imposent au médecin tant vis-à-vis de la société que vis-à-vis des citoyens. La liste de ces obligations d'origine déontologique révèle la conception des devoirs du médecin dans l'opinion des autorités ordinales qui inspirent et proposent ce texte. Le champ d'application du Code de déontologie médicale est clair, il englobe tous les médecins dans l'exercice de leurs fonctions. [5] Tous les médecins sont soumis, non seulement à l'inscription au tableau de l'Ordre pour pouvoir exercer, mais encore au respect du Code de déontologie, sous peine de sanctions disciplinaires.

§2) Les sanctions des manquements aux obligations déontologiques : la possibilité de retrait de la justification pénale

Le non-respect des obligations déontologiques est une faute disciplinaire. La justice disciplinaire est donc une première réaction sociale à la violation du Code de déontologie. "*Les infractions à ces dispositions relèvent de la juridiction disciplinaire de l'Ordre*". [6] Lorsque la faute déontologique est simultanément une infraction pénale, la sanction répressive est une seconde réaction sociale.

Il faut distinguer cette rétribution directe de la faute (la sanction disciplinaire ou pénale) de la sanction indirecte (la disparition du fait justificatif). Certaines sanctions disciplinaires ou pénales consistent à ôter au fautif l'autorisation qui lui avait été donnée d'exercer légalement la médecine. Ce retrait d'autorisation est parfois assimilé à une suppression de diplôme, ce qui est symbolique et révélateur : "*La déontologie médicale rappelle aux médecins ses devoirs vis-à-vis de ses malades et de ses confrères. Les sanctions de l'Ordre National des Médecins vont du blâme à la suppression du diplôme ; le pénal sévit de plus en plus.*" [7] La sanction disciplinaire (radiation) ou pénale

---

1 Décret 28 juin 1979, précité, art.39.

2 Condamnation de l'anesthésiste et du chirurgien à un avertissement pour n'avoir pas surveillé le patient pendant près de 18 h. après une opération. Sec°disc., 24 mars 1988, B.O.N.M. juin 1989, p.7.

3 Décret 28 juin 1979, précité, art.40.

4 "Dans l'Antiquité, on a beaucoup conseillé aux médecins de ne pas se charger des cas désespérés. Il est évident pour nous qu'un médecin ne doit pas abandonner un malade pour la raison qu'il est incurable. Il est de son devoir de tout essayer pour le soulager.", *Commentaires du Code de déontologie médicale*, O.N.M., précité, p.108.

5 "Les dispositions du présent code, notamment celles qui rappellent les règles morales que tout médecin doit respecter, s'imposent aux médecins inscrits au tableau de l'ordre, à tout médecin exécutant un acte professionnel dans les conditions prévues à l'article L.356-1 du code de la santé publique ou par une convention internationale, ainsi qu'aux étudiants en médecine effectuant un remplacement ou assistant un médecin dans le cas prévu à l'article 65 du présent code. Les infractions à ces dispositions relèvent de la juridiction disciplinaire de l'Ordre.", Décret 28 juin 1979, précité, art.1.

6 Décret 28 juin 1979, précité, art.1 al.2.

7 LAZORTHES Guy, *L'homme, la médecine et le médecin*, précité, p.275.

(interdiction) a pour effet indirect de retirer au titulaire de l'autorisation d'exercer la permission légale de pratiquer des atteintes au corps humain.

Aussi faut-il étudier les liens entre justice disciplinaire et droit pénal. Bien qu'il soit évident que le droit disciplinaire ressemble au droit pénal et qu'il n'y ait pas grande difficulté à affirmer que le droit disciplinaire n'est pas une branche du droit pénal, malgré des racines historiques sans doute voisines, il faut étudier la coexistence des deux ordres juridiques pour en déduire les conséquences sur la justification pénale de l'activité médicale.

Malgré les ressemblances entre droit disciplinaire et droit pénal, le droit français affirme classiquement leur dualité (A). Le droit européen tend à rapprocher les deux notions par le concept de "matière pénale" (B). Mais l'avenir semble pencher pour la dualité, ce dont il faut tirer des conséquences (C).

A) La dualité des responsabilités disciplinaire et pénale en Droit interne.

Le droit disciplinaire et le droit pénal ont de nombreux points de ressemblance (1°), mais aussi de différence (2°).

1°) Les liens entre le droit disciplinaire et le droit pénal

La comparaison de la responsabilité disciplinaire et de la responsabilité pénale fait apparaître de nombreux points communs aux deux systèmes. Cela provient du domaine commun, la responsabilité. La responsabilité, qu'elle soit disciplinaire ou pénale, détermine les conditions et les effets du principe selon lequel chacun doit répondre de son comportement.

Le droit disciplinaire utilise couramment le vocabulaire propre au droit pénal en maniant les concepts d'infraction, de procès et de sanction. Le choix du terme de Code pour présenter les règles déontologiques n'est pas fortuit. "*Discipline : Lat. disciplina, action d'apprendre, de discipulus : disciple. Ensemble des règles et devoirs imposés aux membres d'un corps ou d'une profession, ou attachés à l'exercice d'une fonction et dont le régime de sanction est autonome tant en ce qui concerne les instances compétentes et la procédure que la définition des infractions et la nature des peines.*" [1]

C'est pourquoi certains auteurs traitent de la question du droit disciplinaire comme d'une branche du droit pénal. "*Le pouvoir disciplinaire ne régit que la conduite des membres d'un corps déterminé (...) il a pour but immédiat le bien du corps, sa mission, sa cohésion, sa réputation, tout en tournant finalement au bien public. (...) Le droit disciplinaire est le droit pénal des corps intermédiaires.*" [2]

L'idée sous-jacente semble être de reconnaître au droit disciplinaire les caractères d'une branche du droit pénal pour, à terme, pouvoir suggérer de remplacer pour les médecins les règles de la responsabilité pénale générale par celle de la responsabilité pénale disciplinaire. "*Les médecins peuvent et doivent réglementer eux-mêmes leur profession. Ils doivent faire la police s'ils ne veulent pas admettre qu'elle soit faite par d'autres et s'ils veulent désarmer les critiques malveillantes qui généralisent les cas particuliers.*" [3]

Nous y voyons une stratégie destinée à faire échapper les médecins à la compétence du droit pénal commun. Projet critiquable qui transparaît plus ou moins nettement : "*Le droit disciplinaire est de même nature que le droit pénal. Il tend au même but, assurer l'ordre au sein d'une société donnée, au moyen de sanctions répressives (...). C'est une manifestation du droit de punir qui*

---

1 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, , précité, V° *Discipline*, p.273.
2 BRETHE de la GRESSAYE Jean, Rép.pénal Dalloz, V° *Discipline*, précité, n°10.
3 LAZORTHES Guy, *L'homme, la médecine et le médecin*, précité, p.277.

appartient à toute société organisée à l'égard de ceux de ses membres qui causent un désordre collectif." [1]

Le droit disciplinaire tend à copier le droit pénal. "*Le droit et la procédure disciplinaire se sont peu à peu rapprochés du droit et de la procédure pénales, à mesure qu'il se sont affinés : ils suivent une évolution semblable à celle qu'a subie la répression criminelle (qui est la forme la plus ancienne et la plus achevée des répressions disciplinaires, celle que l'Etat exerce sur ses ressortissants).*" [2] Le droit disciplinaire comme le droit pénal se fonde sur un texte normatif créateur d'obligations. La norme définit abstraitement des comportements à respecter. La violation du corpus de règles entraîne la mise en œuvre d'un procès soumis à une procédure stricte et précise devant une autorité centralisatrice compétente pour rendre des sentences. La constatation de la violation de la règle peut entraîner le prononcé d'une sanction exécutoire.

Pourtant, le droit pénal se distingue par le fait qu'il a vocation a s'appliquer à tout citoyen, alors que le droit disciplinaire ne concerne que certains justiciables. Seuls les membres du groupe déterminé, ayant un statut particulier, relèvent du droit disciplinaire. C'est pourquoi, malgré un vaste fonds commun, il y a lieu de s'attacher aux différences entre les deux notions.

2°) Les différences entre le droit disciplinaire et le droit pénal

La conquête historique de la souveraineté nationale par l'Etat, la centralisation du pouvoir judiciaire sont incompatibles avec l'existence concurrentielle d'une zone de non-droit laissée à la disposition d'un individu ou d'un groupement : "*Le pays qui a su soumettre la puissance publique elle-même au contrôle juridictionnel ne saurait tolérer qu'y échappent tels ou tels organismes investis du pouvoir de créer, d'appliquer ou de sanctionner des règlements, sous prétexte qu'on serait en présence d'un droit - autonome - ou d'un droit - sui generis-.*" [3]

Le législateur a précisé nettement sa volonté de considérer l'action disciplinaire comme une action cumulative de l'action publique et de l'action civile et non comme une voie alternative : "*'exercice de l'action disciplinaire ne met obstacle : 1° ni aux poursuites que le ministère public ou les particuliers peuvent intenter devant les tribunaux répressifs dans les termes du droit commun ; 2° ni aux actions civiles en réparation d'un délit ou d'un quasi-délit (...).*" [4] Ce qui signifie que lorsqu'un fait unique viole simultanément le Code de déontologie, le Code pénal et le Code civil, trois poursuites peuvent coexister. "*La juridiction disciplinaire de l'Ordre n'est pas une juridiction «d'exception», car elle n'empêche aucun plaignant de porter plainte pour les mêmes faits devant les juridictions pénales, civiles ou administratives. C'est une juridiction supplémentaire. Juridiction professionnelle et juridictions ordinaires sont indépendantes.*" [5]

La différence essentielle entre droit disciplinaire et droit pénal est que ce dernier est fondamentalement soumis au principe de la Légalité criminelle en vertu de la Constitution de la V^{ème} République. Le droit disciplinaire, au contraire, est un droit "souple", dont les incriminations sont parfois imprécises : "*le droit disciplinaire ignore le principe de la légalité, admis en droit criminel depuis la Révolution. Les prescriptions légales, réglementaires ou statutaires se bornent souvent à énoncer une formule générale, prévoyant l'incrimination des manquements graves qui mettent en péril les intérêts généraux de l'institution ; l'autorité chargée de la répression disciplinaire jouit donc d'une grande latitude pour frapper.*" [6]

---

[1] BRETHE de la GRESSAYE Jean, Rép.pénal Dalloz, précité, n°18
[2] MERLE et VITU, *Procédure pénale*, précité, n°18, pp.32-33.
[3] Conclusions LAGRANGE, Com.gouv., sous C.E. 2 avril 1943, S.1944, 3, 1.
[4] Art.L.427 C.S.P.
[5] VILLEY Raymond, *Déontologie médicale*, précité, p.102.
[6] MERLE et VITU, *Procédure pénale*, précité, n°18, p.33.

En ce qui concerne les rapports entre l'action disciplinaire et l'action pénale, la Cour de cassation a toujours affirmé que les deux actions, poursuivant un objet distinct et différent, ne doivent ni s'exclure ni se confondre. [1] La règle *non bis in idem* ne peut pas être invoquée puisque l'autorité de la chose jugée en matière disciplinaire ne s'impose pas à la juridiction pénale et réciproquement. [2] La décision rendue par la juridiction disciplinaire ne lie pas le juge pénal et inversement, le fait que la juridiction répressive se soit prononcée n'exerce aucune influence sur la recevabilité [3] ou sur l'issue d'une poursuite devant les autorités disciplinaires. [4] En cas de poursuites simultanées, l'autorité disciplinaire, contrairement à la juridiction civile, n'est pas tenue d'attendre le résultat de l'action publique.

Cet état du droit ne semble guère contesté de manière générale. L'Ordre des médecins rappelle régulièrement la notion d'indépendance des deux procédures : "*la saisine de cette juridiction professionnelle ne fait obstacle à aucune action judiciaire de droit commun. Un médecin peut, pour les mêmes faits ou accusations, être jugé par un Tribunal et devant l'Ordre*". [5] Mais il est à craindre que la volonté d'émanciper la justice professionnelle de la justice de droit commun ne réapparaisse, appuyée sur quelques arguments déjà anciens.

L'histoire du droit montre que les médecins ont souvent tenté sans succès de nier l'existence du principe d'une responsabilité juridique pour leurs actes professionnels. [6] Contraints d'intégrer les rangs des justiciables ordinaires, il n'est pas exclu qu'ils souhaitent quitter ces prétoires mal famés ! [7]

Les réflexions menées aujourd'hui en matière civile tendent déjà à soustraire les médecins du droit commun de la responsabilité civile. L'indemnisation de l'aléa thérapeutique par le mécanisme de l'assurance, à l'exclusion de la recherche d'une faute commise par le médecin, montre la volonté de soustraire le praticien à l'inconfort du procès civil. [8]

---

1 Cass.crim. 26 mai 1905, S.1909, 1, 285, Cass.crim. 6 nov. 1954, D.1953, 38. Sur ce point cf. MERLE et VITU, *Procédure pénale*, précité, n°20 et 21, p.34 à 36.

2 Alors qu'il existe une autorité de la chose jugée en matière disciplinaire à l'égard d'une nouvelle poursuite disciplinaire. Cass.civ. 27 nov. 1928, S.1931, 1, 337.

3 "L'existence d'une ordonnance de non-lieu d'un juge d'instruction fondée sur l'absence de charges suffisantes pour engager des poursuites au chef d'un délit d'escroquerie n'interdit pas au juge disciplinaire de prononcer une sanction.", Sec°disc. 15 mai 1991, B.O.N.M. déc. 1992, p.166.

4 Il se trouve une décision du Conseil d'Etat, exemplaire à cet égard : "Considérant que les poursuites disciplinaires sont indépendantes des poursuites pénales ; que les faits reprochés au Dr X, consistent en une participation, en qualité d'anesthésiologiste, à des interruptions volontaires de grossesse au delà du délai légal, étaient contraires à l'honneur (...) qu'il s'ensuit, d'une part, que, dès lors que la sanction disciplinaire dont le Dr X a été l'objet s'est exclusivement référée à ces faits, l'amnistie de la condamnation pénale dont l'intéressé a bénéficié n'en interdisait pas le prononcé et, d'autre part, que le juge disciplinaire était en droit de faire état de ces faits en vue de l'application d'une sanction de même nature ; Considérant que la sanction disciplinaire n'est ni une peine accessoire ou complémentaire de la condamnation pénale ni une incapacité ou une déchéance subséquente à celle-ci ; (...) Considérant que la règle de droit pénal de confusion des peines en cas de concours réel d'infractions ne trouve pas application lorsque les peines en cause sont encourues au titre d'une condamnation pénale et d'une sanction disciplinaire ; qu'il suit de là que le Dr X n'est pas fondé à soutenir que la décision attaquée aboutirait à un cumul de peines : (...).", C.E. 11 juill. 1988, B.O.N.M. juin 1989, p.40.

5 O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, p.61.

6 "Afin d'assurer au médecin toute liberté pour exercer au mieux son art, la loi lui reconnaît le droit à la liberté diagnostique et thérapeutique. Des abus concernant cette liberté sont sanctionnés, dans le cadre du droit disciplinaire et non dans le cadre du droit pénal.", ANDRE A.Prof., *Liberté thérapeutique et substances thérapeutiques d'origine humaine*, in *Acta 6ème Congrès Mondial de Droit Médical*, Jus Médicum 1984, T.2 p.45

7 Cf. XIX^{ème} siècle, les arguments invoqués lors de l'affaire THOURET-NOROY qui marqua la fin de la théorie de l'impunité professionnelle. Cf. la plaidoirie de Maître MERIEUX sous Cass.Req. 18 juin 1835, S.1835-1-403-404 : "La raison est que nul médecin ne peut être responsable de ses opinions de ses pensées, de son système. Soumis par la loi à des épreuves, à des études, à des examens, il a une capacité légale. Rien, continue le demandeur, n'est plus conjectural que la médecine. (...) Rendez-le responsable, il laissera le malade. (...) Aucune loi ne pose en principe la responsabilité du médecin pour ses prescriptions ou ses opérations. (...) Le médecin dans l'exercice de sa profession, n'est soumis pour les prescriptions, ordonnances, opérations de son art à aucune responsabilité.". Voir aussi "La responsabilité ne peut être invoquée contre lui que si, oubliant qu'il est médecin, et se livrant aux passions, aux vices, aux imprudences de l'homme, il occasionne, par un fait répréhensible, un préjudice réel au malade qui se confie à ses soins. En d'autres termes et à vrai dire, la responsabilité s'exercera contre l'homme, jamais contre le médecin."

8 "Proposition de loi relative à l'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques", Ass.Nat. 11 mai 1993, Doc.n°164. THIRIEZ Frédéric, *L'indemnisation du risque thérapeutique*, note sous C.E. 9 avril 1993, L.p.aff. 19 mai 1993, n°60, p.15. Sur la genèse du projet cf. LARONCHE Martine, *Victimes en réparations*, Le Monde 12 déc. 1990, p.14.

La menace de sécession est à peine voilée dans certains propos très contemporains : "*Les juges doivent savoir qu'on ne soigne pas une maladie mais des malades et qu'on ne peut appliquer le droit commun au domaine médical. Si les médecins ne sont pas protégés contre les attaques abusives, ils ne prendront plus de risques et les malades graves, mais incurables en pâtiront.*" (sic) [1]

Une des solutions envisagées par les adversaires de la dualité des responsabilités disciplinaire et pénale est d'affirmer que les deux notions se confondent dans le concept de "matière pénale". Cela permet alors d'affirmer que le droit disciplinaire et le droit pénal sont les deux facettes d'un même principe, la responsabilité. Ce qui tend à démontrer que le médecin doit répondre de son comportement professionnel devant le juge disciplinaire et non devant le juge pénal.

B) La perspective d'un rapprochement sous couvert de la notion européenne de "matière pénale"

Le principe de la dualité des responsabilités disciplinaire et pénale est pour l'heure établi en droit interne. Mais l'apparition récente de la notion de "matière pénale" (1°) semble remettre en question le principe de la dualité à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme (2°).

1°) La notion de "matière pénale"

Le développement du droit européen de protection des droits de l'homme, depuis la signature de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [2], a entraîné une redéfinition de la notion de responsabilité pénale. Comment comparer les différentes procédures juridiques des Etats membres lorsqu'elles ont pour but de sanctionner le non respect d'une norme par le prononcé d'une sanction ?

La Commission européenne des droits de l'homme refuse de n'appliquer les garanties prévues dans la convention européenne qu'aux sanctions qualifiées de "pénales" par l'Etat d'origine. "*L'idée sous-jacente paraît la volonté de rechercher, même d'office la pratique qui consisterait pour les Etats à utiliser les qualifications et les sanctions extrapénales de manière à échapper aux dispositions protectrices des articles 6 (garantie de procès équitable) et le cas échéant 7 (non-rétroactivité). Pour éviter une telle pratique - que l'on pourrait qualifier de «fraude à la Convention» - , les instances de Strasbourg ont étendu la qualification de «matière pénale» (au sens de l'article 6 CESDH, et potentiellement peut être, de l'article 7) à des catégories de sanctions répressives extrapénales, notamment administratives, répondant à certains critères.*" [3] La Commission se donne le droit de qualifier de "matière pénale" même une sanction qui ne porterait pas cette qualification dans la législation nationale.

La sanction disciplinaire relève-t-elle de la matière pénale au même titre que certaines sanctions administratives ? Madame DELMAS-MARTY semble affirmer que ce n'est pas le cas lorsque la règle de droit transgressée s'adresse à un groupe déterminé à statut particulier : "*L'arrêt Weber c/ Suisse CEDH souligne que «les sanctions disciplinaires ont en général pour but d'assurer le respect, par les membres de groupes particuliers, des règles de comportement propres à ces*

---

[1] LAZORTHES Guy, *L'homme, la médecine et le médecin*, précité, p.277. Voir aussi : "Il est souhaitable que la médecine ne soit plus, dans le domaine pénal, soumise à des dispositions qui remontent à 1810 et qui ne lui étaient pas destinées. (...) Il est indispensable que des possibilités de conciliation interviennent pour endiguer la montée des plaintes pénales préjudiciables à la médecine.", L.L., *Faute médicale et responsabilité pénale*, La presse Médicale, 2 juill. 1988, 17, n°26, p.1330. Est-ce la poursuite pénale qui est préjudiciable à la médecine, ou l'infraction commise par le médecin qui est préjudiciable au patient et partant à la société ?

[2] C.E.S.D.H. signée le 4 novembre 1950, ratifiée par la France par le décret n°74-360 du 3 mai 1974. Déclaration d'acceptation du droit du recours individuel par décret n°81-917 du 9 octobre 1981 et décret n°86-1314 du 23 décembre 1986.

[3] DELMAS-MARTY Mireille, *Les grands systèmes de politique criminelle*, P.U.F.-Thémis1992, p.33.

derniers», et qu'en revanche, lorsqu'un texte «concerne virtuellement la population toute entière, l'infraction qu'il définit et qu'il assortit d'une sanction punitive revêt un caractère pénal au regard du second caractère»." [1]

2°) La position de la Cour européenne des droits de l'homme

La position de la Cour européenne des droits de l'homme est que "*les poursuites disciplinaires échappent en principe à l'empire de l'article 6.*" [2] Il faut approuver cette conception dès lors que les voies de recours contre les décisions disciplinaires peuvent être formées devant des juridictions impartiales, ce qui est le cas en France avec la compétence du Conseil d'Etat comme juge de cassation.

La nature de la suppression du droit d'exercer la médecine n'est pas suffisamment "grave" pour étendre la protection de la convention au droit disciplinaire. "*La Cour se prononce d'abord brièvement sur la violation alléguée de l'article 3.* [3] *Souscrivant en substance à l'avis de la Commission, elle déclare même la légitimité du retrait à titre disciplinaire du droit de pratiquer la médecine. En l'espèce, cette mesure ne visait pas à rabaisser le Dr Le Compte dans sa personnalité et n'a pas non plus atteint celui-ci d'une manière incompatible avec l'article 3. La Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de ce dernier (unanimité).*" [4]

Le Conseil d'Etat réaffirme régulièrement son accord avec la conception de la Cour de Strasbourg : "*Considérant, en premier lieu, que les dispositions de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sont pas applicables aux juridictions disciplinaires, qui ne statuent pas en matière pénale et ne tranchent pas des droits et des obligations de caractère civil (...).*" [5]

Le droit disciplinaire ne fait en principe pas partie de la "matière pénale". [6] Car les normes disciplinaires n'ont vocation à s'appliquer qu'à un nombre limité de justiciables. Car ce droit est appliqué sous contrôle de juridictions impartiales. Enfin, parce que la sanction prononcée est différente de la "*sanction qui par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général de la matière pénale.*" [7] Si le droit européen ne confond pas le droit disciplinaire et le droit pénal, les polémiques n'ont pas toutes disparu en droit interne quant à l'avenir de la dualité des responsabilités.

C) Les conséquences du maintien de la dualité

Il faut prévenir la tentation de particulariser la responsabilité pénale des médecins par la création d'un droit pénal spécifique, étranger aux règles ordinaires de compétence juridictionnelle et aux textes généraux du droit pénal commun. "*Le rôle de l'action disciplinaire est foncièrement analogue à celui de l'action publique en matière pénale. Son but est de promouvoir l'application d'une sanction répressive au nom de l'intérêt collectif. (...) L'action disciplinaire étant intentée pour*

---

1 DELMAS-MARTY Mireille, *Les grands systèmes de politique criminelle*, précité, p.37.

2 Arrêt du 23 juin 1981, (Cour plénière série A, n°43), Aff. Le Compte, Van Leuven et de Meyere, c/ Belgique. Au sujet de trois médecins sanctionnés par l'Ordre des médecins de Flandre occidentale. cf. BERGER Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey 3ème éd° 1991, pp.105-107. DUBOUIS Louis, *L'Ordre des médecins, la juridiction disciplinaire et la Convention européenne des droits de l'homme*, R.T.D.Soc. 1982, p.57.

3 "Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.", art.3, C.E.S.D.H.

4 Arrêt du 10 février 1983 (Cour plénière, série A, n°58), Aff. Albert et Le Compte. cf. BERGER Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, précité, pp.110-111.

5 C.E. 29 oct. 1990, C.E. 14 nov. 1990, B.O.N.M. déc. 1991, pp.196-197.

6 Contra cf. en matière de procédure pénale et en particulier en ce qui concerne la publicité des débats et les droits de la défense l'analyse de DEBBASCH Roland, *L'institution de la publicité des instances disciplinaires dans les professions médicales (décret n°93-181 du 5 février 1993)*, J.C.P. 1993-I-3663, n°2.

7 DELMAS-MARTY Mireille et TEITGEN-COLLY Catherine, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, précité, p.167. Cf. spécialement les tableaux des critères d'appréciation de la "matière pénale" en fonction de la technique de qualification en droit interne, de la nature de l'infraction et de la sévérité de la sanction, pp.168-169.

le compte d'un corps secondaire alors que l'action publique tend à garantir l'ordre de la Société. Mais il s'agit toujours de la défense d'un intérêt collectif et par là l'action disciplinaire s'oppose à l'action civile qui n'a d'autre but que la réparation d'une atteinte portée à l'intérêt individuel." [1]

Or, l'Etat répugne par nature à déléguer à autrui le droit de défendre les intérêts collectifs. L'organisation du droit disciplinaire résulte plutôt de la volonté étatique de confier aux professionnels la mission d'apprécier des usages professionnels en raison de la proximité, tant scientifique qu'humaine des praticiens entre eux. Cette délégation de prérogatives exorbitantes du droit commun ne peut s'expliquer que par un souci d'efficacité et de justice.

Confier la police interne d'une profession aux professionnels est le reflet d'un choix de société libérale. L'Etat pense que les représentants des joueurs sont les mieux à même de détecter les fautes commises et de faire respecter les règles du jeu. "*En confiant aux médecins eux-mêmes l'exercice du pouvoir disciplinaire le législateur a entendu marquer à la fois une exigence et une confiance. (...) Une confiance parce que ce pouvoir de prononcer des sanctions - et parfois de graves sanctions - est confié à des médecins désignés par leurs pairs. Ce pouvoir de juridiction confié aux médecins les engage profondément. C'est sur eux que les pouvoirs publics comptent pour éviter des abus préjudiciables aux malades."* [2]

Mais en aucun cas, il ne s'agit de préserver la situation juridique des médecins en créant une justice *ad-hoc*. Le respect de l'égalité des citoyens devant la loi pénale est à ce prix. La responsabilité disciplinaire ne remplace pas la responsabilité pénale ; elle s'y ajoute. Le médecin est un justiciable comme les autres à cela près qu'il encourt une sanction supplémentaire chaque fois que la violation de la loi pénale est simultanément une violation du Code de déontologie.

Cette dualité est d'autant plus heureuse que l'observation des pratiques disciplinaires peut inquiéter, tant en ce qui concerne les hypothèses de mise en jeu de cette responsabilité disciplinaire (1°), qu'en ce qui concerne les sanctions appliquées (2°).

1°) Les hypothèses de mise en œuvre de la responsabilité disciplinaire

L'observation des applications de la justice disciplinaire montre que cette justice ne tente guère de se substituer à la justice pénale en en remplissant la fonction sociale. Compte tenu des devoirs et obligations déontologiques, le contentieux disciplinaire devrait se diviser en deux branches, une première qui règlerait les litiges entre confrères ("police interne"), une seconde qui sanctionnerait les médecins auteurs d'une faute disciplinaire objective (sorte de "police externe" à l'encontre des médecins fautifs envers les malades ou la société). Or, le contentieux de "la police interne" semble occuper presque exclusivement les instances ordinales. [3]

La sanction disciplinaire a perdu son rôle d'intimidation des médecins manquant à leurs devoirs vis-à-vis de la société pour ne représenter qu'une sorte de décision arbitrale de l'Ordre en cas de conflits entre professionnels. [4] Cette constatation s'explique par l'absence d'accès direct du patient

---

[1] BRETHE de la GRESSAYE Jean, Rép.pénal Dalloz, V° *Discipline*, précité, n°65.

[2] O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, p.61.

[3] Sec°disc. B.O.N.M. juin 1989, 24 fév. 1988, 1 mois de suspension pour compérage avec un institut de beauté, 20 juill. 1988, 1 mois de suspension pour violation de la clause de non réinstallation, 20 juill. 1988, 1 an de suspension pour non règlement de dettes, Sec°disc., B.O.N.M. déc. 1991, 22 nov. 1990, 3 mois de suspension pour non paiement de dette entraînant une déconsidération de la profession, 20 déc. 1990, 1 an de suspension pour publicité, Sec°disc., B.O.N.M. déc. 1992, 26 sept. 1991, différends entre associés non-confraternité, 15 jours de suspension, 20 mars 1991, non-reversement d'honoraires à la masse commune, 15 jours de suspension, 21 mars 1991, dettes envers un confrère, 3 mois de suspension, 23 janvier 1991, emprunt auprès d'un malade, 6 mois de suspension, 26 juin 1991, 26 juin 1991, publicité "relaxologue-musicothérapeute", 3 mois de suspension, etc...

[4] La radiation reste une sanction extrêmement rare. Pour la seule application publiée au cours des dernières années cf. Sec°disc. 21 nov. 1991, radiation prononcée à l'encontre d'un praticien atypique " le Dr X, inscrit au tableau comme retraité, avait cependant continué d'exercer la médecine de clientèle sous les apparences d'une activité de médecin salarié du «Centre de recherche et d'enseignement de médecine chinoise».", B.O.N.M. déc. 1992, p.174. Faut-il en conclure qu'aucun praticien n'a commis de violation plus grave de ses obligations déontologiques cette année là, ou que l'Ordre est particulièrement sévère à l'égard des confrères retraités qui font concurrence à leurs cadets ? Sans compter la traditionnelle défiance vis-à-vis des médecines "non-officielles".

à la justice disciplinaire, par la non connaissance du droit disciplinaire par les intéressés, mais aussi et surtout par une certaine forme de solidarité...

On est finalement que peu étonné à la lecture de ce souhait formulé par un médecin qui semble ignorer que ce qu'il propose est la réalité du droit disciplinaire : "*La première chose à faire pour la défense de la médecine libérale est d'exiger que ceux qui font passer la notion d'argent avant celle du service à rendre soient traduits devant un tribunal professionnel qui aurait à sa disposition une gamme de sanctions et la possibilité de supprimer le droit d'exercer à ceux qui déshonorent la profession.*" [1]

2°) Les sanctions appliquées

Les sanctions d'éviction sont rares. Il faut un scandale fortement "médiatisé" pour que la justice disciplinaire prononce des décisions d'éviction radicale à l'égard d'un confrère fautif et encore, est-ce trop souvent après que la justice ordinaire ait prononcé une sanction. Les pairs qui devraient être les mieux placés pour accéder à l'information, et les plus rapides pour intervenir efficacement, se rangent, assez naturellement, à l'avis de la justice ordinaire avant de rajouter, le cas échéant, la sanction disciplinaire à la sanction pénale.

Ainsi, dans le scandale du sang contaminé, on comprend la réaction étonnée des observateurs face à la radiation à vie prononcée par l'Ordre contre un médecin condamné pénalement. Il n'est pas rare d'entendre que s'il était un médecin dangereux, il fallait le radier plus tôt, et que s'il ne l'était pas, il y avait derrière la sanction disciplinaire un comportement de Ponce Pilate...

La sanction disciplinaire privative du droit d'exercer (suspension, radiation) est le signe du retrait de l'autorisation ordinale d'exercer la médecine. Or, la condition d'inscription au tableau de l'Ordre est exigée par la loi, exactement au même titre que le diplôme pour légitimer cet exercice. D'où il faut déduire que le médecin suspendu ou radié n'a plus le droit d'exercer la médecine, les représentants de la profession lui ayant retiré son "permis de soigner". Il est temporairement ou définitivement banni de la communauté médicale et privé de la confiance de ses pairs. Celui qui enfreindrait cette interdiction en accomplissant des actes médicaux serait punissable, en premier lieu d'exercice illégal de la médecine, et en second lieu, du chef des actes accomplis. Il ne pourrait pas se réfugier derrière la permission de la loi pour justifier pénalement les actes commis. La plupart des actes médicaux étant constitutifs de violences prohibées par le Code pénal, "le banni" en rupture de ban serait ainsi "hors-la-loi". Privé du bouclier de la permission de la loi, il serait un délinquant tout à fait ordinaire, responsable pénalement sans aucune forme de justification. [2]

Plus fréquentes sont les sanctions morales : avertissement, blâme. Il s'agit de mesures plus symboliques qu'efficaces qui n'ont d'effet concret que par leur rôle d'intimidation. L'application de ces sanctions permet de penser que le médecin sanctionné sera conscient du risque qu'il encourt sur le plan disciplinaire en cas de récidive. Elle peut dans certains cas avoir des vertus pédagogiques en incitant le praticien à se plonger dans la lecture du Code de déontologie afin de s'imprégner des principes généraux de sa profession et de parfaire sa connaissance des devoirs médicaux.

Sur le plan pénal, la sanction disciplinaire non-privative du droit d'exercer ne peut avoir aucun impact direct. L'autonomie du droit pénal et le principe de la légalité criminelle empêchent toute influence entre les deux procédures. Le médecin condamné à une peine disciplinaire, si elle est non-privative du droit d'exercer, continue à respecter les conditions légalement requises pour exercer la

---

1 LAZORTHES Guy, *L'homme, la médecine et le médecin*, précité, p.277.

2 Hormis peut-être l'état de nécessité en cas d'urgence absolue. Médecin radié prodiguant les premiers secours à des accidentés de la route, par exemple.

médecine. Il est toujours présumé bénéficier du fait justificatif de permission de la loi pour ses actes professionnels.

Conclusion du Chapitre 1

Le médecin n'est donc susceptible d'être pénalement justifié par la permission de la loi que si cumulativement il est diplômé et en règle vis-à-vis de l'Ordre des médecins. L'absence de l'une de ces deux conditions initiales, quelle qu'en soit la raison, le prive du bénéfice du fait justificatif. L'activité médicale est ainsi entièrement soumise à la loi qui en définit l'accès et en sanctionne les exercices irréguliers ou abusifs, directement ou par délégation à l'Ordre des médecins. Ni les hommes, ni les actes ne peuvent s'affranchir absolument des dispositions légales qui sont le fondement de toute vie sociale.

C'est ce qu'exprimait parfaitement il y a presque quarante ans le Professeur Savatier : "*Partout où est engagé l'humain, il y a place légitime pour le juge. Le médecin, parce qu'il est notre maître biologique, est exposé aux vertiges du maître. L'existence d'un juge rappelle à ceux qui se laisseraient aller à ce vertige, la nécessité de se surveiller toujours. Et les médecins eux-mêmes doivent regarder comme salutaire pour leur profession la garde vigilante que monte, autour d'elle, la justice, pour la protection même de cet humanisme qui leur tient tant à cœur. (...) Si grande que soit, envers les médecins, notre dette de reconnaissance, elle ne les met pas, eux-mêmes, à part et au-dessus de cette vie sociale qui est le domaine du droit. Les médecins restent, parmi nous et comme nous, des citoyens et des justiciables. Qu'ils pardonnent aux juristes de le rappeler.*" [1]

Grâce à son diplôme, le médecin détient des pouvoirs juridiques exceptionnels : commettre des atteintes licites à l'intégrité corporelle des patients. En ce sens il a "le droit de blesser". Ce droit ne peut être que relatif et soumis au contrôle du droit, sans quoi il faudrait craindre un véritable "gouvernement par les médecins", comme certains craignent un "gouvernement des juges"...

Mais à ces conditions initiales relatives au diplôme et à la régularité d'installation et d'exercice vis-à-vis de l'Ordre, s'en ajoutent d'autres : la licéité de l'acte médical repose sur la compétence du soignant mais aussi sur la volonté du soigné.

---

[1] SAVATIER René, *Au confluent de deux humanismes : Entente et mésentente entre médecins et juristes*, Conc.Méd., 7 janv. 1956, p.74.

Chapitre 2 : Les conditions relatives à la décision du patient

L'existence et l'étendue des droits de l'homme sur son propre corps sont au centre des travaux d'auteurs éminents dont les efforts n'ont pu aboutir à l'édification d'une doctrine unique. [1] Or, le droit pénal place le corps humain au centre de ses préoccupations. La protection de l'intégrité corporelle des individus est un des buts premiers du droit criminel. Mais, à la différence d'autres branches du droit, le droit pénal, par sa finalité sociale, a la fonction essentielle de déclarer certains comportements illicites et d'assurer la répression des auteurs d'infractions.

Le pénaliste examine les actes accomplis sur le corps humain à la lumière de la frontière tracée par le législateur entre les actes licites et les actes illicites. L'édifice législatif dans son ensemble reflète la volonté de protéger certaines valeurs sociales fondamentales par l'édiction d'incriminations. Le corps humain est une des valeurs protégées par la loi pénale. Or, l'activité médicale consiste le plus souvent à porter atteinte à cette valeur "corps humain".

Il y a donc un conflit objectif entre l'illicéité de toute atteinte à l'intégrité corporelle et la licéité de certains actes médicaux. Ce conflit est tranché par la permission implicite de la loi qui autorise l'activité médicale sous réserve du respect de certaines conditions. La première condition de licéité, qui vient d'être examinée, est que l'atteinte soit pratiquée par un professionnel compétent et régulier vis-à-vis de l'institution professionnelle (cf. supra chapitre 1). La deuxième condition de licéité de tout acte médical repose sur le respect de la volonté du soigné.

La licéité exceptionnelle de l'acte d'atteinte au corps humain dépend de la réunion de toutes les conditions cumulativement exigées par la loi. Le législateur n'abandonne pas la répression des infractions pénales à la disposition des individus victimes qui pourraient de leur seul gré rendre licite ce que la loi pénale prohibe. Le consentement de l'agressé n'est pas suffisant pour justifier pénalement l'infraction commise par l'agresseur. Les bornes de la frontière de la licéité ne peuvent pas être déplacées par le seul bon vouloir des agents.

La licéité de l'acte médical n'est donc pas subordonnée à la seule condition du respect de la volonté du soigné. Le consentement du patient est insuffisant pour être la justification unique de l'activité médicale (section 1), mais il est néanmoins nécessaire. Le consentement est un élément partiel de la justification (section 2).

Section 1 : L'insuffisance du seul consentement comme cause de justification des atteintes au corps

Deux grandes approches s'opposent. Soit on considère que l'individu a la libre disposition de son corps et il convient alors, dans la logique de ce système, de valider juridiquement toutes les atteintes consenties : le consentement justifie tout. Ce n'est pas le droit positif. Soit le droit exige le respect du corps comme impératif absolu et la logique conduit alors à interdire toute atteinte à l'inviolabilité ou à l'intangibilité, affirmée *erga omnes* : le consentement est insuffisant à lui seul. C'est dans cette logique que se place le droit positif.

Il convient d'étudier la théorie individualiste de la libre disposition de son propre corps (§1) pour la confronter aux théories sociales du respect du corps humain (§2).

---

[1] Cf: Notamment, DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, L.G.D.J., Paris, 1960, en particulier n° 281 à 295, p. 187 à 195.

§1) La théorie individualiste de la libre disposition de son propre corps

Cette séduisante théorie peut être résumée par ce mot de Montaigne : "*La vraye liberté, c'est pouvoir toute chose sur soy.*" [1] Malgré la recherche et la découverte de fondements juridiques intéressants (A), le droit positif rejette cette théorie de la libre disposition (B).

A) Les fondements possibles de la libre disposition de son corps

Deux types d'explications coexistent. La première tient plutôt du droit naturel (1°), la seconde se rapproche de la notion de droit de propriété (2°).

1°) La libre disposition de son corps fondée sur des droits naturels

L'être humain est libre de disposer de sa vie tant sur le plan physiologique que psychologique, en étant uniquement limité par les contingences physiques naturelles. Le corollaire de cette théorie est que l'individu est le seul maître de son corps.

L'argument concret essentiel étayant cette théorie est la liberté de choisir de se suicider. [2] La volonté est toute puissante. [3] Les auteurs qui reconnaissent à l'homme une totale liberté d'action sur son corps fondent également leur conviction sur une prétendue liberté naturelle qui reposerait sur l'instinct de conservation : "*Ce désir naturel de se conserver, c'est ce qu'on appelle droit, ou en latin, jus, qui est une innocente liberté de se servir de son pouvoir et de la force naturelle. C'est donc par un droit de nature que chacun peut employer tout son pouvoir et toutes ses forces à la conservation de sa vie.*" [4] La sauvegarde des individus, la paix sociale et l'ordre politique seraient assurés par cette liberté absolue de l'homme sur son corps puisqu'il est présumé être instinctivement tourné vers sa conservation physique. [5]

Enfin, cette liberté naturelle s'impose de manière universelle puisqu'elle protègerait la vie humaine, ce qui est le but de toute société. Le pouvoir accordé à la volonté individuelle est le fondement de toute réglementation normative : "*L'autonomie de la volonté est le principe unique de toutes les lois morales et des devoirs qui y sont conformes.*" [6]

Il est tentant de soumettre les rapports de l'homme avec son corps aux principes issus de la Déclaration des droits de l'homme et au premier des trois mots composant la devise de la République : Liberté. "*L'homme est un corps en même temps qu'il a un corps, et les systèmes juridiques sont dans la dépendance de ces a priori philosophiques. (...) De telles prémisses conduiront le droit positif à laisser chacun s'il le souhaite, mettre librement en pratique pour lui-même les conceptions instrumentales ou distrayantes les plus variées, sous les seules limites de principe, au moins dans les Etats non-totalitaires, de ne pas attenter à la liberté, à la santé ou à la vie d'autrui.*" [7] Pour ce courant de pensée, la nature libérale et démocratique du régime

---

1 MONTAIGNE, *Essais*, Livre III, chap. XII, Pléiade 1962, p.1022.

2 "Grave question que celle de la légitimité du suicide qui n'est qu'une manifestation de la liberté que l'homme a de disposer de soi-même.", GARCON Maurice, Avant-propos in *Peut-on admettre l'euthanasie*, de CHARLES Raymond, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1955, p.3.

3 "La volonté est tellement libre de sa nature, qu'elle ne peut jamais être contrainte", DESCARTES René, (1596-1650), *Les passions de l'âme*, 1649, art.41.

4 HOBBES Thomas, (1588-1679), *Le corps politique*, chap.1, IV.

5 Cf. "Les philosophies de la loi naturelle et du contrat social ne sont pas indifférentes au problème du corps qui occupe une place décisive dans la détermination de leur fondation et de l'essence même du politique. (...) Elles font du problème de sa conservation la question première à partir de laquelle (...) s'élaborent des concepts juridiques fondamentaux, comme ceux de la liberté ou de la propriété.", BUVAT Daniel, *Le corps, objet du droit et du pouvoir*, in *Le corps*, ouvrage collectif, éd° Bréal 1992, p.27.

6 KANT Emmanuel, (1724-1804), *Critique de la raison pratique*, 1788, 1ère partie, chap.1, § 8, trad. Picavet, P.U.F., p.33.

7 GRIDEL Jean-Pierre, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Dalloz 1992, pp.639-640.

politique est synonyme de liberté de l'homme vis-à-vis de son corps. Une règle juridique violant cette liberté est suspectée de totalitarisme.

Pourtant, après avoir exposé ce principe de fondamentale liberté, nombreux sont les auteurs qui affirment sans crainte de contradiction qu'elle doit être bridée chaque fois que l'homme dirige ses actes vers un but "contre-nature" : "*Une loi de nature est un précepte, une règle générale, découverte par la raison, par laquelle il est interdit aux gens de faire ce qui mène à la destruction de leur vie.*" [1] Le respect de la volonté individuelle est de principe tant qu'elle respecte une valeur supérieure : la protection de la vie. [2]

Le droit positif contemporain s'éloigne chaque jour davantage de cette théorie utopiste en restreignant de plus en plus le cadre juridique de la liberté de l'individu sur son corps. La liberté est quotidiennement sacrifiée sur l'autel de la sécurité, de la santé physique, et de la santé mentale. [3] "*L'Etat a de bonne heure imposé dans l'intérêt de l'ordre public sanitaire, des limitations à la liberté des individus. (...) Il a été ainsi amené à limiter la liberté de l'individu dans le domaine de la santé et à formuler, sinon une obligation à la santé, du moins des obligations se rattachant à l'idée générale selon laquelle l'individu doit préserver sa santé ou se traiter quand il est atteint de maladie.*" [4]

La liberté individuelle et l'autonomie de la volonté n'existent sur le plan juridique, qu'autant qu'elles poursuivent le but désigné par l'Etat : préserver la vie et la santé. Tout usage contraire de cette liberté sera donc considéré comme une trahison du "couple santé-morale" [5] et pourra juridiquement être sanctionné. "*Actuellement, l'Etat impose des mesures préventives telles que les vaccinations mais aussi des moyens curatifs comme des traitements médicaux ou du moins l'hospitalisation forcée. Le refus de la personne de se soumettre à ces mesures est sanctionné. Il y a donc une atteinte à la liberté de disposer de son corps...*" [6]

A côté de cette affirmation de la totale liberté fondée sur des droits naturels, il existe une explication de la liberté absolue faisant référence à la propriété.

2°) La libre disposition fondée sur la notion de propriété

Certains ont été tentés d'expliquer les rapports entre l'homme et son corps par la théorie générale du droit de propriété. [7] L'homme serait propriétaire de son corps ce qui lui permettrait d'avoir: "*le droit d'en jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue*". [8] La transposition au corps humain des attributs de la propriété permettrait d'affirmer que l'homme bénéficie de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus* [9] sur son enveloppe charnelle.

---

1 HOBBES Thomas, *Léviathan*, Chap.XIV, p.128.

2 "Comme ce que la volonté veut, c'est toujours la vie, c'est-à-dire la pure manifestation de cette volonté, dans les conventions convenables pour être représentée, ainsi c'est faire un pléonasme que de dire : «la volonté de vivre», et non pas simplement «la volonté», car c'est tout un.", SCHOPENHAUER Arthur, (1788-1860), *Le monde comme volonté et comme représentation*, 1819, trad. A.Burdeau, revue et corrigée par R.Roos, P.U.F., p.350.

3 Cf. par exemple l'obligation de fermeture de la ceinture de sécurité, le port du casque obligatoire, les vaccinations obligatoires, l'obligation de soin des malades contagieux, l'interdiction de certaines intoxications, les règles de traitement des aliénés, etc...

4 AUBY Jean-Marie, *Le droit de la santé*, précité, pp.387-388.

5 L'expression est de Mme KOERING-JOULIN Renée, *Affaires de mœurs*, in *Raisonner la raison d'Etat*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, P.U.F. 1989, p.121.

6 BOUTON Jacqueline, *L'«obligation» de se soigner ?*, Thèse Droit Strasbourg 1990, T.1, p.10.

7 BORRELL Macià, *La personna humana*, Bosc, Barcelone 1954, cité par DECOCQ, n°289, p.192.

8 Art. 544 C.civ.

9 Cf. sur ce point l'argument selon lequel le suicide serait l'abusus du droit de propriété : "La loi qui ne sanctionne plus le suicide depuis le Code pénal de 1791 consacre a silentio l'abusus.", ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, éd° L'hermès, Lyon 1979, "Noli me tangere", vol.2, p.137. Argument qui ne nous convainc pas cf. infra le suicide, pp. 83-86.

Pour réfuter les critiques formulées contre cette vision originale, les partisans de cette théorie précisent qu'il faut appréhender la notion de propriété au sens propriété-fonction sociale, ce qui permet de rappeler que nul propriétaire n'a de droit de disposition discrétionnaire mais un simple libre arbitre soumis au respect d'une fonction sociale. Le législateur conserve le pouvoir d'encadrer les droits des propriétaires et, le cas échéant, d'interdire sous peine de sanctions pénales, les actes créateurs d'un péril social.

Cette analyse ne saurait vraiment convaincre le lecteur, ne serait-ce que par le refus naturel de considérer le corps comme une chose [1], nonobstant le rappel que l'idée de *res* n'est pas nécessairement liée à celle de propriété. [2] Cette conception se rapproche des idées des écoles historique et sociologique, pour lesquelles l'homme n'a de droit personnel que par rapport à un contexte, toute liberté provenant de l'Etat.

Il n'y a qu'un auteur contemporain pour affirmer dans un article très provocateur que "*Cette notion de droit, qui consiste en une appropriation de son corps, est cohérente. Le corps humain est un objet comme un autre dont le propriétaire est parfaitement identifié. Elle est universalisable, tout être humain, potentiel ou non, tout esprit incorporé dans une machine biologique ou non, bénéficie d'un droit de propriété sur cette machine parce qu'il en est l'occupant ou qu'il en a la possession.*" [3]

La première critique à apporter est que le droit de propriété est déjà limité en ce qui concerne les choses "ordinaires" et donc qu'il n'est pas synonyme de liberté absolue. A supposer que le corps puisse être un objet de propriété, il n'est pas exclu que les pouvoirs de la personne-propriétaire sur son corps-objet de propriété soient juridiquement limités par l'intervention du législateur.

La seconde critique porte sur les conséquences possibles d'une "chosification" ou d'une "réification" du corps humain. [4] L'application à l'homme des principes juridiques provenant du droit des biens laisse craindre que le corps soit à terme utilisé comme une chose, soit par son propriétaire soit par un tiers qui peut se voir reconnaître un droit d'expropriation, d'aliénation du corps d'autrui.

L'exemple du statut de l'esclave est à cet égard édifiant. "*L'homme apparaît comme le sujet de droit par excellence, voire par définition. Du même coup, il paraît y avoir une impossibilité conceptuelle à supposer que l'homme soit un non-sujet de droit. Pourtant, à cette impossibilité d'une réification de l'homme, l'institution de l'esclavage apporte un démenti historique. Que ce soit l'esclavage du droit romain ou l'esclavage colonial, l'institution a fait partie de notre civilisation juridique. Or, comment se définit l'esclavage ? Selon les textes de droit international qui ont été élaborés pour en pourchasser les survivances, c'est l'état de l'individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété. Parce qu'il est objet de droit, l'esclave est non-sujet de droit.*" [5]

Expliquer le rapport de l'homme avec son corps par les raisonnements que l'on emploie pour régir les relations de l'homme avec les choses tend à faire du corps une marchandise objet de convoitise, de trafic et d'aliénation. Le corps n'est alors pas protégé en tant que tel. Seul la volonté et le droit du propriétaire sont protégés contre les agressions extérieures. "*Le propriétaire d'une chose peut licitement détruire la chose qui lui appartient, c'est son droit ; et cette*

---

1 Considération déjà rejetée par le droit romain. "Dominus membrorum suorum nemo videtur", (nul n'est propriétaire de son corps), ULPIEN, *Digeste*, IX, 2-13.

2 "A Rome, la res ne désigne pas une chose matérielle, c'est un mot qui fait référence à ce dont il est question dans une affaire juridique", BAUD Jean-Pierre, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil-Des travaux, 1993, p.85.

3 LEMENNICIER Bertrand, *Le corps humain : propriété de l'Etat ou propriété de soi ?*, in DROITS 1991, n°13, *Biologie, personne et droit*, p.118.

4 Sur la terminologie cf. THOMAS Y., *Res, chose et patrimoine, note sur le rapport sujet-objet en droit romain*, in Arch.phil.droit 1980, Tome 25, *La loi*, p.414.

5 CARBONNIER Jean, *Sur les traces du non-sujet de droit*, in Arch.phil.droit 1989, Tome 34, *Le sujet de droit*, p.201.

destruction deviendrait un délit, si la destruction était l'œuvre d'un tiers." [1] Le corps n'est l'esclave de personne, ni d'un tiers ni même de l'individu qui n'en est juridiquement pas totalement maître. La vie en société exige que l'on mette en commun un certain nombre de valeurs dont la protection du corps humain, y compris contre la volonté individuelle. Juridiquement, je ne peux pas tout sur mon corps. [2]

En tout état de cause, il est difficile de prétendre aujourd'hui que l'homme est libre de gérer son corps selon sa seule volonté. Le rapport de l'homme à son corps n'est pas un rapport de liberté parce que le corps humain est plus qu'un substratum matériel de la personne individuelle. Il est une composante de l'humanité, un membre vivant de la société des hommes. *"Ou bien un être humain est autre chose et plus que le corps où il vit, et alors tout n'est pas possible ; des normes élémentaires de respect du droit et de l'être humain sont inévitables et indispensables ; ou bien non, et tout est permis, sans aucune réserve sinon économique."* [3]

Le droit positif contemporain exclut que l'individu soit totalement libre de laisser autrui porter atteinte à l'intégrité de son corps (agression extérieure), mais aussi que l'individu puisse lui-même attenter à son intégrité corporelle (auto-agression). Le droit positif rejette la théorie de la liberté absolue de l'homme vis-à-vis de son corps.

B) Le rejet en droit positif de la libre disposition de son corps

Les partisans de la théorie de la libre disposition invoquent souvent, nous l'avons dit, la tolérance juridique du suicide pour appuyer leur démonstration. Or, le suicide est un acte déviant que la société renonce à punir en raison de l'inutilité de la répression tout en incriminant les comportements de provocation et d'aide au suicide (1°). La répression du duel est un autre signe du rejet de la libre disposition du corps humain (2°).

1°) La question du suicide

L'Ancien régime connaissait une prohibition du suicide, inspirée très largement de doctrines religieuses prônant une simple liberté de gestion de l'homme sur son corps, Dieu en conservant la disposition. [4] La Révolution fit disparaître cette incrimination qui subsista longtemps encore dans certains pays non moins civilisés. *"La jurisprudence témoigne que la transformation apparaît sous l'influence des philosophes dès la seconde moitié du XVIII° siècle. Le droit pénal né de la Révolution supprimera les crimes contre la religion, (...), ou nés de la violation d'interdictions religieuses comme le suicide. (...) On remarquera que la disparition de la liste des crimes du suicide et de l'homosexualité, définitive dans la loi française, n'eut pas lieu ailleurs et, par exemple, en Grande-Bretagne, ces deux infractions subsistèrent jusqu'à une époque récente."* (n.d.l.a. Suicide act 1961) [5] Comme on peut se suicider impunément, n'y a-t-il pas là l'affirmation du droit de disposer de son corps ? Peut-on déduire de la dépénalisation du suicide que qui peut le plus peut le moins ? Si je peux me tuer, je peux m'amputer... La doctrine

---

[1] BADR Mohamed Abdel Aziz, *L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale*, Thèse Droit Paris 1928, p.49.

[2] Sur les théories de l'efficacité absolue du consentement cf. FAHMY ABDOU Antoun, *Le consentement de la victime*, L.G.D.J. 1971, n°47, p.88.

[3] BRUAIRE Claude, *Une éthique pour la médecine*, Fayard 1978, p.36.

[4] "Le suicide signifie l'homicide de soi-même. (..) Le procès est fait à tous ceux qui se donnent la mort. (...) Le procès pourra être fait au cadavre ou à la mémoire du défunt. (...) Lorsque le procès qu'on fait au cadavre & à la mémoire de quelqu'un qui s'est homicidé, peut être instruit & jugé en peu de temps, on conserve le cadavre pour lui faire en quelque sorte supporter la peine dûe à un si grand crime, (...). Les peines ne se prononcent & ne s'exécutent sur le cadavre que pour l'exemple & afin de détourner de commettre de pareils crimes par l'horreur du spectacle." DENISART J.B., *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, V° Suicide, 9ème éd° 1771, T.4, p. 469, N° 1, 3, 4, 8.

[5] LAINGUI André, *Histoire du droit pénal*, Que-sais-je ?, 1985, n°690, p.78-79. Sur tous ces éléments cf: LAINGUI André et LEBIGRE Arlette, *Histoire du droit pénal*, 2 vol., Paris, CUJAS, T.1 Le droit pénal.

unanime, approuve la non-punissabilité du suicide et de sa tentative, mais les raisons de la tolérance varient.

Il n'est pas aisé d'expliquer les raisons qui prévalent à la non-punissabilité du suicide car la plus grande partie des arguments développés pour démontrer l'intérêt de la prohibition de l'homicide d'autrui pour un Etat de droit pourrait être reprise à l'encontre de l'homicide de soi-même. Ainsi, la doctrine enseigne-t-elle que :"*la prohibition du meurtre n'est pas établie dans l'unique intérêt des personnes qu'elle concerne : l'Etat a un intérêt direct et immédiat à conserver la vie du citoyen car celui-ci est un créateur de richesse.*" [1] Or ce souci de l'Etat de préserver la vie du citoyen est indépendant de l'origine du geste mortel, ainsi devrait-on punir autant celui qui tue autrui que celui qui se tue, privant dans les deux cas la communauté humaine d'un de ses membres.

Une explication à cette absence de répression de "l'homicide de soi-même" résiderait dans une présomption générale de démence qui pèserait sur l'auteur d'une tentative de suicide, bénéficiant systématiquement, à ce titre, d'une cause légale de non-imputabilité, (art.64 C.pén.). Mais cet argument est incompatible avec la notion classique de démence, cause personnelle de non-imputabilité, analysée "in concreto" pour chaque délinquant. [2]

Beccaria justifiait l'exclusion du suicide du champ de la répression pénale par des raisons d'inutilité et d'injustice : "*Le suicide est un délit qui semble ne pouvoir être soumis à aucune peine proprement dite ; car cette peine ne pourrait tomber que sur un corps insensible et sans vie, ou sur des innocents*" [3] Mais cette opinion exclut le caractère symbolique et la dimension intimidante de la peine, telle que la décrivait les auteurs de l'Ancien Régime, sans répondre au problème fondamental : se tuer est-il licite ? Y-a-t-il indifférence de la société vis-à-vis du suicide ou simple impossibilité de réprimer ? "*Il faut blâmer hautement le suicide, mais il serait difficile de le punir ; et la pénalité, quelle qu'elle fût, serait presque toujours impuissante ; car les passions qui poussent à la mort seraient plus fortes que l'autorité des lois.* " [4]

La règle normative prohibant l'homicide exclut-elle l'homicide de soi-même ? Il nous paraît, en effet, fondamental de distinguer les hypothèses d'absence de norme répressive et d'inapplicabilité de sanctions pénales à la violation d'une norme existante.

S'il n'existait pas de norme pénale prohibant l'homicide, la question serait résolue par la référence aux règles constitutionnelles. "*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (...)*" [5] Mais le texte contient sa propre limitation "*L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.*" [6] Le législateur est seul maître de la création des incriminations, à condition que ces prohibitions aient pour but l'intérêt général. [7]

Or, la loi pénale interdit l'homicide. Contrairement aux dispositions de nouveau Code pénal, l'article 295 du Code pénal restait évasif sur la question de la victime. "*L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre.*" Cette rédaction n'était pas un obstacle à la répression du suicide si l'on en croit le raisonnement des juristes de l'Ancien Régime qui avaient échafaudé la

---

1 PUECH Marc, *Droit pénal général*, LITEC 1988, n°834, p.296.

2 Cette thèse écarte la question de fond en ramenant le suicidant à un malade ou à un fou : "Si la suppression de soi n'est jamais qu'un acte de démence, abolissant toute lucidité et toute responsabilité. Le problème cesse d'être éthique pour devenir simplement médical. Et le moraliste n'a plus d'autre ressource que de distinguer quand même suicide normal et suicide pathologique, non sans quelque mauvaise conscience.", MEYNARD Léon, *Le suicide, étude morale et métaphysique*, P.U.F. 1958, p.19.

3 BECCARIA, *Des délits et des peines*, § 35, éd° D'aujourd'hui, introduction et commentaire de Faustin HELIE, 1980, p.175.

4 BECCARIA, *Des délits et des peines*, précité, Commentaire de Faustin HELIE, p.182.

5 Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, art.4, 1ère partie de phrase.

6 Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, art.4, 2ème partie de phrase.

7 "La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.", Déclaration des Droits de l'Homme précitée, art.5.

distinction entre homicide de soi-même et homicide d'autrui. Les analystes contemporains ont abandonné la notion d'homicide de soi-même sans véritablement expliquer cette désuétude. [1] La jurisprudence et la doctrine s'accordent néanmoins sur le principe de non répression du suicide. [2]

Les rédacteurs du nouveau Code pénal ont levé l'ambiguïté du mot homicide. Le texte est précis sur la distinction obligatoire entre l'auteur et la victime de l'homicide. "*Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle.*" [3] Il est clair qu'à l'avenir le suicide ne pourra juridiquement pas être qualifié meurtre.

La conséquence juridique logique est de ne pas réprimer la "complicité" de suicide. Ne peut, en effet, être qualifié de complice que celui qui contribue à faciliter la commission d'une infraction objectivement punissable ; le suicide n'étant pas une infraction au regard du droit positif contemporain, on ne peut pas s'en rendre complice.

Des études très importantes ont été menées sur ce point entre les deux dernières guerres mondiales, à l'occasion du projet de Code pénal de 1934. Ce projet proposait, en effet, un nouvel article 369 permettant la répression de la complicité de suicide. [4]

Le droit pénal moderne montre qu'il n'est pas indifférent au suicide. L'infraction de meurtre s'applique au suicide en commun ou au suicide sur demande de la victime. [5] L'euthanasie est un assassinat. [6] Suicider autrui est un crime et inciter autrui à se suicider est aujourd'hui un délit.

La loi du 31 décembre 1987 a érigé en infraction la provocation au suicide, qu'elle soit individualisée ou collective et publique. [7] Ce texte s'applique à toutes les provocations, y compris celles qui pourraient émaner d'un professionnel de la santé. [8] Quelle meilleure preuve que la vie d'un citoyen est pénalement protégée, non seulement contre les agressions extérieures physiques, mais aussi contre les agressions psychologiques qui risqueraient d'inciter un individu à commettre un acte irréparable, que le législateur veut éviter, mais non punir. Il est difficile d'arbitrer entre les droits et les devoirs réciproques des hommes et du groupe social. [9]

---

1 Sur le plan sociologique il n'est pas exclu que homicide d'autrui et suicide soient liés. Les deux gestes seraient des manifestations d'une violence humaine qui se dirige vers l'extérieur ou l'intérieur de la personne, selon les époques et les contextes. cf. "Deux manifestations d'un même état, deux effets d'une même cause, qui s'exprimait tantôt sous une forme et tantôt sous une autre, sans pouvoir revêtir l'une et l'autre à la fois. Le suicide serait un homicide transformé et atténué.", HALBWACHS Maurice, *Les causes du suicide*, Bibliothèque de philosophie contemporaine, librairie Félix Alcan, 1930, p.296.

2 "Le suicide n'est pas en droit français un acte délictueux (...). Le droit respecte le suicide conscient.", BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Que-sais-je?, n°2703, 1ère éd° 1992, p.33.

3 Art.221-1 N.C.pén.

4 Art. 369 projet C.pén. 1934: "Sera puni d'un emprisonnement de 6 mois à 2 ans quiconque, par l'un des moyens indiqués à l'article 118, aura provoqué ou favorisé un suicide ou une tentative de suicide, lorsque cette tentative aura eu pour suite une maladie ou incapacité de travail de plus de 20 jours ou une infirmité permanente ou une lésion grave de même nature. L'emprisonnement sera de 2 à 5 ans si la victime est une personne mineure ou faible d'esprit." TISSERAND Jean, *La répression du suicide, spécialement dans le projet de Code pénal français*, Nancy, imprimerie Georges THOMAS, 1935, p.7.

5 Cf. La situation d'un médecin et d'une infirmière qui avaient décidé de se suicider ensemble en utilisant un mélange de barbituriques et de curarisant. Le médecin ayant survécu et abandonné sa compagne agonisante fut relaxé du délit de non-assistance à personne en danger en raison de l'impossibilité morale (sic) de porter secours. T.corr.Paris 27 juin 1968, Gaz.pal.1968-2-228.

6 Cf. infra la protection pénale de la vie, p.94 et s.

7 "La provocation au suicide tenté ou consommé par autrui sera punie (...) Les peines prévues au présent alinéa seront applicables à ceux qui auront fait de la propagande ou de la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyen de donner la mort.", art.318-1 C.pén. "Quand l'un de ces délits aura été commis par un moyen de communication audiovisuelle, le directeur ou, le cas échéant, le codirecteur de la publication sera poursuivi comme auteur principal (...)", art.318-2 al.2 C.Pén. Ce texte vise à l'évidence à interdire pour l'avenir la publication d'ouvrages du type "Suicide : mode d'emploi". Le nouveau Code pénal reprend ces incriminations dans ses articles 223-13 à 223-15. Cf. BORRICAND J., *Commentaire de la loi du 31 décembre 1987*, J.C.P. 1988-I-3359.

8 La loi pénale contemporaine atteint le but recherché dès 1934 :"Nous pouvons d'ailleurs faire remarquer que le suicide est blâmé par le législateur qui y voit un acte répréhensible ; s'il le laisse donc sans sanction, c'est parce qu'il ne peut atteindre son auteur, mais il n'en est pas de même du complice contre lequel la peine peut utilement s'exercer. Le suicidé serait donc puni virtuellement, mais son complice réellement, et la répression envers celui-ci serait donc légitimée. TISSERAND Jean, *La répression du suicide, spécialement dans le projet de Code pénal français*, précité, p.8. Cf. la bibliographie citée pp.144-145.

9 "Tu trouveras même des professeurs de sagesse pour te refuser le droit de mettre fin à tes jours et déclarer qu'il est sacrilège de se donner la mort : il faudrait attendre la fin fixée par la nature. Celui qui parle ainsi ne voit pas qu'il ferme le chemin de la liberté.", Sénèque (4 av.J.C.- 65 ap.J.C.), *Lettres à Lucilius, lettre LXX*, presse-pocket 1990, p.105.

On ne peut donc pas proclamer que chacun a un droit de se tuer, mais seulement constater que lorsque quelqu'un se tue ou tente de se tuer, le système répressif ne se met pas en œuvre. Si on reconnaissait à chacun un droit à la mort, on devrait logiquement organiser une protection juridique de ce droit, en réprimant judiciairement les tiers ayant perturbé l'exercice de ce droit ...

C'est ce que semblent souhaiter certains : "*La liberté de mettre fin à sa vie, liberté si durement acquise au cours des siècles, mérite-t-elle d'être ainsi restreinte ? La société a-t-elle le droit d'empêcher pour son plein exercice d'obtenir l'aide des autres pour s'assurer que l'acte se passe dans les meilleures conditions possibles ? La justification juridique consistera alors à élever la simple liberté au rang d'un véritable droit subjectif.*" [1]

Dans l'état actuel du droit positif, le suicide n'est pas un droit subjectif. "*Le suicide n'est donc ni un droit, ni une liberté, c'est un simple pouvoir de fait.*" [2] L'évolution du droit ne montre, pour l'instant, ni signe de reconnaissance d'un droit au suicide, ni volonté sociale de répression des tentatives de suicides. Le droit suit en cela la morale pour qui "*L'homme est l'être qui peut se tuer, mais ne doit pas le faire.*" [3]

Il nous faut remarquer que les réflexions dans ce domaine se poursuivent, considérant que la dernière décennie a vu se développer la prise en compte par la collectivité du problème de la qualité de la vie, certains auteurs étudient aujourd'hui le problème de la qualité de la mort. Il existe, en effet, un courant de pensée, auquel appartient notamment Monsieur le Sénateur CAILLAVET, qui prône : "le droit de mourir dans la dignité". [4] Cette notion est à distinguer de l'étude globale de l'euthanasie, ses partisans s'opposant avec vigueur à toute assimilation avec une légitimation générale de l'euthanasie.

La société rejette la libre disposition du corps et refuse donc le droit à la mort, car le suicidant méprise autant la valeur "vie humaine" que l'auteur d'un homicide. Le suicidant est moralement déviant, le meurtrier est juridiquement délinquant.

2°) La prohibition du duel

Si le suicide est une forme individuelle d'homicide et l'euthanasie une forme d'homicide délégué, le duel est un homicide à risque réciproque. L'actualité judiciaire ne nous donne plus d'exemple de duels ayant donné lieu à procès, mais dans le cadre de cette démonstration, il convient de rappeler rapidement les solutions du droit pénal appliquées à ce comportement dangereux.

Le Code pénal de 1810 est muet sur la question. La doctrine et la jurisprudence ont longtemps considéré qu'en vertu du principe *"nullum crimen, nulla poena sine lege"*, il convenait de ne pas poursuivre le duelliste ayant causé la mort ou des blessures à son adversaire. [5] En 1828, dans un arrêt rendu en Chambres réunies, sur conclusions conformes du Procureur Général, la Cour de cassation s'était déclarée favorable à cette impunité du duel. [6] Cette position couronnait une longue série de décisions rendues en ce même sens.

Toutefois en 1837, la Chambre criminelle modifiait totalement la solution jurisprudentielle appliquée au duel, dans un célèbre arrêt rendu au sujet d'un duel mettant aux prises des hommes de loi ! [7] La rigueur et la finesse d'analyse du Procureur Général DUPIN expliquent ce

---

1 BAUDOUIN Jean-Louis et BLONDEAU Danielle, *Ethique de la mort et droit à la mort*, P.U.F. 1993, p.84.
2 GOERGEN André, *Les droits de l'homme sur son corps* , Thèse Droit, Nancy, 1957, p.260.
3 MEYNARD Léon, *Le suicide, étude morale et métaphysique*, P.U.F.-Initiation philosophique 1958, p.3.
4 Cf: Bulletin de l'association pour le droit de mourir dans la dignité, A.D.M.D., annexe n°1.
5 BADR Mohamed Abdel Aziz, *L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale*, précité, p.152 à 161.
6 Cass.Ch.Réunies 8 août 1828, S. 1928.
7 Un duel à l'épée avait eu lieu entre un avoué de Tours et un agréé au Tribunal de commerce de cette ville entraînant mort d'homme, Cass.crim. 22 juin 1837, S. 1837, 1, 465.

revirement brutal : "*Attendu qu'une convention par laquelle deux hommes prétendent transformer de leur autorité privée un crime qualifié en action indifférente ou licite, se remettre d'avance la peine portée par la loi contre le crime, s'attribuer le droit de disposer mutuellement de leur vie et usurper ainsi doublement les droits de la société, rentre évidemment dans la classe des conventions contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public.*"

Malgré quelques résistances des juridictions du fond [1] et de la doctrine [2], le duel reste depuis 1837 punissable. Il est réprimé en fonction de la gravité des atteintes à l'intégrité corporelle effectivement subies par les duellistes : assassinat s'il y a mort de l'un d'entre-eux, coups et blessures volontaires entraînant mutilation le cas échéant, ou même violences légères. L'arrestation des duellistes en cours de combat permettrait de les condamner pour tentative d'assassinat.

L'échange de volonté, fait devant témoins, ne suffit pas à écarter l'application de la loi pénale car les duellistes n'ont pas la libre disposition de leur corps. Les théories sociales qui s'opposent à l'individualisme montrent, au contraire, le principe d'intangibilité du corps humain. L'intangibilité n'est pas un uniforme dont on pourrait se dévêtir à volonté pour décider de se mesurer à l'abri des regards de la société, en dehors des règles du droit commun , comme le font, dans les films américains, les soldats qui veulent se battre "entre hommes" indépendamment des règles disciplinaires et du respect de la hiérarchie.

§2) Les théories sociales du respect dû au corps humain

La doctrine juridique a construit des alternatives à la théorie de la libre disposition du corps humain. Celles-ci peuvent être qualifiées de théories sociales de protection et de respect à l'égard du corps humain. A l'affirmation en doctrine des principes d'intangibilité et d'inviolabilité (A) a succédé une consécration par le droit positif (B). Il conviendra enfin d'étudier quelques pseudo-exceptions à ces théories (C).

A) L'affirmation des principes d'intangibilité et d'inviolabilité du corps humain

Nul ne peut, par principe, "toucher" au corps humain qui est une valeur moralement et juridiquement protégée. La traduction juridique de cette protection est la prohibition de toute forme d'atteinte matérielle à l'intégrité du corps humain. "*La majorité des auteurs oppose, nous l'avons vu, les droits définis aux droits indéfinis, c'est-à-dire aux libertés. Or les droits de l'homme à défendre son corps sont nettement définis. La loi pénale et l'article 1382 du Code civil sanctionnent toute atteinte à l'intégrité corporelle.*" [3]

Les théories sociales de respect du corps humain reposent sur l'affirmation d'une norme protectrice de l'intégrité du corps humain (1°), et sur la reconnaissance limitée du pouvoir de la personne de déroger à la norme (2°).

---

[1] Ch. des mises en accusation de Montpellier 14 déc. 1848, S.1849, 1, 529,. Les magistrats insistèrent sur le silence du législateur de 1810 alors qu'il ne pouvait ignorer l'importance du duel pour une partie de la société de l'époque, silence qu'ils interprétaient comme une volonté d'exclure le duel de la catégorie des faits infractionnels et de lui conserver une impunité totale. La Cour de Cassation refusa ces arguments et cassa la décision de Montpellier, réaffirmant sa Jurisprudence de 1837. Cass.réunies 21 juill. 1849, S.1849, 1, 529.

[2] CHAUVEAU et HELIE, précité, T.3, n°1265 et s., GARRAUD, 3° éd°., T.5, n°1931, pp. 265 et 266.

[3] GOERGEN André, *Les droits de l'homme sur son corps*, précité, p.261.

1°) L'intangibilité et l'inviolabilité : le principe d'une norme juridique protégeant le corps humain

L'intangibilité se définit comme l'interdiction de toucher : " *Adj. Comp. de in négatif et de tangible, lat. tangibilis, du v. tangere, toucher, frapper. (Terme chargé d'une valeur solennelle qui fait imaginer une interdiction absolue.) 1 Dont on ne doit jamais s'écarter. Ex. le principe de la République est intangible. 2 Auquel il est interdit de porter atteinte. Ex. le corps de la personne humaine est intangible.*" [1] Il s'agit de la prohibition générale d'une action.

Alors que l'inviolabilité peut être définie comme le droit d'interdire d'être touché : "*Intangibilité constituant pour une personne, soit un droit fondamental à son intégrité corporelle (inviolabilité du corps humain), soit une protection dans l'exercice de certaines fonctions.*" [2] L'inviolabilité au sens juridique exprime toujours une protection contre une atteinte matérielle extérieure non-consentie. [3] Il s'agit d'un droit individuel de s'opposer à l'action d'un tiers.

Malgré les intitulés différents, et leur emploi alternatif en doctrine, les notions d'intangibilité et d'inviolabilité reposent toutes deux sur le principe que le droit affirme le principe de protection du corps humain (a), principe qui tend à être prochainement affirmé expressément dans la loi (b).

a) L'affirmation du principe de protection du corps humain en doctrine

Les notions d'intangibilité et d'inviolabilité diffèrent essentiellement de la théorie de la liberté absolue en ce qu'elles affirment que le corps humain est protégé contre toute atteinte extérieure en raison d'une organisation normative étatique, mais que l'individu peut ponctuellement déroger à cette norme par le jeu de son consentement. L'institution d'une norme générale de protection de la vie et de l'intégrité corporelle empêche toute analogie avec un système fondé sur la liberté absolue. Il faut d'ailleurs remarquer que nombre d'auteurs contemporains analysent le rapport de l'homme avec son corps comme un droit de la personnalité [4] , ce qui est un nouveau signe du rejet de la théorie de la propriété du corps humain. "*A la personne, l'éthique moderne reconnaît une dignité éminente sur laquelle philosophes et moralistes ont insisté à l'envi. Cette «qualité» de la personne éclaire la liste des droits de la personnalité telle qu'on la donne généralement. L'être humain a, en premier lieu, droit à la vie et à l'intégrité corporelle, et l'on ne peut nier qu'il s'agisse là d'un droit fondamental.*" [5] "*Il faut donc affirmer l'unité de l'homme, et si la personne est inviolable, le corps humain, lui aussi, est intangible, dans les limites du moins ou la personne existe et où cette existence est juridiquement reconnue.*" [6] Cette position peut réunir le pénaliste et le civiliste. "*La nature du droit de tout individu sur son corps est originale. Il ne peut s'agir d'un droit de propriété et il est désormais admis que le droit à l'intégrité corporelle est un droit de la personnalité.*" [7] L'homme a droit au respect de l'intégrité de son corps avant et après sa mort. "*On pourrait parfaitement dire que, de*

---

1 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Intangible*, p.436.

2 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Inviolabilité*, p.447.

3 Inviolabilité parlementaire, inviolabilité du domicile, inviolabilité de la propriété privée.

4 "Droits inhérents à la personne humaine qui appartiennent de droit à la personne physique (innés et inaliénables) pour la protection de ses intérêts primordiaux.", CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Personnalité* (droits de la), p.595.

5 MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel*, Droit pénal spécial par André VITU, Cujas 1982, n°1692, p.1353.

6 MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, *Le droit de disposer de soi-même. Etendue et limites en droit comparé*, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, P.U.Louvain, Bruxelles Bruylant 1982, n°13, p.222.

7 HENRY Xavier, *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse Droit Nancy 1992, n°876, p.995. Cf les nombreuses références citées sur les nuances de la doctrine civiliste. Monsieur le Professeur CHABAS affirme sans détours : "Le droit à l'intégrité physique est un droit de la personnalité", CHABAS François, *Le corps humain et les actes juridiques en droit français*, Ass.Capitant 1975, *Le corps humain et le droit*, p.226.

même qu'il existe un droit à l'intégrité corporelle de la personne vivante, de même il existe un droit à l'intégrité corporelle du cadavre." [1]

Cette protection de principe est toutefois tempérée par la possibilité dérogatoire d'accepter individuellement la "violation" de son corps. L'atteinte à l'intégrité de la personne, déclarée illicite, peut redevenir licite par le pouvoir de la volonté de la personne atteinte. Le principe n'est donc plus celui de la liberté mais celui de la protection. L'exception est la liberté de refuser la protection.

Il existe en doctrine un courant de pensée [2] qui exprime nettement la notion d'intangibilité absolue du corps humain. "*L'intangibilité du corps humain et le droit pénal. Le droit à l'existence (...) est, en même temps que le bien le plus précieux, le premier des droits qui appartiennent à l'individu."* [3]

La personne est en toutes circonstances indissociable de son corps ; elle peut toujours faire respecter en justice son droit à la protection de son intégrité corporelle. Toute atteinte même la plus légère portée sur le corps humain est une agression. La doctrine fait reposer le principe de l'intangibilité sur la maxime empruntée à l'évangéliste Jean [4]: "*Noli me tangere*", pour lui donner une portée absolument générale. "*Noli me tangere n'est pas un adage comme les autres qui ne portent que sur les res. La fidélité à sa règle est affaire de civilisation. La société contemporaine, tentée par de nombreux excès, ne doit pas oublier qu'il est l'adage de la personne, que toucher au corps, c'est souvent toucher à plus qu'au corps parce qu'il est lié mystérieusement à l'esprit : unitas vero personae constituitur ex eis inquantum est unus aliquis subsistens in carne et anima (St Thomas - C'est la subsistance de l'individu en chair et en âme qui fait la personne humaine)."* [5]

Les réflexions laïques rejoignent sur ce plan les doctrines religieuses : le corps humain doit être protégé parce qu'il est le substrat physique de la personne humaine. "*Le droit à l'inviolabilité de la personne est le complément nécessaire du droit à l'intégrité physique et psychique : c'est la barrière qui se dresse devant toute intervention d'autrui. Or, toute personne, même celle dont les capacités physiques et psychiques sont amoindries par la maladie, conserve l'intégrité de ce droit. C'est un droit attaché à la personne telle qu'elle est."* [6] En interdisant de "toucher" à l'intégrité corporelle des individus, le droit est le garant du respect de la personne humaine et de sa dignité. Le corps est intangible, parce que la personne doit rester intangible et partant, plus la personne est affaiblie, plus son corps doit être protégé. [7] "*C'est que le corps d'un homme est une des composantes de la condition humaine toute entière. Et la protection lui est, par conséquent, due. Protection contre les autres mais aussi contre soi-même. Ton corps n'est pas à toi."* [8]

---

1 LABBEE Xavier, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, P.U.Lille, 1990, p.185.
2 EDDE Jean-Louis, *Les droits contractuels relatifs au corps humain*, Thèse Droit Paris, 1954, p.3.
3 MARQUISET Jean, *Les droits naturels*, Que-sais-je?, n°920, 1ère éd° 1961, p.15.
4 Jean XX-17, *Nouveau testament*, éd° Pléiade, Paris 1971, p.338.
5 ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, précité, "Noli me tangere", vol.2, p.137.
6 MOLINARI A. Patrick, *La prestation des soins de santé et le respect des droits fondamentaux : esquisse d'une problématique*, in *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY*, Dalloz 1992, p.771.
7 "De façon paradoxale, le droit de l'homme au respect s'accroît de tout ce qui le diminue dans son être organique, intellectuel et même moral. (...) A l'enfant, au malade, à l'idiot, au condamné, nous reconnaissons un droit plus absolu au respect de tous.", DUPRE la TOUR R.P., *La notion de respect en déontologie*, in *1er Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1955, T.2, p. 237.
8 CHABAS François, *Le corps humain et les actes juridiques en droit français*, Ass.Capitant 1975 *Le corps humain et le droit*, p.227.

Selon BOISTEL [1], le principe originaire est celui d'inviolabilité de la personne, qu'il considère comme un fondement tacite de l'ensemble de notre système juridique. [2] Ainsi, le législateur organise-t-il un édifice répressif pour protéger le droit à la vie et à l'intégrité corporelle des membres du corps social. L'auteur définit cette personne dont il proclamait l'inviolabilité, comme un pouvoir directeur, un pouvoir de vouloir, mais de vouloir le Bien, le Vrai, et le Beau. [3] Cette définition sous-tend une conception globale de la personne distincte de la simple notion matérielle de corps humain vivant.

M. le Doyen CARBONNIER, développant la thèse de BOISTEL ajoute : "*l'inviolabilité de la personne humaine s'analyse en une liberté immatérielle qui a son siège, non dans le corps, mais dans la personne, et prend un caractère absolu.*" [4] La reconnaissance d'une protection juridique de la personne, définie comme une volonté, impose de tracer les contours de la puissance de cette volonté.

La personne peut-elle choisir de renoncer à la protection juridique de son corps ? Ce qui aboutirait à une quasi-liberté de disposition du corps humain. C'est l'avis de SCHOPENHAUER : "*Ce que je fais ne manque jamais d'être ce à quoi je consens ; donc ce qui m'arrive par mon fait a toujours mon consentement et n'est jamais une injustice.*" [5] Cette conception contredit sur ce point la doctrine des devoirs envers soi-même de KANT, doctrine qui repose sur la notion d'universalité. [6] Or, pour KANT, il faut distinguer les principes (sincérité, charité, bienfaisance) et les impératifs catégoriques (respect de la vie, de l'intégrité), les premiers peuvent être subordonnés à la volonté individuelle, pas les seconds. "*Le commandement inconditionné n'abandonne pas au bon plaisir de la volonté la faculté d'opter pour son contraire.*" [7]

b) L'intangibilité et l'inviolabilité introduites expressément dans la loi

Le droit canadien adhère à cette conception et fait référence à l'inviolabilité. [8] "*Le 1er décembre 1971, le corps de l'homme a fait son apparition au Code civil, apparition d'autant plus heureuse qu'on reproche souvent au Code de s'intéresser beaucoup aux biens et très peu à la personne. Les nouveaux articles 18 à 23 apportent des précisions importantes quant au droit de la personne humaine sur son corps. (...) Toutes ces nouvelles mesures législatives se rattachent au principe qu'énonce l'article 19 : la personne humaine est inviolable.*" [9]

La démarche canadienne devance sur ce point l'évolution à venir du droit français qui prévoit d'introduire dans le Code civil une disposition voisine. "*Art.17. Chacun a droit au respect de son corps. La loi garantit l'inviolabilité et l'indisponibilité du corps humain aux fins d'assurer la dignité de la personne.*" [10]

---

1 BOISTEL Alphonse, *Cours de philosophie du droit*, Paris 1899, T.1 n°41 et s. "le principe moral qui protège le droit est l'inviolabilité de la personne humaine. Cette idée, que toute personne est sacrée et inviolable pour toute autre personne, est admise comme une donnée évidente, fournie à tous par le bons sens ; et je ne crois pas qu'aucun esprit, quelque peu réfléchi, ait jamais la pensée de la contester. C'est l'axiome fondamental sur lequel peut et doit s'établir toute la doctrine du droit.", p.72.

2 Le principe est repris entièrement par M. SAINT-ALARY, "La philosophie individualiste du XVIII^{ème} siècle admet comme une donnée évidente, fournie par le bon sens, que toute personne est inviolable pour toute autre personne et que cette inviolabilité de la personne humaine envisagée comme un principe absolu, ne concerne pas seulement l'âme, la volonté humaine, mais également le corps sans lequel l'homme ne pourrait exprimer sa volonté. De ce principe elle déduit l'existence d'un droit de la personne au respect de son corps, un *noli me tangere* fondamental.", SAINT-ALARY Roger, *Les droits de l'homme sur son corps*, in Ann.Fac.Toulouse, 1958, p.68.

3 BOISTEL Alphonse, *Cours de philosophie du droit*, précité, T.1 , n°41.

4 CARBONNIER Jean, note sous T.civ. LILLE, 18 mars 1947, D.1947, 507.

5 SCHOPENHAUER Arthur, *Le fondement de la morale*, 1841, Trad. A.Burdeau, notes A. Roger, Aubier 1978, p.23.

6 "Agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle.", KANT Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, 1785, Paris, éd° Delagrave trad. V.Delbos, 1924, p.137.

7 KANT Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, 1785, précité, p.135. Ce qui permet à KANT de prohiber le suicide.

8 "La personne humaine est inviolable", art.19 Code civil du Canada.

9 MAYRAND Albert, *L'inviolabilité de la personne humaine*, McGill, Wilson & Lafleur éd°, Québec 1975, p.11.

10 "Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le Code civil", Ass.Nat. 25 mars 1992, n°2599, p.11. Cf. également PARIS Gilles, *Les députés affirment l'inviolabilité et l'indisponibilité du corps humain*, Le Monde 25 nov. 1992, p.7.

La valeur normative du principe risque toutefois d'être altérée par l'acceptation de trop nombreuses ou imprécises exceptions. L'affirmation d'une protection juridique du corps humain est anéantie s'il est ultérieurement accepté que cette protection soit largement écartée. C'est pourtant ce que semble appliquer le droit canadien : "*Le principe de l'inviolabilité de la personne humaine, s'il était absolu, serait un peu gênant. L'homme ne tient pas à être intouchable en tout lieu, en tout temps et en toute circonstance.(...) Notre législateur, après avoir énoncé le principe de l'inviolabilité de la personne, s'empresse donc d'y apporter des adoucissements qu'il énonce ainsi à l'article 19 du Code civil : «Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi.» Par conséquent, l'on peut porter atteinte à l'intégrité d'autrui, lorsque cette personne y consent ou lorsque la loi le permet.*" [1] Le mot essentiel est la conjonction "ou" qui exprime le caractère alternatif de la possibilité de dérogation à l'inviolabilité, la loi ou le consentement. Cette alternative se retrouve dans le projet de loi français contemporain. "*Art.19. Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité du corps sans le consentement de l'intéressé (...) ou sauf dispense de la loi.*" [2]

2°) La reconnaissance limitée du pouvoir de la personne de déroger à la norme protectrice du corps

Le principe est la protection du corps par l'interdiction "d'y toucher". L'exception est la possibilité pour la victime de consentir à "être touchée". Le droit n'a jamais affirmé l'immutabilité du corps humain : "*Qualité de ce qui ne peut être volontairement changé.*" [3] L'immutabilité exprime l'indifférence de la volonté quant à la protection juridique du corps humain. [4] Or, il n'a jamais été envisagé une prohibition absolue de toute atteinte au corps humain, à l'égard de tous et en toutes circonstances. Le corps de l'être humain est protégé contre toute atteinte mais le consentement de la personne permet parfois de déroger à cette protection. Cette dérogation n'est pas uniquement limitée par l'intérêt d'autrui (a), mais par la loi (b).

a) La possibilité de déroger à la protection de son corps tant que cela ne nuit pas à autrui

BOISTEL choisit de confier à la personne le droit de déroger pour elle-même à l'inviolabilité érigée en principe à la seule condition de ne pas attenter à l'inviolabilité d'autrui.

"*La personne se sert, comme moyen, de toutes les forces qu'elle a à sa disposition, des puissances qui lui sont soumises par les lois de son organisation intime, de celles qu'elle a pu conquérir ou créer en dehors par l'extension de son activité. Elle met en œuvre d'abord toutes les ressources de sa nature immatérielle (...) elle peut acquérir un droit de disposition absolu, qui n'a d'autre limite que la puissance physique qui n'est limitée par aucune loi morale essentielle. (...) Il devra donc, dans son expansion à l'extérieur, s'arrêter lorsqu'il rencontrera la sphère d'action de ces autres personnes, respectables au même titre que lui. On peut dire ainsi que l'impénétrabilité réciproque est la loi suprême du monde moral, comme elle est une des bases fondamentales de l'ordre physique. Ainsi se dégage et s'établit, comme principe essentiel du*

---

[1] MAYRAND Albert, *L'inviolabilité de la personne humaine*, précité, p.12.

[2] "Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le Code civil", Ass.Nat. 25 mars 1992, n°2599, p.12.

[3] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Immutabilité*, p.407.

[4] La notion d'immutabilité n'est d'ordinaire abordée par la doctrine qu'en matière de transsexualisme. "Dans les arrêts de 1990 (4 arrêts Cass.civ. 21 mai 1990 J.C.P.1990-II-21588. Refusant la notion de changement de sexe, N.D.L.A.) la position de la Cour de cassation va au delà du seul principe d'indisponibilité de l'état, en sanctionnant également celui de l'immutabilité : l'intangibilité interdit que l'on touche à l'état de la personne, en la circonstance de son sexe ; l'immutabilité prohibe que l'on tienne compte d'un possible changement dans l'état, même sans intervention médicale.", BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, précité, p.18.

Droit, l'inviolabilité de la personne humaine à l'encontre de toute autre personne." [1] Ce qui aboutit à rappeler que la liberté de l'individu s'arrête où commence celle d'autrui. [2]

Il est raisonnable d'approuver ces auteurs lorsqu'ils supposent l'existence d'une "norme supra-légale" d'inviolabilité de la personne : *"Tout devoir juridique se résumera dans cette formule : on ne doit pas faire un mal immérité à une personne humaine. Tel sera en morale absolue le principe du droit"*. [3] D'autant plus qu'ils définissent cette personne humaine comme un pouvoir directeur, un pouvoir de vouloir. Mais il nous semble erroné d'affirmer que c'est uniquement ce pouvoir directeur dont le respect s'imposerait aux autres hommes. Il n'est pas possible d'expliquer l'édifice juridique répressif qui distingue ce qui est toujours illicite, ce qui l'est sous certaines conditions et ce qui est toujours licite, par la seule référence à la volonté de l'individu.

Le droit protège le corps humain. Toute atteinte est donc illicite. Une dérogation à ce principe n'est possible que lorsque la loi autorise la personne à consentir à une atteinte à son corps.

b) La possibilité de déroger à la protection de son corps dans les cas prévus par la loi

Sur le plan civil, le droit limite la création d'actes juridiques qui portent sur le corps humain en définissant de manière restrictive les conventions licites, quelles que soient les volontés des parties. [4] Ce qui se traduit particulièrement par la règle tirée de l'article 1128 du Code civil [5] selon laquelle le corps humain est hors du commerce. *"Les conventions portant sur le corps humain sont licites dans leur principe, soumises à l'emprise de la volonté. Mais la volonté n'y est pas toute puissante ; elle reste soumise à l'ordre public, encore relativement prégnant, même si on cherche à l'alléger."* [6]

Sur le plan pénal, il est classique d'affirmer que la volonté de la victime d'une infraction est indifférente vis-à-vis de la répression : *"En principe, ni le consentement, ni la tolérance habituelle, ni le pardon de la victime ne justifient l'infraction pénale. En effet, la répression n'est habituellement pas organisée dans le seul intérêt particulier de telle ou telle victime : elle protège l'intérêt général. Il importe peu qu'une personne ait accepté qu'une infraction soit commise à son détriment ; elle n'est pas seule en cause."* [7]

Aussi faut-il conclure que si l'intégrité du corps humain est protégée, nonobstant la volonté de la personne, il existe une "sacralité juridique" du corps qui dépasse l'individu. Nul n'est totalement libre de disposer de son corps qui fait l'objet d'une protection globale par le droit. La seule volonté est insuffisante à détruire la carapace protectrice du droit.

La loi pénale sanctionne toutes les atteintes à l'intégrité corporelle, de la plus grave, l'homicide, à la plus légère, les voies de fait : elle prohibe toute atteinte au corps humain. La loi pénale compose ainsi une norme générale "anti-tangibilité". La volonté de la personne touchée

---

1 BOISTEL Alphonse, *Cours de philosophie du droit*, précité, T.1, n°45-46, pp.81-82.

2 "Pour l'école libérale ou individualiste, l'idéal de justice que doit poursuivre la règle de droit, c'est assurer le respect de l'activité de chacun. La liberté constitue la racine de tous les droits naturels de l'homme, droits qui s'imposent au respect de l'Etat et constituent une garantie contre son arbitraire. Une seule restriction à la liberté : c'est celle d'autrui.", GOERGEN André, *Les droits de l'homme sur son corps*, précité, pp.10-11.

3 BOISTEL Alphonse, *Cours de philosophie du droit*, précité, T.1, n°47, p.83.

4 Cf. déjà il y a 60 ans JACK Andrée, *Les conventions relatives à la personne physique*, R.C.L.J. 1933, p.362.: "Les conventions sur la personne physique, si elles sont licites en principe, et efficaces, ne constituent guère et constitueront de moins en moins de véritables contrats : la volonté tend à n'y être plus créatrice autonome d'obligations à la charge des contractants, mais à placer seulement ceux-ci dans un statut déterminé."

5 "Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions.", art.1128 C.civ.

6 HERMITTE Marie-Angèle, *Le corps hors du commerce, hors du marché*, in Arch.phil.droit 1988, *La philosophie du droit aujourd'hui*, p.327.

7 MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°446, pp.569-570.

par une atteinte à son intégrité ne saurait détruire le principe d'interdiction, ce qui se traduit par l'inefficacité du consentement de la victime sur la répression des infractions commises.

Pourtant, de nombreuses atteintes sont pratiquées quotidiennement en violation flagrante du principe d'intangibilité ou d'inviolabilité. Comment les expliquer, si la volonté des individus est inopérante ?

Nous pensons que les exceptions au principe d'intangibilité reposent toutes sur l'existence d'une règle normative spéciale édifiant une dérogation à la norme générale : c'est la notion de fait justificatif. Il faut s'écarter des explications fondées sur l'absence ou les lacunes du droit commun et de la prétendue efficacité du consentement de la personne pour affirmer que seule une règle de droit peut contredire le principe juridique fondamental d'intangibilité.

Si l'on peut parfois "toucher" au corps humain, alors que celui-ci est d'ordinaire intangible, c'est parce que le droit reconnaît l'utilité sociale de certaines atteintes au corps humain. "*L'intangibilité du corps humain et le droit pénal. (...) Personne ne peut y porter atteinte, sauf l'Etat, lorsque la défense nationale l'exige puisque chaque homme, suivant le vers de Corneille, «est de tout son sang comptable à sa patrie» - ou lorsque par ses juges il sanctionne un crime de la peine de mort.*" [1]

La plupart des actes médicaux, en violant le principe d'intangibilité du corps humain, entrent dans le champ de la répression pénale, seule la reconnaissance d'un fait justificatif peut expliquer que le droit positif tolère que l'on "touche" à l'intégrité de l'homme. La permission tacite de la loi justifie l'atteinte au corps lorsque plusieurs conditions sont réunies, dont le consentement du soigné.

B) Le droit positif et la consécration des principes d'intangibilité et d'inviolabilité du corps humain

Le droit positif contemporain contient diverses dispositions protectrices de l'intégrité physique de la personne. Le droit pénal, en tant que "bras armé" de la justice, défend un certain nombre de valeurs fondamentales de la société, au premier rang desquelles la vie et l'intégrité physique des êtres humains. La lecture de l'ensemble des infractions punissant les atteintes au corps humain aboutit à dégager "*la sacralité irrationnelle qui entoure le corps et le cadavre humain*". [2] Cette "aura" qui émane du concept de personne est fondée sur le principe d'une protection générale et quasi-absolue du corps humain, appelée intangibilité ou inviolabilité, que la volonté de l'individu ne peut qu'exceptionnellement entamer, lorsque le droit l'y autorise.

Il est classique d'expliquer l'intangibilité du corps d'autrui par le souci des pouvoirs publics de canaliser l'agressivité naturelle de l'homme et le désir de favoriser la paix sociale. [3] Le droit ne se limite cependant pas à interdire la relation agressive entre les individus, il cherche à prohiber la violence en tant que telle, y compris lorsqu'elle est dirigée par l'auteur contre lui-même. L'ensemble des normes juridiques protectrices de l'intégrité physique du corps de la personne crée une forme de nouvelle sacralité laïque : "*Le caractère sacré de la vie humaine et de l'originalité foncière de la personne s'étend aux organes corporels, aux forces, et aux choses qui ont pour fonction naturelle la conservation de cette vie ou de cette originalité.*" [4] Cette idée se rattache aux thèses qui affirmaient autrefois comme postulat la libre disposition. Un postulat en remplace un autre. De nos jours, on renoue avec le sacré sous couvert de l'éthique.

---

[1] MARQUISET Jean, *Les droits naturels*, précité, p.15.

[2] DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, précité, n°389, p.259.

[3] Il a été affirmé parfois que l'Etat prohibait les violences individuelles pour s'assurer un monopole de la force à la base de son autorité. "De nos jours la relation entre Etat et violence est tout particulièrement intime. Depuis toujours les groupements politiques les plus divers - à commencer par la parentèle - ont tous tenu la violence physique pour le moyen normal du pouvoir.", WEBER Max, *Le savant et le politique*, 1ère éd° 1959, Plon 10/18 1990, p.100.

[4] DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, précité, n°26, p.24.

C'est parce que le respect de la vie et de l'intégrité de l'homme constituent des valeurs sociales supérieures qu'un Etat de droit va se doter de règles visant à garantir l'intangibilité du corps d'autrui (1°) et de son propre corps (2°). Il est important, enfin, d'expliquer pour les écarter les pseudo-exceptions au principe (3°).

1°) L'intangibilité du corps d'autrui

La répression qui suit la violation de la règle d'intangibilité a certes pour but premier de sanctionner un fautif, mais elle a comme finalité secondaire un rôle pédagogique de rappel des valeurs : la vie et l'intégrité physique. "*Le droit nouveau a certainement enrichi la doctrine de la défense sociale en nous obligeant de considérer l'importance, à côté de la défense physique (par l'élimination) et de la défense humaine (par la resocialisation), d'une défense intellectuelle : la société punit parce qu'elle exige le respect des valeurs essentielles et, au premier chef, le respect de la loi comme telle.*" [1] Le pacte social qu'est la loi exprime sous diverses formulations le principe de l'intangibilité du corps humain tant vivant (a) que mort (b).

a) La protection pénale de l'intégrité du corps vivant

Le droit pénal érige en infraction toutes les atteintes au corps humain. La privation de la vie est prohibée en tant qu'homicide (α), les actes non mortels sont prohibés en tant qu'atteintes à l'intégrité de la personne (β).

(α) La répression de l'homicide

L'homicide est le fait de donner la mort. La loi pénale punit distinctement l'homicide volontaire et l'homicide involontaire, mais le fait de priver un être humain de la vie est toujours une infraction pénale.

A côté de l'homicide volontaire "simple" qu'il qualifie de meurtre, le Code pénal punit plus sévèrement certains meurtres aggravés en raison des circonstances ou des moyens utilisés, c'est le cas de l'assassinat. D'autre part, certains homicides font l'objet d'incriminations spécifiques : c'est le cas de l'infanticide, du parricide et de l'empoisonnement. [2]

Les médecins sont concernés directement par la question de l'euthanasie. Or, malgré l'évolution des mentalités et le développement de nouvelles approches philosophiques et morales du problème de l'euthanasie [3], la conception juridique est, pour l'heure, claire et constante. L'euthanasie est un assassinat en raison de la préméditation. [4] La volonté de la victime, même "officiellement" démontrée, ne fait pas échec à l'application de la loi pénale qui punit l'homicide. "*L'auteur de l'euthanasie ne saurait se prévaloir d'aucune excuse légale tirée du consentement de la victime puisqu'aucune disposition textuelle de ce genre ne figure dans notre Code pénal.*" [5] L'opération de qualification pénale ne pose aucune difficulté majeure dès lors que l'auteur de l'homicide a conscience de tuer, l'avis de la victime est totalement indifférent. "*Le consentement de la victime ne peut pas plus justifier l'euthanasie qu'il ne justifie d'autres infractions : il s'agit en effet d'un homicide qui n'est conforme quoi qu'on dise parfois, ni à l'intérêt général ni même à*

---

[1] LEGROS Robert, *L'influence des lois particulières sur le droit pénal général*, R.S.C. 1968, p.260.

[2] Art.295 à 304 C.pén., Art.221-1 à 221-5 N.C.pén.

[3] L'Eglise catholique rappelle régulièrement sa doctrine en la matière, "l'euthanasie est un homicide (...) rien n'autorise jamais un homme à disposer de la vie d'un autre, pas plus que de la sienne propre. Le commandement est formel et absolu : «Tu ne tueras pas».", cf. *L'euthanasie, ce que dit le Pape*, Textes choisis par les moines de l'abbaye de Solesmes, Fayard 1990, pp.22-23.

[4] Même sans préméditation, l'euthanasie est un meurtre aggravé du fait de la vulnérabilité de la victime cf. Art.221-4 3° N.C.pén.

[5] CHARLES Raymond, *Peut-on admettre l'euthanasie*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1955, p.3.

l'intérêt de la victime. (...) Toutes ces raisons se conjuguent pour enlever à l'euthanasie la moindre valeur justificative : l'euthanasie est un assassinat ou un meurtre, car nul n'a le droit de tuer, fût-ce par charité." [1]

Il faut cependant remarquer que les recueils de jurisprudence sont pauvres en condamnations pour euthanasie, parce que le contentieux est peu important en volume et surtout parce que les décisions de justice montrent une fréquente clémence à l'égard des auteurs d'euthanasie. La raison essentielle est la sensibilité des jurys de Cour d'Assises aux questions de faits et leur tendance naturelle à juger en équité. [2] La longue liste des verdicts d'acquittement [3], invoquée par les partisans d'une légalisation de l'euthanasie, ne constitue pourtant qu'autant de cas particuliers qui ne remettent pas en cause le principe général selon lequel le consentement de la victime ne justifie pas l'infraction d'assassinat.

La vie humaine est également protégée par l'incrimination de l'homicide involontaire. [4] Une grande partie du contentieux de la responsabilité pénale des médecins l'est de ce chef. [5] Le nouveau Code pénal introduit la notion d'imprudence consciente qui consiste à mettre une personne en danger "*par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement*". [6] Cette innovation risque fort de s'appliquer ultérieurement à certaines imprudences médicales caractérisées.

Cette nouvelle infraction contribue à augmenter la protection de la vie humaine en interdisant l'exposition à un risque mortel indépendamment de tout résultat. Si l'on ajoute à cette description le délit d'omission de porter secours à personne en péril [7] , il apparaît que la vie humaine est pénalement protégée par de nombreux textes d'incrimination. Tuer autrui, volontairement ou par accident, mettre autrui en danger ou lui refuser un secours, sont des comportements prohibés parce qu'ils attentent, même indirectement à la valeur sociale protégée par l'intangibilité : la vie humaine. [8]

---

[1] MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°448, p.572.

[2] "Le juré n'est pas juriste. C'est un homme qui juge sans avoir le sens très net de la responsabilité de la répression, confondant avec facilité l'intention et le mobile et préférant parfois se réfugier dans une quiète abstention, considérant que l'acquittement d'un coupable ne laisse jamais l'amertume provoquée par la condamnation d'un innocent.", COLLIGNON, *Réflexions sur l'euthanasie*, R.D.P.C. 1950, p.51.

[3] 1909, acquittement de l'ouvrier Baudin ayant donné la mort à son épouse qui le suppliait, 1912, acquittement d'un ancien Procureur de la République qui avait tué sa femme hémiplégique à sa demande, 1925, acquittement de la pianiste Oninska qui avait tué son fiancé, l'écrivain Zinoski, atteint d'un cancer en phase terminale, 1929 acquittement sous les applaudissements de la foule de Richard Corbet, accusé d'avoir tué sa mère atteinte d'un cancer inopérable, 1951, non-lieu pour Suzanne Ouf qui avait supprimé sa mère impotente sur ses suppliques, 1954 acquittement de Mohamed Sekal qui avait égorgé sa compagne pour mettre fin à ses souffrances, 1955 acquittement de Benetto Zepponi bien qu'il ait tué sa femme à sa demande, 1962, acquittement de Luisi Faïta pour des faits similaires, 1962 acquittement de Suzanne Vandeputte par la Cour de Liège en Belgique poursuivie pour avoir empoisonné son enfant né malformé, 1984, acquittement d'un instituteur pour l'euthanasie de sa mère incurable. cf. CHARLES Raymond, *Peut-on admettre l'euthanasie*, précité, pp.98-103, BRUN-LACOSTE J., *L'euthanasie et la tentation de légiférer*, Mémoire de D.E.A. de sciences criminelles Nancy, 1985, pp.25-26, BARRERE Igor et LALOU Etienne, *Le dossier confidentiel de l'euthanasie*, Stock 1962, p.172.

[4] Art. 319 C.pén. et Art.221-6 N.C.pén.

[5] "La doctrine distingue trois catégories de fautes entraînant la responsabilité contractuelle du médecin : d'abord les fautes contre le devoir d'humanisme (...), ensuite les fautes contraires au devoir de prudence pesant sur toutes personnes, enfin les fautes de techniques médicales. Ce sont surtout en général ces deux dernières catégories de fautes qui sont susceptibles d'entraîner la responsabilité pénale du médecin sur le fondement des articles 319 et 320 du Code pénal.", DUMONT Jean, J.-Cl. pénal, art.319 à 320-1, 8-1992, n°183, p.23.

[6] Art.223-1 N.C.pén.

[7] Art.63 al.2 C.pén., Art.223-6 al.2 N.C.pén.

[8] Pour le cas particulier des violences volontaires qui entraînent la mort sans intention de la donner, infraction que les pénalistes qualifient de "coups mortels" cf. Art.311 C.pén., Art.222-7 N.C.pén.

(β) La protection pénale de l'intégrité du corps humain

Le principe d'intangibilité ou d'inviolabilité se prolonge au travers de la protection de l'intégrité du corps humain contre toutes les atteintes volontaires ou involontaires, de la plus grave à la plus bénigne. Toutes les violences sont pénalement prohibées dès lors qu'elles touchent au corps.

Le droit pénal français organise la protection de l'intégrité corporelle par "*un système synthétique qui divise en quelques grandes catégories les types de lésions d'après la gravité de leurs conséquences : blessures légères, graves, très graves*". [1] Les infractions les plus graves en la matière sont celles qui révèlent des comportements tortionnaires, y compris sur le plan psychologique [2], et les violences qui entraînent des effets irréparables.

L'atteinte à l'intégrité corporelle la plus grave est celle qui lèse irrémédiablement les capacités organiques de l'être humain : la mutilation [3], bien que le nouveau Code pénal ait correctionnalisé cette infraction [4], sauf dans certains cas comme la mutilation d'un mineur. [5]

La mutilation est une détérioration définitive d'un organe du corps humain, elle se distingue de l'amputation qui consiste à retrancher un membre d'un corps vivant. Nous pensons que toute amputation est une mutilation mais qu'on peut mutiler un membre sans pour autant l'enlever, ce qui signifie que toute mutilation n'est pas une amputation. Ces deux notions sont regroupées sous le terme générique d'infirmité permanente. [6] Sont exclus de la catégorie des parties du corps humain susceptibles d'être mutilées les organes régénérables, comme les ongles et les cheveux. Il peut, certes, y avoir violences volontaires dirigées contre ces parties du corps, et même des actes de tortures tels que l'arrachage des ongles, mais, à notre avis, pas de mutilation.

Les mutilations qui nous intéressent dans le cadre de cette étude sont toutes celles qui peuvent être demandées ou admises volontairement par un être humain. Il existe, indéniablement, un certain nombre de mutilations qui sont réclamées par les individus ou leur entourage. Il conviendra de les analyser quant à leur "statut" juridique particulier [7], d'autant plus que certaines de ces mutilations sont accomplies par des médecins. Il faut d'ores et déjà constater que toute atteinte mutilante peut recevoir une qualification pénale criminelle. Le droit pénal protège l'intangibilité du corps humain en sanctionnant les blessures graves ou même plus légères qui peuvent lui être causées, nonobstant le consentement du sujet de la mutilation.

Sont également punissables toutes les agressions, même la plus légère, contre l'intégrité du corps d'autrui. Le législateur n'a pas choisi de construire un système analytique définissant chaque type d'acte de violence prohibé. Il englobe dans les actions incriminées tous les coups, blessures, violences et voies de fait sans distinguer spécialement la nature de chacun de ces

---

1 MERLE et VITU, *Droit pénal spécial,* précité, n°1736, p.1396.

2 "Le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbaries est puni de quinze ans de réclusion criminelle", Art.222-1 N.C.pén.

3 Le verbe mutiler renvoie toujours, dans le sens courant, à la notion de retranchement ou de destruction d'un organe du corps humain. Certains, pourtant, pensent que le terme de mutilation est lié, spécifiquement, au domaine des organes sexuels. "Bien que mutilatio, unique source étymologique latine de ce mot dans les langues romanes, ne comporte pas de référence directe à la castration, kolos, l'une de ses sources étymologiques grecques, dérive elle-même de la racine sanskrite Klib donnant Kliba qui signifie «impuissant, émasculé, eunuque».", EHRLICH Michel, *Les mutilations sexuelles*, Que-sais-je ? n°2581, 1991, p.4. Cf. infra La prohibition pénale de l'excision, p. 106 et s.

4 "Toute personne qui, volontairement, aura porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné une mutilation, une amputation ou la privation de l'usage d'un membre, la cécité, la perte d'un œil ou d'autres infirmités permanentes, sera punie d'une peine de cinq à dix ans de réclusion criminelle.", Art.310 al.1 C.pén. "Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende", Art.222-9 N.C.pén.

5 "L'infraction définie à l'article 222-9 est punie de quinze ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est commise : 1° Sur un mineur de quinze ans ", Art.222-10, N.C.pén.

6 Ainsi, bien que la rate ne soit pas nécessaire à la survie : "Attendu (...) que l'ablation de la rate résultant des violences incriminées est une mutilation ; que la suppression de cet organe est, en outre, de nature à entraîner pour la victime une infirmité permanente.", Cass.crim. 18 déc. 1962, Bull.crim. 1962, n°375, pp.771-772.

7 Cf. infra les solutions claires du droit pénal spécial, et en particulier l'automutilation en droit pénal militaire, p. 106.

comportements qui est punissable en fonction du préjudice subi par la victime. [1] Ce mouvement d'assimilation des faits de violence culmine dans le nouveau Code pénal qui n'utilise plus qu'un seul terme pour caractériser les atteintes volontaires à l'intégrité corporelle autres que les homicides : le terme de violence. [2]

La hiérarchie des infractions volontaires distingue les violences entraînant plus de 8 jours d'incapacité temporaire totale (I.T.T.), les violences causant moins de 8 jours d'I.T.T. et les violences ne causant pas d'I.T.T. [3] Il n'est pas nécessaire d'analyser en détail la frontière tracée par la jurisprudence entre ces deux incriminations pour affirmer que l'intégrité du corps humain est pénalement protégée non seulement contre les atteintes graves mais aussi contre les atteintes les plus légères. Gifler, bousculer, secouer, arroser, cracher sur autrui peuvent être sanctionnés au titre de ces violences [4] qui ne nécessitent pas forcément qu'il y ait eu un contact physique avec le corps de la victime.

Les atteintes involontaires à l'intégrité corporelle sont également punies en fonction de la gravité du préjudice subi par la victime, selon qu'il dépasse ou non 3 mois d'I.T.T. Le manquement délibéré à une obligation de sécurité est un facteur quasi-général d'aggravation de la répression. [5]

La constatation de la prohibition de l'atteinte, même la plus légère, outre qu'elle renforce selon nous la théorie de l'intangibilité absolue du corps humain, montre l'étendue de l'édifice que constituent le droit pénal et la conception de l'homme qui le soutiennent. L'intégrité corporelle est une sorte de trésor qu'il est interdit d'entamer et même d'égratigner. Le principe juridique ainsi consacré est bien celui de l'interdiction générale et impersonnelle de "toucher" le corps d'autrui.

Le bénéfice de l'intangibilité profite à l'être humain vivant parce qu'il est une personne, au sens juridique du terme, et que cette personne tient une place fondamentale au centre des préoccupations protectrices du législateur. Et même la mort n'efface pas ce respect dû au corps humain.

b) La protection pénale de l'intégrité du cadavre

Le corps de l'être humain est protégé contre toute atteinte à son intégrité par autrui. Le droit à l'intégrité physique, qui peut être inclus dans les droits de la personnalité, bénéficie à l'homme de son vivant mais aussi après sa mort. "*L'Etat protège le corps humain, même après la mort. (...) En réglant son ensevelissement et sa sépulture, l'homme entend que, lorsqu'il aura cessé de vivre, il ne soit point touché à son corps et qu'on le laisse subir sans trouble l'œuvre de sa destruction.*" [6] Celui qui fut une personne, au sens juridique, continue à entrer dans le champ de protection institué par la loi pénale. Le principe d'une protection du cadavre a succédé à la protection de la sépulture (α), les atteintes au cadavre sont des exceptions limitativement réglementées (β).

---

1 "On appelle coups et violences volontaires ou, plus exactement, selon la terminologie du Code pénal, coups, violences et voies de fait, des actes par lesquels s'expriment l'agressivité et la brutalité de l'homme, dirigées contre ses semblables et leur causant des lésions ou des traumatismes plus ou moins graves.", MERLE et VITU, Droit *pénal spécial*, précité, n°1735, p.1395.

2 Art.222-7 à 222-14 N.C.pén. (Titre 2, Des atteintes à la personne humaine, chap.2 Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne, section 1 Des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, §2 Des violences).

3 Art.309 C.pén. et Art.222-11 N.C.pén. (I.T.T.> 8 j.), R.40-1° C.pén. et Art.222-13 N.C.pén. (I.T.T.< 8 j.), Art.R.38-1° C.pén. et Art. R.625-1 N.C.pén. (Décret 29 mars 1993) pour les violences légères.

4 Cf. MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1758, p.1417, VERON Michel, *Droit pénal spécial*, Masson 1988, p.126.

5 Art.320 C.pén. et 222-19 al.1 N.C.pén. (I.T.T.> 3 mois), Art.R.40-4° et Art. R.625-2 N.C.pén. (I.T.T.< 3 mois).

6 MARQUISET Jean, *Les droits naturels*, précité, pp.110-111.

(α) De la protection de la sépulture à la protection du cadavre

La violation de la dernière demeure d'une personne défunte a toujours été incriminée et assortie de sanctions pénales [1], parce que ce type de délinquance existe et choque. "*Sera puni d'un emprisonnement de trois mois à un an et de 500 F à 15000 F d'amende, quiconque se sera rendu coupable de violation de tombeaux ou de sépultures ; sans préjudice des peines contre les crimes ou délits qui seraient joints à celui-ci.*" [2] Les buts qui peuvent amener un être humain a extirper un cadavre de la tombe où l'humanité pensait l'avoir inhumé pour un repos éternel sont divers : "*Les mobiles qui peuvent pousser à l'exhumation d'un corps sont d'une rare variété. La science conduit à Toutankhamon, la politique à Philippe Pétain, la cupidité à Martine Carol, le souci de l'ordre public à Jan Palach.*" [3] A quoi nous pourrions rajouter, la nécrophilie [4], le racisme ou la bêtise [5], la quête superstitieuse d'un onguent magique [6], et bien évidemment l'intérêt médical de la dissection et l'intérêt judiciaire de l'autopsie.

Tout acte portant atteinte au cadavre humain est-il punissable, sachant que l'infraction visée à l'article 360 du Code pénal ne protège que les tombeaux et sépultures ?

L'actuel texte français d'incrimination ne protège pas le cadavre en tant que tel, ni le tombeau vide. [7] L'esprit du texte d'incrimination est qu'il existe : "*une indivisibilité entre le tombeau, au sens matériel du mot, et les dépouilles mortelles qu'il contient. (...) L'exposé des motifs du code pénal emploie l'expression : «troubles du dernier asile», qui a bien le parfum de son époque.*" [8] Il faut en déduire que la sépulture existe juridiquement lorsque le cadavre est l'objet d'au moins un acte de préparation à son ensevelissement [9], tel que, mise en bière,

---

1 Selon DIERKENS ce délit était réprimé par le droit romain, la législation salique et l'Ancien Droit, DIERKENS Raphaël, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Masson, 1966, p.174 cf. aussi LABBEE Xavier, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, précité, p.218.

2 Art.360 C.pén. Article modifié le 29 décembre 1956, le 30 décembre 1977 et le 7 août 1985 sur le montant des amendes.

3 GEORGEL Jacques, *Le droit au corps, cadaver*, Revue des droits de l'homme 1974, p.502.

4 "Les Egyptiens, par exemple, comme nous le relate Hérodote, (Histoires, livre II, chapitre 89), accordaient une confiance limitée aux embaumeurs : « Les épouses des notables d'Egypte, après leur mort, ne sont pas livrées immédiatement aux embaumeurs, surtout quand elles ont un renom de beauté. On attend trois ou quatre jours. Les Egyptiens font cela pour que les embaumeurs ne profanent point le corps des femmes." cité par DANSEL Michel, *Le sergent Bertrand, portrait d'un nécrophile heureux*, Albin-Michel 1991, p.11. Le sergent Bertrand défraya la chronique par son comportement de nécrophile maniaque sévissant dans de nombreux cimetières de France, au gré de ses garnisons. Blessé le 13 mars 1849 par une machine infernale conçue par les gardiens du cimetière Montparnasse exaspérés par les profanations répétées, ayant donné naissance à la rumeur du vampire de Montparnasse. Il fut condamné en 1849 par le 2° conseil de guerre de Paris à un an de prison pour "violation nocturne de sépulture et mutilation de cadavre", terminologie employée à l'époque pour l'article 360 du Code pénal, appliqué en son maximum du quantum de l'emprisonnement, cf: DANSEL Michel, *Le sergent Bertrand, portrait d'un nécrophile heureux*, précité, l'auteur décrit, en particulier les errances des psychiatres sur l'appréciation du psychisme de Bertrand, (143-208), et les présomptions de récidive, vers 1864 au Havre, que ses recherches tendent à démontrer, (pp.231-238) Tel auteur dramatique contemporain ne tient-il pas des propos comparables aux goûts et appétits morbides du sergent Bertrand : "J'ai en moi cette illusion tellement grande de pureté et je porte un regard sans connivence sur le nauséabond de la vie. (...) J'ai toujours des idées espagnoles très arrêtées. Ainsi je ne trouve pas abject de faire l'amour avec une morte : tout peut être sublimé.", Fernando ARRABAL, *Les jeux d'échecs d'Arrabal*, Le Monde 30 nov. 1973, p.15. La nécrophilie est aussi l'apanage de certains criminels contemporains tels que Jeffrey Dahmer condamné en 1992 à 957 années de prison pour avoir tué, mangé et profané les cadavres de plus de quinze victimes à Milwaukee, cf. VERGES Jacques, *Les sanguinaires*, J'ai Lu, 1992, pp.211-243.

5 Nous pensons au saccage du cimetière juif de Carpentras dans la nuit du 8 au 9 mai 1990.

6 T.corr. Fort-de-France 22 sept. 1967, J.C.P.1968-II-15583 note Biswang, affaire dans laquelle deux individus voulaient se procurer des morceaux de corps humain dans l'espoir de rendre des coqs de combats invincibles...

7 Au contraire du Code pénal italien qui prévoit outre la violation de sépulture, (art.407), les actes de mépris envers le cadavre, (art.410), la destruction, suppression ou soustraction de cadavre, (art.411), et l'usage illégitime de cadavre, (art. 413), cf : DIERKENS Raphaël, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, précité, p.175 note 7. "Dans l'interprétation jurisprudentielle, la protection légale couvre non seulement le tombeau lui-même, mais aussi tous les accessoires de la sépulture, (...). Mais il est évident qu'on ne pourrait pas retenir le délit de l'art.360 pour protéger un tombeau qui n'aurait pas encore été utilisé pour la sépulture d'un être humain.", MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°2044, p.1658.

8 KORNPROBST L., *L'étendue et les limites de la responsabilité médicale du point de vue juridique*, in 2ème *Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, p.117.

9 "Le Code français, à la différence de certaines législations étrangères, ne réprime pas la violation de cadavres mais de sépultures, la Cour de cassation estime impunissable les profanations matérielles commises envers un cadavre qui n'a encore reçu aucun préparatifs funéraire.", MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°2044, pp.1657-1658. Contra cf. "ce sont les restes de l'homme, et non le tombeau lui même, que la loi a voulu défendre contre toute profanation ; par suite ce ne sont pas seulement les actes matériels

placement dans un contenant réfrigérant, tiroir, sac ou volige, placement dans un local spécialisé. Que penser du simple recouvrement d'un drap ou d'un linceul ? Le recouvrement d'un cadavre par un tissu mérite d'être étudié pour définir s'il constitue une sépulture, au sens de l'article 360 du Code pénal. Certains l'affirment : "*Depuis toujours le critérium est celui de l'ensevelissement, c'est-à-dire la mise du corps dans le linceul qui le recouvrira, suivant la définition même de Littré. Le corps est enseveli dès qu'il est prêt pour l'inhumation.*" [1]

Nous pensons que l'incrimination de violation de sépulture vise à protéger l'ensemble cadavre-tombeau, dès lors qu'on lui a donné une dernière demeure définitive. [2] Tant que le corps et son contenant doivent être modifiés, il ne s'agit encore pas d'un acte préparatoire à l'inhumation, et on ne peut pas encore retenir la notion de sépulture. [3]

Le critère est donc unique : les préparatifs d'une inhumation définitive. Sa détermination doit être fondée, à la fois sur les actes matériels accomplis et sur le but de ces actes. Sans préparatifs funéraires, il n'y a pas de sépulture, en cas de préparatifs en vue d'un transport, d'une autopsie, d'un prélèvement, ou de tout autre but différent qu'une inhumation définitive, il n'y a pas de sépulture. [4] C'est pourquoi nous contestons qu'une autopsie pratiquée en violation des règles légales constitue, dans l'état actuel du droit, le délit de violation de sépulture. [5]

En 1992, le législateur a estimé nécessaire, contrairement au projet de Code pénal publié en 1986, d'instituer une protection spécifique du cadavre humain. Les rédacteurs du nouveau Code pénal ont choisi d'insérer l'incrimination des atteintes au cadavre dans la partie réservée aux crimes et délits contre les personnes. [6]

L'incrimination est la suivante : "*Toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d'un an d'emprisonnement et de 100000 francs d'amende.*" [7] Cette infraction nouvelle institue pour la première fois en droit français une protection spécifique de la dépouille mortelle indépendamment de la sépulture. L'infraction nouvelle impose une analyse de la licéité des atteintes au cadavre pratiquées par des médecins, en particulier dans le domaine de l'autopsie et du prélèvement d'organes car le corps mort est aujourd'hui protégé contre les atteintes à son intégrité propre. Le texte permettra de poursuivre aussi bien les préleveurs déviants que les nécrophiles pervers.

---

commis contre les sépultures que la loi a entendu punir, mais les outrages faits au cercueil, au lit mortuaire, et au cadavre lui-même.", GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, T.V, n°2291, note 4.

1 KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, précité, p.473.

2 Il faut pour être précis différencier les linges utilisés pour couvrir le corps des morts. Les préparatifs funéraires s'étalant sur une période de temps, il faut délimiter le moment à partir duquel la protection légale est applicable. Le linceul ou suaire est destiné à envelopper définitivement la dépouille mortelle, c'est pourquoi nous considérons qu'il constitue une sépulture qui, bien que précaire, mérite la protection de l'article 360 du Code pénal. Au contraire, les pièces de toile utilisées dans d'autres perspectives que l'inhumation ne doivent pas entrer dans la définition de sépulture. Ce sera le cas des draps du lit de mort, relevés sur le visage du défunt pour couvrir son visage, et des linges utilisés par le personnel spécialisé pour les déplacements d'un corps non figé par la rigidité cadavérique. Les contenants mobiles, souples ou rigides, employés pour le transport des corps, (Sacs isothermes, enveloppes de transport sous hélicoptères, etc...), doivent être exclus des prescriptions légales car ils ne sont pas des préparatifs de l'inhumation et ne sont pas destinés à envelopper le corps définitivement.

3 Malgré la décision du tribunal de Domfront, trop imprécise dans les motivations de la relaxe pour fonder à elle seule une extension du concept jurisprudentiel de sépulture.T.corr. Domfront 21 déc. 1945, note Roger NERSON, précitée.

4 Cf: Le cas d'une césarienne pratiquée sur une morte par le Vicaire de la paroisse d'Olliergues dans le but d'administrer le sacrement de baptême au fœtus qui avait, par ailleurs, cessé de vivre. La Cour d'appel de Riom relaxa l'abbé GIEBERKAS en précisant d'une part qu'il n'y avait pas eu outrage envers la dépouille de la mère et, d'autre part, qu'aucun apprêt funéraire n'avait eu lieu Cass.crim.20 juin 1896, S.1897, p.105 Ce comportement rappelle celui de Guy DESNOYERS, connu sous l'appellation de curé d'Uruffe, condamné aux travaux forcés à perpétuité le 26 janvier 1958 par la Cour d'assises de Meurthe-et-Moselle, pour l'assassinat de sa maîtresse, enceinte de ses œuvres, ayant extrait l'enfant, immédiatement après son crime, pour le baptiser.

5 Contra cf. "L'autopsie d'un corps humain constitue un acte exceptionnel qui ne doit être pratiqué que dans les cas prévus par la loi. En dehors de ces cas, la responsabilité civile pourrait être engagée ; il n'existe pas , semble-t-il, de sanctions pénales correspondant à ce cas, mais on estime que l'on pourrait appliquer l'article 360 C.pénal sur la violation de sépulture.", AUBY Jean-Marie, *Le droit de la santé*, précité, p.460.

6 Loi 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, Livre II, des crimes et délits contre les personnes, Titre 2, des atteintes à la personne humaine, chapitre 5, des atteintes à la dignité de la personne, section 4, des atteintes au respect dû aux morts.

7 Art.225-17 al.1, N.C.pén.

L'incrimination de la violation de sépulture n'a pas disparu et conserve une utilité particulière. Sa définition est élargie : "*La violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépultures ou de monuments édifiés à la mémoire des morts est punie de un an d'emprisonnement et de 100000 francs d'amende.*" [1] Ce qui recouvre globalement l'ancienne incrimination de l'article 360 du Code pénal, mais l'élargissement des textes permet aujourd'hui de dissocier réellement protection du cadavre et protection de la sépulture, d'autant que les faits matériels qui portent atteinte aux deux valeurs protégées séparément sont punis plus sévèrement : "*La peine est portée à deux ans d'emprisonnement et à 200000 francs d'amende lorsque les infractions définies à l'alinéa précédent ont été accompagnées d'atteinte à l'intégrité du cadavre.*" [2]

L'intangibilité du corps humain, qui s'entend au premier chef, du corps de la personne vivante se poursuit donc partiellement après la mort. Et le droit pénal prolonge sa mission de protection de l'intégrité corporelle en permettant, hier, de réprimer la violation de sépulture, et dès l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, de sanctionner les atteintes à l'intégrité corporelle du cadavre.

(β).Les atteintes au cadavre sont des exceptions limitativement réglementées

Le droit est traditionnellement "*hostile aux exhumations superflues et aux inhumations indésirables*" [3], parce que l'intangibilité du corps humain ne disparaît pas aussi brutalement que la vie. "*Le mort fut un sujet de droit, et parce qu'il fut homme, ses cendres méritent le respect.*" [4] Il semble que la "sacralité" [5] du cadavre décroisse avec le temps. L'intangibilité est plus forte dans les jours qui suivent immédiatement la mort que plusieurs années plus tard. La loi permet des fouilles archéologiques lorsque le corps a perdu depuis longtemps la référence à la personne.

La période antérieure à l'inhumation n'est plus une hypothèse de non protection du cadavre. L'intangibilité du corps vivant s'étend donc sans discontinuité au corps mort. Seules des prescriptions légales permettent de déroger à la prohibition de porter atteinte au cadavre. Ainsi, le Code des communes fournit-il les règles sur le transport des corps et sur les travaux dans les cimetières.

Les médecins ne peuvent déroger au principe d'intangibilité du cadavre et être pénalement justifiés lorsqu'ils portent atteinte à l'intégrité d'un corps mort que s'ils respectent les dispositions légales sur la dissection, l'autopsie et le prélèvement d'organes. [6] L'intangibilité du corps humain d'autrui est le principe, la permission d'y déroger est l'exception. Mais le principe d'intangibilité limite également les actes accomplis par la personne sur son propre corps.

2°) L'intangibilité de son propre corps

La société dénie à l'individu le droit de contredire la norme qu'elle établit pour affirmer et protéger l'intégrité du corps humain. Les seuls exemples d'atteintes licites résultent d'une

---

1 Art.225-17 al.2, N.C.pén.

2 Art.225-17 al.3, N.C.pén.

3 GEORGEL Jacques, *Notre dépouille mortelle*, A.J.D.A. 1963, p.607.

4 RINGEL François, *Après la mort...*, D.1991, chr. p.241.

5 "Les ethnologues et les historiens des religions ont toujours considéré comme une constante la sacralité des sépultures, laquelle impliquait, a fortiori, la sacralité du cadavre, la sacralisation du lieu n'étant que la conséquence de l'ensevelissement. Lorsqu'il s'agit du cadavre d'un saint, nous avons alors affaire à une sacralité renforcée : un contact direct ou indirect avec le corps est censé produire des effets surnaturels", BAUD Jean-Pierre, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil, 1993, p.31.

6 L. 15 nov. 1887 sur la liberté des funérailles, L. 22 déc. 1976 sur les prélèvements d'organes, sur ce point cf. infra 2ème Partie, Titre 1, les prélèvements post-mortem, p. 358 et s.

tolérance légale expresse ou tacite et du consentement du sujet et ne reposent jamais seulement sur la volonté de l'individu. Les théories sociales de l'intangibilité et de l'inviolabilité protègent le corps humain contre toute atteinte sauf dans les cas où cette atteinte est utile ou indifférente à la société. "*Le corps de l'homme ne lui appartient pas totalement. Si le suicide n'est pas, en France, réprimé pénalement, la société punit, dans certains cas, l'automutilation. Elle impose plus ou moins directement à l'homme des mesures qui concernent son corps : telles les vaccinations obligatoires. Déjà apparaît l'idée d'un partage des droits sur le corps de l'homme entre la société et l'individu. Dès lors, l'ordre public est en cause. Il restreindra dans une mesure assez limitée les prérogatives de l'homme sur son corps.*" [1]

C'est pourquoi il faut exposer le principe de l'indifférence du droit pénal général au consentement de la victime (a) et le refus en droit positif de reconnaître au consentement la puissance d'un fait justificatif (b).

a) L'indifférence du droit pénal général au consentement de la victime

Le terme de victime désigne ici la personne qui subit dans son corps les atteintes illicites. Celles-ci peuvent provenir d'un tiers ou de la personne elle-même. En matière médicale, la victime est le malade ou le patient qui subit des atteintes à son intégrité corporelle venant de lui-même ou d'un soignant qu'il a sollicité. La victime de l'atteinte peut être la personne qui subit les soins contre son gré, mais aussi celle qui les a demandés ou acceptés.

L'observateur non-spécialiste répugne à considérer que la personne qui accepte consciemment une atteinte à son intégrité corporelle puisse s'en plaindre. L'idée se forme insidieusement que le droit pénal n'interviendrait que pour sanctionner la violation de la volonté de la personne. Agir malgré le désaccord ou sans l'accord de l'intéressé serait illicite ; agir avec son accord serait toujours licite. Or, malgré quelques théories en ce sens exprimées par certains auteurs (α), la doctrine et la jurisprudence opposent un refus non-équivoque à la reconnaissance du consentement de la victime en tant que fait justificatif des infractions pénales (β).[2]

(α) Des tentatives marginales de reconnaissance du consentement comme fait justificatif

Les origines de ces analyses remontent au droit romain, car aucun texte contemporain n'admet de valeur justificative au consentement de la victime d'une infraction et seul une maxime tirée du *Digeste* est d'ordinaire alléguée comme source écrite de cette théorie. "*Volenti non fit injuria (commentateurs sur D.47, 10, 1, 5) On ne fait tort à qui consent. L'adage est d'origine pénale ; il est tiré d'un passage d'Ulpien relatif à l'action d'injures.*" [3] Or, malgré sa limpidité, cette maxime n'avait en droit romain qu'une portée extrêmement limitée. Elle ne s'appliquait

---

1 CHABAS François, *Le corps humain et les actes juridiques en droit français*, précité, p.228.

2 "Les fait justificatifs sont des circonstances objectives, indépendantes de la psychologie du délinquant, qui désarment la réaction sociale contre l'infraction pénale, et qui imposent des dérogations spéciales à l'application des textes répressifs généraux.", MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°404, p.525. Le fait justificatif rend rétroactivement licite un acte objectivement infractionnel. C'est le cas de la légitime défense, par exemple.

3 ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, précité, "Volenti non fit injuria", vol.2, p.600.

qu'aux délits privés [1] et restait l'exception au principe de non-disponibilité de l'action publique. [2] D'où son rôle procédural et non de droit pénal de fond. [3]

L'origine latine, le christianisme et le droit canon ont tacitement préparé l'émergence des théories de reconnaissance du consentement de la victime en remplaçant la notion de vengeance par celle de pardon et en prônant le respect de la parole donnée. [4] Le développement du concept d'obligation contractuelle en droit civil devait achever de promouvoir l'idée que la volonté libre de la personne est une source principale du droit. Le principe de l'autonomie de la volonté, clef de voûte du Code civil, a certainement influencé les réflexions des pénalistes à la recherche d'une meilleure protection pénale de la personne, prise individuellement. [5]

Le contenu de ces analyses repose sur la valorisation de la liberté et de l'autonomie de la volonté. Accorder la plus grande valeur au consentement de la personne, c'est lui reconnaître la liberté de choisir seule ce qui est bon pour elle. Assumer ses choix peut être l'affirmation de la dignité humaine la plus haute, celle qui distingue l'homme de l'animal. "*La manifestation essentielle de la liberté réside dans le pouvoir doublé de la responsabilité qui en découle, de prendre des décisions et des engagements qui nous lient et dont on supportera sans réclamation le poids (...) Toutes les fois que l'organisation sociale ne l'interdirait pas d'une façon absolue, il serait sans doute bon de déficeler l'homme ligoté, de lui rendre, avec la responsabilité de ses actes, le sentiment de sa grandeur. Tant pis s'il lui en coûte un peu ! Va-t-on le protéger malgré lui, contre sa propre volonté, comme un animal domestique ? Certains, pour respecter un consentement volontairement donné, iront jusqu'au sacrifice suprême ; d'autres réclameront des dommages-intérêts après avoir sollicité l'action dont ils osent se plaindre. De quel côté se trouve l'homme digne de porter ce nom ?*" [6]

Si intéressante que soit cette théorie sur le plan philosophique, elle est contredite par l'évolution juridique contemporaine qui intègre le droit pénal au droit public, en rappelant régulièrement son rôle de protection de l'ordre public et sa mission normative à l'égard du groupe social dans son ensemble au détriment, le cas échéant, des initiatives individuelles. [7]

La répartition des rôles et le jugement de valeur entre droit de l'individu et droit du groupe social sous-tendent à l'évidence le débat sur la portée du consentement de la victime. Comme l'écrit M.BADR dans sa thèse sur l'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale : "*l'individu a des droits que la Société doit respecter ; elle ne peut se substituer à lui pour l'exercice de ces droits ; il est juge de ses intérêts et maître de les gérer, selon ses intentions et sa volonté ; quand on lui a nui (...), il est juge de savoir s'il demandera ou non, la réparation qui lui est due ; son consentement doit donc avoir une influence sur la responsabilité des délinquants. (...) Le consentement est tout ou presque ; quand il n'est pas, son absence crée le délit ; quand il est, l'acte n'est plus un délit.*" [8] Mais l'auteur évite d'utiliser la notion de fait justificatif, ce qui

---

1 FAHMY ABDOU Antoun, *Le consentement de la victime*, précité, p.14.

2 "Nonobstant ses sources, la règle ne joue que par exception en droit pénal où prévaut son contraire - voluntas non excusta injuriam - et c'est en droit privé qu'elle trouve le plus largement son application.", ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, précité, "Volenti non fit injuria", vol.2, p.600.

3 Cf. la libre disposition de l'action civile et la renonciation à l'action publique qui ne sont admises que pour les délits strictement privés, (injures, diffamation, abandon de famille par exemple). Sur cette question cf. MERLE et VITU, *Procédure pénale*, précité, n°118, p.148.

4 "Toute la grandeur humaine est dans la force créatrice de sa volonté libre et c'est pourquoi «une promesse est belle et sacrée».", ALAIN, *Propos sur la religion*, éd° Rieder, 1938, p.245.

5 Pour une étude de la prise en compte du consentement de la victime en droit comparé cf. HEMARD Jean, *Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures*, R.C.L.J. 1939, pp.293-319.

6 DOUBLIER Roger, *Le consentement de la victime*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz 1956, p.224-225.

7 Pour une riche étude du rôle du consentement en droit pénal comparé cf. MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, *Le droit de disposer de soi-même. Etendue et limites en droit comparé*, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, P.U.Louvain, Bruxelles Bruylant 1982, n°18 à 27, p.225 à 237.

8 BADR Mohamed Abdel Aziz, *L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale*, Thèse Droit Paris, 1928, p.290. L'auteur module toutefois sa position dans les pages suivantes en déclarant que les infractions intéressent la société dès qu'elles atteignent une forte gravité qu'il ne définit pas, contrairement à M.FAHMY ABDOU.

nous laisse dans l'ignorance de la portée juridique réelle du consentement. Sa démonstration tendrait plutôt à reconnaître le non-consentement comme un élément constitutif de l'infraction, le consentement bloquant toute possibilité de qualification pénale.

Monsieur FAHMY ABDOU, dans sa thèse sur le même sujet, développa une intéressante variante du fait justificatif - consentement de la victime - en essayant de démontrer que la volonté de la personne lui permettait de justifier, a posteriori, certaines infractions "mineures" dont le droit pénal le laisserait maître. "*Le consentement de la victime consiste en ceci : l'exercice de la faculté reconnue par le système juridique au titulaire d'un bien de suspendre, à l'égard d'une ou de plusieurs personnes, l'efficacité d'une disposition juridique protégeant ce bien.*" [1] L'auteur préconise une véritable prise en compte du consentement de la victime au titre de fait justificatif, ce qui a le mérite de l'originalité. Sa théorie, bien que citée par de nombreux auteurs, n'a jamais trouvé d'écho favorable ni en droit positif, ni en doctrine.

Les allégations tendant à démontrer que le consentement à une valeur justificative s'appuient sur une confusion souvent forte entre infraction et absence d'infraction. En effet, chaque fois que le Code pénal ne sanctionne qu'un comportement contraire à la volonté d'une victime quant à la protection d'une valeur dont elle peut disposer, il n'y a pas infraction si la personne accepte ce comportement. Le consentement n'est alors qu'un pseudo fait justificatif car le consentement préalable exclut l'existence d'une infraction. Ce raisonnement s'applique aux infractions de vol, de destruction d'objet mobilier ou de viol.

L'absence de consentement est un élément constitutif de l'infraction. Lorsqu'une personne accepte un acte de pénétration sexuelle, l'infraction de viol n'est pas constituée ; lorsqu'une personne consent à la destruction ou à un transfert de propriété, les infractions de destruction d'objet mobilier ou de vol ne sont pas constituées.

"*Les hypothèses dans lesquelles on prétend que le consentement de la victime aurait force justificative constituent en réalité des situations où l'absence de consentement de la victime est un élément constitutif de l'infraction. Ainsi le fait d'avoir des relations intimes avec une femme qui s'y prête n'est pas un viol, précisément parce que l'existence de cette infraction est subordonnée à l'absence de consentement de la femme. Si l'on veut à tout prix expliquer l'impunité du fait par la théorie du consentement de la victime - fait justificatif - on doit poser : 1) que le fait d'avoir des relations intimes avec une femme est toujours un viol ; 2) que le consentement de la femme dépouille ce fait de son caractère infractionnel. On voit sur quoi repose une semblable construction : des prémisses inexactes*". [2] C'est la volonté des personnes physiques quant à leur sexualité qui est protégée par l'incrimination de viol. Le Code pénal punissant les auteurs de violation de cette volonté admet tacitement que chacun a le droit de choisir et de décider librement sa vie sexuelle et de faire sanctionner ceux qui ne respectent pas son consentement. [3] En matière d'atteinte à l'intégrité corporelle la situation est totalement différente dès lors que le principe juridique est l'intangibilité et non la libre disposition.

En matière médicale, aucun auteur ne fonde la justification de l'atteinte au corps humain sur le seul consentement, mais certains entendent distinguer intérêt individuel et intérêt social pour accorder au patient le droit d'être seul juge de sa santé personnelle. "*Partant du principe que*

---

1 FAHMY ABDOU Antoun, *Le consentement de la victime*, précité, n°38, p.69. cf. p.151 sur les limites objectives de la disponibilité du corps humain selon l'auteur et la proposition de calquer la portée du fait justificatif - consentement de la victime - sur le critère des blessures contraventionnelles et non correctionnelles, voir aussi. pp.411-412.

2 PUECH Marc, *Droit pénal général*, précité, n°836, p.298.

3 Cf. La polémique portant sur la possibilité de viol entre époux. La jurisprudence affirme aujourd'hui que le mariage est seulement une présomption de consentement aux rapports sexuels. Si un des conjoints peut prouver qu'il ne consent pas à un acte de pénétration sexuelle qui lui est alors imposé : il y a crime de viol. Cass.crim. 11 juin 1992, D. 1993 p.117, note Michèle-Laure RASSAT, Dr.pén. 1993, n°227, note Michel VERON.

l'individu est le dominus membrorum suorum aussi longtemps que son intérêt individuel n'est pas en conflit avec l'intérêt social, il admet que l'acte du chirurgien est justifié quand le patient a sollicité l'opération." [1] Ce qui aboutit à fonder la justification sur le seul consentement du patient chaque fois qu'il ne tente pas, par l'acte médical, de se soustraire à ses obligations sociales. Seules les opérations visant à échapper à la Justice, à l'Armée ou au Fisc semblent écarter le pouvoir justificateur du consentement, ce qui est à l'évidence occulter l'intérêt de la société toute entière pour chacun des actes qui portent atteinte à l'intégrité du corps humain, même en dehors des préoccupations judiciaires, militaires ou fiscales.

D'autres auteurs essaient de lier la portée justificative du consentement à une sorte de renvoi tacite de la loi qui délèguerait exceptionnellement à la personne le pouvoir de consentir et donc de justifier. "*Quelquefois, sans faire disparaître un élément constitutif de l'infraction, le consentement de la victime assure pourtant l'impunité à celui qui en est l'auteur. Il constitue alors un fait justificatif fondé sur la permission implicite de la loi. C'est la permission de la loi qui écarte l'inculpation de meurtre ou de coups et blessures volontaires à l'encontre du chirurgien qui au cours d'une opération, tue le patient ou le laisse mutilé. (...) Si elle l'a été pour redonner la santé physique et morale à un être disgracié, le consentement de la victime constitue alors un fait justificatif.*" [2] Il convient de remarquer toutefois combien la justification par le consentement doit être complétée : il faut d'abord faire référence à la permission implicite de la loi, puis vérifier le but qui doit être celui de "redonner la santé". Cela correspond à notre cadre d'analyse.

Or, il ne faut pas confondre justification par la permission de la loi et justification par le consentement de la victime. Les auteurs vont trop loin lorsqu'ils les placent sur un pied d'égalité en affirmant, comme peut le faire M. SALVAGE à propos du consentement en droit pénal : "*que, en matière médicale au sens large et bien sûr dans le cadre des conditions prévues par la loi, le principe de l'intangibilité du corps humain et la protection que lui assure le droit pénal sont susceptibles à l'évidence de s'effacer devant une volonté individuelle contraire.*" [3]

La justification pénale repose sur la permission tacite de la loi, laquelle comporte plusieurs conditions dont le respect du consentement du patient. La justification n'est pas liée au seul consentement. Il faut le consentement et d'autres conditions. Le recueil du consentement de la "victime" est alors la vérification d'une des conditions exigées tacitement par la loi pour entraîner la justification et non le fait justificatif lui-même.

(β) Le refus constant de reconnaître au consentement de la victime la puissance d'un fait justificatif

Il y a rarement de consensus aussi complet que celui qui apparaît à la lecture des opinions doctrinales sur la portée du consentement de la victime en droit pénal. Tous les auteurs étudient la question à l'issue de leur présentation des faits justificatifs pour participer au débat et conclure que le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif. [4] En outre, cette opinion reflète

---

[1] SIMON Jules, *Le consentement de la victime justifie-t-il les lésions corporelles ?*, R.D.P.C. mai 1933, n°13, p.469.

[2] STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges et BOULOC Bertrand, *Droit pénal général*, Dalloz 14ème éd° 1992, n°360, p.297. Pour les auteurs, cette analyse termine l'exposé des faits justificatifs en droit pénal. Elle se place au sein des exceptions au rejet total de la prise en compte du consentement de la victime.

[3] SALVAGE Philippe, *Le consentement en droit pénal*, R.S.C. 1991, n°14, p.708. Voir aussi, SALVAGE Philippe, *Droit pénal général*, P.U.Grenoble, collection le droit en plus 1991, spécialement p.65 où l'auteur atténue sa référence au consentement - "dans la mesure où le médecin poursuit un but curatif et agit selon les règles de l'art", n°136 in fine, p.65.

[4] cf. VOUIN Robert et LEAUTE Jacques, *Droit pénal et criminologie*, P.U.F.-Thèmis, 1ère éd° 1956, p.231, BOUZAT Pierre et PINATEL Jean, *Traité de droit pénal et de criminologie*, T.1, Droit pénal général, Dalloz 2ème éd° 1970, n°302, p.374, PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Cujas 8ème éd° 1992, n°503, p.511, CONTE Philippe et MAISTRE de CHAMBON Patrick, *Droit pénal général*, Masson 1990, p.150, JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal général*, Domat-Montchrestien 2ème éd° 1991, n°252, p.276,

une jurisprudence constante et le nouveau Code pénal vient encore conforter l'analyse, puisque définissant plus largement les causes de justification (état de nécessité, erreur de droit, etc...), il passe totalement sous silence le consentement de la victime. Il ne saurait être question d'en faire une cause de justification.

Les arguments les plus pertinents reposent sur le rôle déclaratif de valeurs du droit pénal. Le législateur, lorsqu'il modifie le Code pénal, influe sur la hiérarchisation des valeurs auxquelles la société reconnaît une protection sous peine de sanctions pénales. Dépénaliser l'adultère ou l'homosexualité, incriminer la provocation au suicide ou le harcèlement sexuel sont autant d'indicateurs de choix de la société du moment. Un Etat de Droit ne peut laisser l'individu décider seul de laisser bafouer, fût-ce sur son propre corps, les règles édictées pour tous. "*Que le consentement de la victime, par exemple, ne soit pas un fait justificatif général, c'est là une conséquence normale de l'analyse qui nous retient, seul le législateur ayant la libre disposition des intérêts protégés par l'incrimination. Il est certain que les circonstances qui accompagnent ce genre de consentement sont parfois dramatiques et qu'elles sont souvent ressenties par les auteurs de ce drame comme exclusives de responsabilité : elles ne sont pourtant que les éléments d'une individualisation possible et non pas une justification en soi.*" [1]

C'est en cela que le droit pénal se distingue fondamentalement du droit civil qui repose essentiellement sur l'autonomie de la volonté et la liberté des rapports entre les personnes. Le droit pénal protège l'individu, mais aussi l'ordre public, et au travers de l'intangibilité du corps humain, c'est l'intérêt public qui est sauvegardé. L'atteinte au corps humain dépasse le simple cadre contractuel : elle touche à l'ordre public. L'accord complet sur l'intangibilité du corps humain est totalement conforme à l'invalidation de la force de la volonté sur les droits extra-patrimoniaux attachés à la personne. Le droit refuse la libre disposition de la vie, de l'intégrité du corps d'autrui, de son propre corps, mais aussi la vente d'enfants ou la vente d'organes, indépendamment de la volonté de la personne.

"*Que tel individu accepte personnellement qu'une infraction soit commise à son détriment importe peu, il n'est pas le seul en cause et son consentement ne peut aller à l'encontre d'une loi d'ordre public. (...) L'infraction pénale porte toujours atteinte à un intérêt public.*" [2] Aussi, si le droit civil peut tenir compte de la théorie du risque accepté, de l'importance de la parole donnée et du pouvoir normatif de la volonté individuelle, le droit pénal doit-il rappeler l'indifférence du consentement de la victime sur le devenir de l'action publique.

Conformément aux règles du droit pénal général, il faut affirmer que le consentement du patient ne suffit pas seul à justifier pénalement l'acte médical : "*Ce n'est pas le consentement du malade qui justifie à lui seul l'atteinte médicale ou chirurgicale à l'intégrité corporelle. C'est la loi qui, par une permission spéciale, autorise le titulaire du diplôme de docteur en médecine à accomplir sur le corps humain les actes nécessaires au traitement des maladies. Il en résulte qu'en principe la justification est exclue, en dépit du consentement donné par le patient, toutes les fois qu'un médecin ou un chirurgien n'agit pas dans un but curatif.*" [3] Le consentement n'est qu'une condition parmi d'autres : diplôme et inscription, acte nécessaire, traitement des maladies.

Admettre la justification par le seul consentement serait difficilement défendable, puisqu'il n'y aurait plus de raison de refuser pénalement au patient l'accès à des soins pratiqués par des non-médecins et il n'y aurait plus de contrôle possible sur la finalité objective des actes. "*Si*

LEVASSEUR Georges, CHAVANNE Albert et MONTREUIL Jean, *Droit pénal général et procédure pénale*, Sirey 10ème éd° 1991, n°132, p.72.

1 MAYAUD Yves, *Ratio légis et incrimination*, R.S.C. 1983, n°31, p.614.

2 PUECH Marc, *Droit pénal général*, précité, n°834, p.296.

3 MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°449, p.573.

c'était le consentement du patient qui assurait l'impunité du médecin, comment ce même consentement donné à un individu qui ne serait pas médecin n'aurait-il pas pour conséquence la même immunité ? De même tous les actes du médecin seraient licites à condition que le malade y ait consenti." [1]

Attribuer au patient le pouvoir de juger de la licéité des actes accomplis sur sa personne serait simultanément une fragilisation du principe de la légalité criminelle, selon lequel la loi est seule déclarative d'illicéité et de justification, et le signe d'une démission de la société quant à son rôle d'organisation de la vie en société. Et l'individu serait livré à la médecine sans le "garde-fou" qu'est la loi.

Après avoir démontré l'indifférence du droit pénal général vis-à-vis du consentement de la victime, il faut envisager les solutions consacrées par le droit pénal spécial.

b) Les solutions consacrées en droit pénal spécial

Il existe un certain nombre d'actes prohibés par la loi pénale malgré la volonté de la personne qui y consent (catration, stérilisation) ; d'autres, bien que non réprimés lorsque la personne se les inflige à elle même, ne peuvent être accomplis par des tiers qui encourent alors une responsabilité pénale sévère (mutilation, torture). Le droit pénal fournit quelques exemples nets de cette exclusion du consentement de la victime comme fait justificatif, parmi lesquels la répression de l'automutilation (α), de la stérilisation (β) et de l'excision (γ).

(α) La répression de l'automutilation

"De droit commun, l'atteinte portée par un individu à son propre corps ne tombe pas sous le coup de la loi pénale. (...) Les blessures qu'un individu pourrait se faire échapperaient, en principe, à la répression : le législateur estime qu'il n'a pas à intervenir dans ces questions individuelles." [2] Il existe une indéniable absence de répression pour la plus grande majorité des blessures que l'individu peut s'infliger seul. Faut-il déduire de la non-répression du suicide la possibilité pour chaque être humain d'exercer une liberté totale sur son corps, en portant des atteintes, bénignes ou graves, à son intégrité corporelle ? *"Le Code pénal français ne punit ni le suicide, ni la tentative de suicide, ni les blessures qu'une personne s'inflige volontairement à elle-même : ces faits paraissent n'intéresser que la sphère de la stricte autonomie individuelle ; au surplus, une répression pénale serait sans aucun doute d'une complète inefficacité."* [3]

La passivité du droit pénal repose principalement sur l'inutilité et l'inefficacité de la répression, et secondairement, sur la vocation naturelle du droit pénal à régir les rapports entre plusieurs personnes. Le législateur semble se désintéresser globalement des actes d'auto-agression comme des prises de risques individuelles au profit d'un encadrement très strict des "hétéro-agressions" et des risques imposés à autrui.

Le droit pénal est un droit à finalité sociale. Face à l'automutilation, il adopte deux attitudes. Soit l'automutilation a des conséquences sur des valeurs sociales pénalement protégées et le droit pénal intervient et punit. C'est le cas en matière d'auto-intoxication par des stupéfiants, ou en matière d'automutilation du militaire. Soit l'automutilation n'a pas de conséquences sociales ou au contraire est bénéfique et le droit la tolère comme "soupape de sûreté". Ce qui explique la tolérance de la vente d'alcool, de l'auto-flagellation et de la mortification à caractère

---

1 TAHON R., *Le consentement de la victime*, R.D.P.C. 1950-1951, n°31, p.338.

2 HUGUNEY Pierre, *Traité théorique et pratique de droit pénal et de procédure pénale militaire*, Sirey 1933, n°473, p.516.

3 VITU André, J.-Cl. pénal annexes, V° *Armée*, "Infractions tendant à soustraire leur auteur à ses obligations militaires", fasc.1, 1986, n°147.

religieux et de la violence des masochistes qui se libèrent ainsi. Cette tolérance se prolonge jusqu'au suicide qui permet à un individu de sortir du ciment social sans que la société ne cherche à l'y maintenir par la force du droit pénal.

Toutefois, il existe quelques cas d'automutilation expressément prohibée. Le Code de Justice Militaire incrimine certains cas de mutilation sans les nommer expressément: "*Tout militaire convaincu de s'être rendu volontairement impropre au service, soit d'une manière temporaire, soit d'une manière permanente, dans le but de se soustraire à ses obligations militaires, est puni, (...).*" [1] Cette incrimination était ignorée du Code de justice militaire de 1857 et de la loi du 21 mars 1905, qui ne punissaient que les mutilations antérieures à l'incorporation. [2] Ce sont les faits d'automutilation pratiqués par les soldats au combat, découverts au cours de la première guerre mondiale, qui inspirèrent l'incrimination de l'automutilation. [3] Celle-ci prohibe le fait de se rendre impropre aux services militaires, indépendamment de l'abandon de poste ou du refus d'obéissance. [4] La répression sur ce fondement semble rare en droit contemporain. [5]

L'action publique est parfois mise en mouvement à la suite de tentatives de suicide qui ont pour effet de rendre le militaire inapte à l'exercice de ses obligations. [6] La question se pose de savoir s'il encourt les peines applicables à l'auteur de mutilations volontaires. La solution dépend de la volonté de l'auteur des actes de violences car l'infraction "*suppose une intention coupable et même très exactement, un dol spécial, que l'article 418 mentionne en ces termes : «dans le but de se soustraire à ses obligations militaires». Il sera parfois très difficile de prouver contre l'inculpé l'intention qui l'animait.*" [7] Or, dans les cas de réelles tentatives de suicide, le prévenu cherche à se donner la mort pour des raisons personnelles qui sont généralement éloignées de l'idée de priver la patrie d'un défenseur...Ainsi que l'exprime clairement un magistrat militaire : "*Les rigueurs de la loi doivent donc, semble-t-il être réservées à celui qui cherche «la bonne blessure», celle qui ne met pas ses jours en danger mais dispense de servir. Le siège de l'atteinte corporelle, sa faible gravité restent ici une des meilleures preuves du but poursuivi.*" [8]

---

[1] Art.418 C.J.M. Les complices docteurs en médecine ou pharmaciens encourent une responsabilité aggravée, art.419 C.J.M. Curieusement M.CORNU assimile entièrement et exclusivement la notion de mutilation volontaire et l'infraction de l'art.418 C.J.M. : "Mutilation volontaire. Infraction commise par un militaire ou un appelé qui, portant atteinte à son intégrité corporelle, se rend volontairement impropre au service, de manière temporaire ou permanente, en vue de se soustraire à ses obligations.", CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Mutilation volontaire*, p.528.

[2] "Tant qu'il n'est pas encore incorporé, l'article 80 de la loi du 21 mars 1905 est applicable. Mais que décider quand la manœuvre coupable n'est pratiquée qu'après l'incorporation ? L'article 80 peut-il encore être appliqué ? Cette application n'est certainement pas possible.", AUGIER Colonel et Le POITTEVIN Gustave, *Droit pénal militaire*, Sirey 1918, p.517.

[3] Les faits d'automutilation par des militaires sont connus depuis toujours. "En mai 1813, on allait compter 160000 insoumis. Frauder, c'était par exemple se mutiler volontairement, se casser les dents de devant afin de ne pouvoir déchirer les cartouches, s'amputer du pouce pour ne point savoir tenir le fusil (...), c'était se casser le pied, se crever un œil.", BLOND G., *La grande armée*, Robert Laffont, 1979, p.408. "La mutilation volontaire n'est pas la seule manière par laquelle les jeunes gens cherchent à échapper aux obligations militaires. Ils peuvent aussi recourir à des breuvages, drogues ou substances appliquées extérieurement et capables d'altérer momentanément leur santé et de leur donner l'apparence d'infirmités dont ils sont exempts.", RABANY, *Le recrutement de l'armée*, Berger-Levraut 1906, p.661. Pour de nombreux exemples de ces comportements et leur répression en droit belge cf. LICOT Jean, *Les mutilations volontaires en droit pénal militaire*, R.D.P.C. 1990, n°3, p.207 à 235.

[4] GROS F. et CURA R., *Commentaire pratique du Code de justice militaire*, Librairie des Lois et des Décrets, 1931, n°129, pp.85-86.

[5] C.A. Paris, 10 déc. 1953, D.1954 p.155, Militaire français membre du bataillon français de l'O.N.U. en Corée s'étant volontairement tiré un coup de fusil dans l'avant-bras gauche, Cass.crim.19 déc. 1990, Gaz.pal. 9-11 fév. 1992, p.15, appelé membre des forces françaises en Allemagne ayant avalé une boîte de médicaments et s'étant de surcroît blessé à la main sans que soit envisagée par le tribunal aux armées une tentative de suicide.

[6] La doctrine et la jurisprudence semblent assimiler en ce domaine les actes matériels positifs et les comportements d'omission tels que la grève de la faim et la tentative de suicide. cf. DOLL Paul-Julien, *Analyse et commentaire du Code de justice militaire*, L.G.D.J. 1966, n°508, p.316, et Cass.crim. 20 avril 1934, Bull.crim. n°81, p.164.

[7] VITU André, J.-Cl. pénal annexes, V° *Armée*, "Infractions tendant à soustraire leur auteur à ses obligations militaires", fasc.1, 1986, n°155.

[8] SIMONIN Jean, *Mutilation volontaire et tentative de suicide*, R.S.C. 1958, p.895. Lequel rappelle opportunément que le militaire n'en est pas moins homme : "Lorsqu'un militaire envisage de se suicider il est peu admissible qu'il agisse dans le but de se soustraire définitivement à ses obligations militaires. Il obéit plutôt à des préoccupations d'ordre sentimental dictées par d'autres raisons : la maladie incurable, la misère, la passion amoureuse etc..."

La répression de celui qui aide le conscrit à se soustraire à ses obligations militaires se fondait jadis sur l'infraction d'administration de substances nuisibles lorsqu'il prescrivait des produits dangereux. [1] L'article 419 du Code de justice militaire permet aujourd'hui de sanctionner les complices de mutilations volontaires. La répression est aggravée pour les médecins et pharmaciens qui peuvent voir les peines de réclusion doublées du fait de leur qualité. La société qui délègue un pouvoir au médecin lui tient une particulière rigueur dans les cas où il utilise ses connaissances dans un but contraire à l'intérêt commun : la défense du pays.

L'incrimination de l'automutilation est un cas particulier, la valeur pénalement protégée n'est pas le corps du soldat mais le besoin de défenseurs pour la patrie. Le droit pénal positif est quasiment indifférent aux violences que l'agent s'inflige à lui-même sauf lorsqu'une valeur sociale est mise en cause. Les textes d'incriminations spéciaux sont inexistants en matière d'automutilation dans le but de frauder la sécurité sociale, d'obtenir une prime d'assurance ou une rente d'accident du travail. Le droit pénal pourra néanmoins appréhender ces comportements sous la qualification d'escroquerie, si l'on peut prouver que l'automutilation constitue une manœuvre frauduleuse effectuée dans le but d'obtenir une somme indue.

(β) La répression de la stérilisation

Parmi les atteintes volontaires à l'intégrité du corps humain pratiquées par un médecin, il faut signaler les stérilisations : atteintes aux organes nécessaires à la reproduction. De nombreuses pathologies, comme certaines formes de cancer, entraînent à l'occasion de leur traitement, des actes qui suppriment temporairement ou définitivement les facultés de procréation du patient. Comment soigner un cancer avancé de l'utérus ou des testicules sans obérer les possibilités ultérieures de reproduction ? L'hystérectomie, l'ablation des ovaires ou des testicules sont des actes médicaux dès lors qu'une indication médicale vient apporter à l'opération un caractère curatif. Si la mutilation est utile à la conservation de la santé du patient et que le sacrifice volontairement consenti est proportionnel aux bienfaits espérés, il y a lieu de considérer l'acte médical stérilisateur avec la même démarche que l'acte chirurgical "ordinaire". La stérilisation n'est alors qu'une mutilation médicale au même titre qu'une amputation d'un bras gangrené. Ces interventions ne prêtent pas à longue discussion ici. [2]

Mais, en revanche, il faut étudier l'attitude du droit criminel à l'égard des stérilisations sans but curatif. Trois cas méritent précision. Le premier concerne la stérilisation imposée et ses rapports avec la castration. Le deuxième cas est la stérilisation à finalité anticonceptionnelle. Le troisième cas concerne les stérilisations imposées dans un but eugénique.

Le Code pénal connaît une mutilation particulière en raison de la nature des organes touchés : le crime de castration. "*Toute personne coupable du crime de castration subira la peine de la réclusion criminelle à perpétuité.*" [3] Il y a lieu de distinguer la stérilisation de la castration La castration est définie par la jurisprudence et la doctrine comme : "*le fait matériel de l'ablation ou l'amputation, dans l'intention de nuire à la victime, d'un organe nécessaire à la génération.*" [4] La qualification de castration suppose "*l'intention d'enlever à la victime sa faculté de procréation.*" [5] Il ressort de cette définition que toute castration est forcément une stérilisation alors que certaines stérilisations ne sont pas des castrations dès lors qu'elles ne constituent ni des

---

1 Cass.crim. 6 nov. 1847, D. 1847-4-410.
2 Cf. infra 1ère Partie, Titre 2, le but curatif, p.184 et s.
3 Art.316 al.1 C.pén.
4 ROUX Dominique, Rép. pénal Dalloz, V° *Castration*, 8-1983.
5 MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1757, p.1416.

ablations ni des amputations. La vasectomie et la ligature de trompes ne constituent pas le crime de l'article 316 du Code pénal, mais le délit de coups et blessures volontaires.

Le fait que la vasectomie ou la ligature de trompes soient réversibles sur le plan technique ne modifie en rien l'applicabilité des sanctions pénales. La réversibilité n'est pas fondamentale sur le plan pénal dès lors que l'on envisage la qualification de violences volontaires, lesquelles sont hiérarchisées en fonction du préjudice physique découlant causalement du fait matériel prohibé. Le fait qu'une mutilation soit temporaire et non définitive ne supprime pas le caractère infractionnel de l'acte mutilant, quoi qu'en dise le corps médical. "*En France, considérant qu'il s'agissait d'une mutilation irréversible, le Conseil de l'Ordre avait, en 1955 et 1964, estimé que la stérilisation sans motifs médicaux était interdite. Cependant, les techniques opératoires se sont perfectionnées, permettant certains succès dans les tentatives ultérieures de reperméabilisation. Cette circonstance a entraîné un assouplissement des positions déontologiques antérieures.*" [1]

Le nouveau Code pénal supprime l'incrimination spéciale de la castration : "*La disparition de certaines infractions aboutit évidemment à un adoucissement de la répression, (...). Tel est le cas de la castration (art.316) désormais abaissée au rang de simple mutilation ou infirmité permanente.*" [2] Dès l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, la stérilisation sera une mutilation comme une autre, punissable de peines correctionnelles et non plus criminelles.

Lorsque la stérilisation a un but thérapeutique, elle doit, comme tout acte médical, pour être licite, respecter la volonté du patient qui est libre de consentir ou non. Nul ne peut invoquer de justification pénale en cas de stérilisation pratiquée en l'absence de tout consentement du sujet stérilisé. On trouve pourtant en jurisprudence la relatation d'une telle attitude : "*Considérant que lors de l'accouchement par césarienne de Mme Labidi, alors âgée de 26 ans, le chirurgien du Centre hospitalier de Belfort a, sans avoir recueilli le consentement de la patiente et sans nécessité thérapeutique, procédé à une ligature des trompes et provoqué la stérilisation de l'intéressée.*" [3] Il faut regretter que l'affaire n'ait été jugée qu'en son aspect responsabilité civile et que le juge pénal n'ait pas été saisi des faits en question. [4] Nul doute que de tels faits auraient reçu alors la qualification de coups et blessures volontaires.

Les stérilisations pratiquées sans but curatif sont illicites nonobstant le consentement de la personne stérilisée. La solution a été affirmée en jurisprudence lors de la célèbre affaire des stérilisés de Bordeaux.

L'affaire qui donna lieu à cet arrêt mérite d'être rappelée. En 1935, un dénommé Bartosek, démuni de toute qualification médicale, se rendit à Bordeaux à la demande d'ouvriers anarchistes espagnols qui, par idéologie néo-malthusienne, souhaitaient se faire stériliser. Bartosek y procéda par vasectomie. Bartosek et ses patients-victimes furent poursuivis et condamnés respectivement à 1 an et 4 mois d'emprisonnement pour coups et blessures volontaires. [5] Ils formèrent un pourvoi en cassation fondé sur le caractère volontaire des lésions subies. La chambre criminelle

---

1 O.N.M., *Guide d'exercice professionnel,* précité, p.126.

2 VERON Michel, *Réflexions sur le «nouveau» droit pénal spécial, Essai d'une typologie des infractions*, Dr.pén. 1993 n°4, chron. n°10, p.4. Cf. "Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 1000000 F d'amende", art.222-9 N.C.pén., "Les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 300000 F d'amende", art.222-11, N.C.pén.

3 C.E. 29 janv. 1988, J.C.P. 1989-II-21222. Le défaut de consentement était d'autant plus patent que l'opération avait eu lieu le 6 décembre 1977, et que Madame Labidi n'avait été informée de sa stérilité en découlant causalement qu'en 1981!

4 Certains faits similaires ne sont jamais portés à la connaissance de la justice. Qu'il nous suffise de narrer une conversation privée avec une infirmière choquée d'entendre de la bouche d'un éminent chef de service de gynécologie qu'une femme toxicomane à qui il avait en vain conseillé un avortement, avait été par ses soins stérilisée à l'occasion de la césarienne sans avoir été informée ni avant ni après l'opération... Lequel médecin présentait sa décision comme la contrepartie du refus d'avortement!

5 Cette qualification a été retenue en raison de la possibilité de réfection ultérieure des canaux déférents, la réversibilité de l'acte le rendant incompatible avec la qualification de castration.

rejeta le pourvoi : sa décision constitue encore aujourd'hui un apport important dans l'analyse de la portée du consentement de la victime en droit pénal.

"*Attendu que le consentement des opérés ne peut être exclusif de toute responsabilité pénale, ceux-ci n'ayant pu donner le droit de violer sur leurs personnes les règles régissant l'ordre public ; que c'était évidemment les violer que d'accomplir sciemment de telles lésions corporelles que ne justifiait impérieusement aucune nécessité médicale ou chirurgicale.*" [1] La chambre criminelle, comme en matière de duel ou d'aide au suicide, dénie au consentement de la victime toute valeur justificative en droit pénal. La victime ne peut, par sa volonté, fut-elle libre et éclairée, justifier un fait que la loi a entendu placer au rang des infractions.

Ce principe exprimé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation est très net et sa valeur subsiste aujourd'hui malgré l'absence quasi-totale de textes ou de jurisprudence concernant la stérilisation. Et malgré des pratiques fréquentes : "*Il n'y a pas eu depuis le 1er juillet 1937 de rappel jurisprudentiel de l'illicéité de comportements quotidiennement multipliés.*" [2] La rare jurisprudence civile publiée en matière de stérilisation ne dément pas cette position établie en matière pénale. [3]

Aussi faut-il dénoncer fermement les comportements de certains membres du corps médical ou paramédical qui sont choqués à l'exposé du principe d'illicéité des stérilisations non curatives. Pour peu qu'on le leur demande, les professionnels de la santé affirment, témoignages à l'appui, que les stérilisations contraceptives "de confort" sont des actes forts courants, tant en médecine libérale qu'en médecine hospitalière. [4]

L'absence de poursuites et de sanctions maintient et confirme les praticiens dans leur illusion que la volonté exprimée librement par une personne majeure suffit à justifier leur démarche. Aussi peut-on lire, sous l'autorité même de l'Ordre national des médecins : "*Un chirurgien qui a pratiqué une stérilisation pourrait certes être poursuivi pour «coups et blessures». La quasi-absence de jurisprudence montre que ce type d'intervention est en fait largement toléré.*" [5] Ce qui est corroboré par l'affirmation que "*certaines compagnies d'assurances accepteraient, moyennant une surprime, d'inclure une clause spéciale prévoyant la stérilisation comme risque assuré.*" [6]

Si la licéité de la stérilisation reposait sur la seule volonté des patients, rien ne s'opposerait à l'apparition de mutilations pour des buts futiles. Les médecins qui acceptent de stériliser une personne du fait de la seule expression de son consentement pourraient-ils s'opposer à une demande d'intervention chirurgicale pour faire d'un enfant un castrat ? [7] Justifier une mutilation

---

1 Cass.crim. 1er juill. 1937, S.1938-1-193 note TORTAT, J.C.P. 1937, II, 440.

2 MEMETEAU Gérard, note sous C.E. 29 janv. 1988, J.C.P.1989-II-21222.

3 Les deux décisions civiles connues se rapportent à des demandes d'indemnisation pour cause d'échec de la stérilisation. Bien que les juridictions mentionnent dans leur dispositif que la stérilisation pratiquée en dehors de toute indication thérapeutique est une faute, elles n'analysent pas le contrat de soin en terme de cause illicite. Elles préfèrent refuser des dommages-intérêts pour défaut de préjudice réparable, la naissance d'un enfant n'étant pas un dommage au sens juridique. cf. T.G.I. Nîmes, 10 juin 1980, et Cass.civ. 9 mai 1983, D.1984, p.121, note PENNEAU J., et J.C.P. 1984-I-20262, note DORSNER-DOLIVET A.

4 On retrouve en matière de stérilisation la logique de contestation par une pratique médicale des valeurs contenues dans la loi, qui fut développée en matière d'avortement. Les médecins sont tentés de substituer leur propre critère à celui de la société en ce qui concerne le statut de la personne, ce qui est dangereux. René FRYDMAN fait reposer la distinction entre embryon-sujet et embryon-objet sur le critère unique de la psychologie de la mère : "Le médecin va suivre la volonté de la patiente à qui manque une des composantes nécessaires à la création d'un être humain. Dans l'IVG, c'est le désir de naissance qui est absent. Dans la stérilité, c'est la matérialité qui fait défaut. On ne doit respecter l'embryon que dans la mesure où celui-ci est porteur du désir de naissance de ses géniteurs. Cependant, déshabité du désir de vie de ses parents biologiques, de sujet potentiel il devient alors objet.", FRYDMAN René, *De l'avortement aux bébés-éprouvettes*, Rev.Autr. 1985, n°68 *Les médecins*, p.219. Ce type de raisonnement amène à tort, à justifier médicalement la pratique de la stérilisation sur le seul fondement de la volonté du demandeur.

5 O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, p.124

6 LEMARIE Philippe, *La stérilisation volontaire chez la femme : aspects juridiques*, mémoire D.U. Réparation Juridique du Dommage Corporel, Nancy 1986, p.10. Ce qui peut sembler illusoire étant donné la cause illicite du contrat de soin...

7 Il faut citer à titre anecdotique la mutilation pratiquée jadis dans un but artistique, afin de conserver à des chanteurs leur voix de jeune garçon. Les célèbres castrats de la Chapelle Sixtine, ont réellement existé mais en nombre très limité. Louis XIV critiqua cette pratique : "Quel est le chirurgien qui t'a fait cette opération ? dit le Roi d'un ton courroucé. Banieri répondit qu'il avait donné sa parole d'honneur de ne jamais le nommer et qu'il suppliait Sa Majesté de ne pas l'y contraindre : Tu fais bien dit le Roi, car je le ferais pendre

par le consentement de la victime aboutirait, en cas de refus du médecin d'opérer l'enfant, à avoir délégué au corps médical la fonction de juger de la licéité des actes médicaux. Or, l'intangibilité du corps humain s'oppose à ce que le soigné-victime et/ou le soignant-agresseur soient les maîtres de la répression. Les stérilisations sans but thérapeutique sont illicites, nonobstant les consentements du soigné et du soignant. [1]

En cette matière, l'observateur attentif est forcé de constater que coexistent une règle de droit qui prohibe un acte et une pratique pluri-quotidienne de cet acte. [2] Sur le plan éthique, il peut être discuté de la valeur sociale de la règle de droit et chacun peut penser que la règle étant mauvaise, il faut la modifier pour permettre aux actes jusqu'à présent interdits de sortir du domaine infractionnel.

Sur le plan juridique toutefois, il est fondamental d'affirmer clairement que se pratiquent chaque jour des actes médicaux qui pourraient recevoir une qualification correctionnelle. Les quelques statistiques exploitées montrent une grande partie de stérilisations de confort, donc illicites. [3]

Si la loi peut sembler mauvaise à certains, elle n'en reste pas moins applicable, jusqu'à abrogation. [4] Laisser subsister cette ambiguïté de la réaction sociale est nuisible tant sur le plan strictement juridique que sur le plan pédagogique. La loi doit être le reflet d'un choix officiel de valeurs de la société. L'ancienneté de la loi ne diminue en rien sa valeur, tant que le législateur ne l'a pas modifiée. [5]

Le risque sous-jacent, à l'acceptation de la stérilisation comme moyen de contraception subordonné au consentement du sujet, est de voir se développer les méthodes puis leur doctrine d'emploi... La stérilisation peut être l'enjeu des choix d'une société quant à l'amélioration de la qualité de sa population. C'est ainsi qu'ont été historiquement envisagées les stérilisations des malades mentaux, des délinquants, voire de certaines catégories ethniques. [6] "*Les stérilisations eugéniques, dont l'objectif est d'améliorer la qualité de la descendance, sont connues depuis l'antiquité : en 2350 avant Jésus-Christ, Semiramis, la reine d'Assyrie et de Babylonie, faisait castrer les faibles et les infirmes de son royaume.*" [7]

Il faut en premier lieu, condamner catégoriquement l'eugénisme étatique idéologique. Celui-ci peu avoir pour objectif un génocide, comme ce fut le cas en Allemagne nazie, ou une politique antinataliste, comme en Inde.

; et c'est ainsi que je ferai traiter le premier qui s'avisera de commettre une pareille opération.", DUHAMEL Jean-Marie, *La grande vogue des castrats*, L'histoire, n°93, oct. 1986, p.32.

1 "Certains médecins pratiquent des ovariectomies (...). Quels que soient les mobiles dont ils sont animés, et même s'ils agissent du consentement de leurs clientes, ces praticiens relèvent de l'art.316 C.P." (castration), MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1692, p.1353, note 2.

2 "La stérilisation est devenue l'une des formes populaires de contraception parmi les couples ne désirant aucun enfant ou d'autres enfants additionnels. La vasectomie chez l'homme et la ligature des trompes chez la femme sont les modes de stérilisation les plus couramment utilisés.", GRENIER Yvette, *La stérilisation volontaire, involontaire ou obligatoire*, Rev.éth. 1992, n°5, *Sexe à problèmes*, p.41.

3 "Des ces trois études, portant en tout sur 1396 cas, on peut déduire que la majorité des stérilisations pratiquées le sont sans indication médicale vraie.", BASTIEN Claude-Thierry, *La stérilisation tubaire chez la femme*, précité, p.15.

4 Le Conseil de l'Europe penche nettement en faveur du développement de la stérilisation contraceptive "Une Résolution 29 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, en 1975, recommande aux Etats membres de faire de la stérilisation volontaire une méthode de planification familiale disponible sous forme de service médical.", TORELLI Maurice, *Le médecin et les droits de l'homme*, Berger-Levrault, 1983, p.208. Cette orientation est sèchement critiquée par certains auteurs, cf. MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°457, p.301.

5 Le législateur espagnol semble avoir tranché pour une solution légale : "En Espagne, la loi fédérale n°8 du 28 juin 1983, régissant la réforme partielle du Code pénal, décriminalise la stérilisation lorsqu'il s'agit d'une opération thérapeutique.", GRENIER Yvette, *La stérilisation volontaire, involontaire ou obligatoire*, précité "Sexe à problèmes", p.46.

6 VERVAECK, *Le problème de la stérilisation eugénique en Suède et la stérilisation des déficients*, R.D.P.C. 1924, p.894., *La stérilisation des anormaux et criminels dangereux*, R.D.P.C. 1926, pp.449-476 et 545-569, *Les lois de stérilisation eugénique*, R.D.P.C., 1935, p.761-799.

7 BASTIEN Claude-Thierry, *La stérilisation tubaire chez la femme*, précité, p.4.

Il est limpide que la frontière entre la protection de la société contre l'affaiblissement génétique de l'espèce et l'oppression de minorités par l'empêchement de la reproduction est ténue. L'évolution de la législation nazie en la matière est révélatrice. [1] La loi 14 juillet 1933 "pour la prévention d'une descendance héréditairement malade", fut l'instrument d'une politique globale de purification de la race dominante. Conformément à la doctrine personnelle d'HITLER [2], tous les opposants au régime en place furent visés par ces mesures, délinquants politiques ou de droit commun, malades mentaux ou assimilés, homosexuels ou toxicomanes, juifs et tziganes. La voie était ouverte vers le génocide "légal". Dans les camps, des expériences de stérilisations portèrent sur la recherche de la méthode scientifique la plus "efficace" pour stériliser définitivement et sans effets secondaires la plus grande masse de sujets désignés. [3]

Stériliser une population, c'est lui nier tout caractère humain en la privant des attributs les plus vitaux pour le groupe. [4] La stérilisation forcée est punissable sous la qualification pénale de crime de génocide. [5] Selon le nouveau Code pénal : "*constitue un génocide le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre des membres de ce groupe, l'un des actes suivants ; atteinte à la vie (...) mesures visant à entraver les naissances ; transfert forcé d'enfant. Le génocide est puni de la réclusion criminelle à perpétuité.*" [6]

Il faut également condamner les stérilisations eugéniques antinatalistes imposées. Si par un choix étatique, la société souhaite permettre les stérilisations contraceptives sans but curatif, elle peut déroger à l'exigence d'une finalité thérapeutique individuelle directe par une loi. [7] Mais cet acte médical extraordinaire doit en tous les cas respecter la liberté des individus, c'est-à-dire un consentement libre, éclairé et exprès à une atteinte irréversible à l'intégrité corporelle.

La stérilisation des malades mentaux est une forme d'eugénisme d'Etat qui ne heurte pas la sensibilité de certains pays par ailleurs démocratiques : "*Stérilisation forcée. Au nom de la défense de la société, certaines législations nationales peuvent l'imposer pour des raison eugéniques et même pour diminuer les coûts financiers résultant de l'internement de certains malades. C'est ainsi qu'entre 1909 et 1960, 19314 malades mentaux auraient été stérilisés dans*

---

1 "En Allemagne, en novembre 1932, la Chambre des médecins du Wurtemberg se prononça pour une stérilisation légale des «gens de valeur inférieure». En 1932, le bureau de Santé de Prusse déposa un projet de stérilisation. Mais il fallut attendre la prise du pouvoir par les nazis pour que, le 14 juillet 1933, le gouvernement promulgue une réglementation de la pratique de la stérilisation en tant que mesure eugénique préventive. Il s'agit donc d'une mesure d'hygiène raciale complémentaire de celles concernant le mariage et la natalité.", TERNON Yves Dr., et HELMAN Socrate Dr., *Les médecins allemands et le national-socialisme*, Casterman 1973, p.160. Cf. également, PROSS Christian Dr., *Le gang nazi des blouses blanches*, Le Monde 20 fév. 1991, pp.15-16, THOMAS Jean-Paul, *Chemises brunes, sciences «grises»*, Le Monde 19 fév. 1993, p.28.

2 "L'Etat raciste doit déclarer que tout individu notoirement malade ou atteint de tares héréditaires, donc transmissibles à ses rejetons, n'a pas le droit de se reproduire, et il doit lui en enlever matériellement la faculté.", Adolph HITLER, cité par TERNON Yves Dr., et HELMAN Socrate Dr., in *Les médecins allemands et le national-socialisme*, précité, p.155.

3 Les rayons X furent expérimentés sur des juifs polonais à Auschwitz, des jeunes filles grecques de 16 à 18 ans à Birkenau, et des petites bohémiennes de 13 ans à Ravensbrück. L'injection de liquide caustique dans l'utérus fut tenté par Clauberg, médecin-chef pour les camps de Haute-Silésie, sur des femmes juives de toute nationalité. Le professeur Pokorny expérimenta à Dachau les effets du Caladium, substance végétale stérilisatrice, sur des déportés français. cf. BERNADAC Christian, *Les médecins maudits*, France-Empire 1985, chapitre 12, les arbres secs, pp.106-119.

4 Ce que ne manque pas de constater Jean-Michel TRUONG dans un intéressant roman d'anticipation, où le problème de la société est de distinguer la personne humaine des clones produits à partir d'une personne humaine. L'auteur fait dire à la Cour de cassation que le critère de la reproduction est essentiel: "Dès lors qu'il est démontré que l'organisme obtenu par ce moyen ne peut se reproduire de manière autonome. (...) Or les clones dont la production est envisagée par RSA entrent parfaitement dans le cadre juridique défini par la Cour. (...) Enfin, pour des raisons évidentes de copyright, les embryons-objets sont rendus stériles, et satisfont donc le critère de non-autonomie de la reproduction édicté par l'arrêt du 12 mars 1994.", TRUONG Jean-Michel, *Reproduction interdite*, éd° Olivier Orban, 1990, p.107.

5 "Le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel : (...) d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe.", Assemblée générale des Nations Unies, Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée le 9 décembre 1948, art.2.

6 Art.211-1 N.C.Pén.

7 Cf. infra 2ème Partie, Titre 1, l'avortement, le prélèvement d'organe, l'expérimentation.

les hôpitaux de l'Etat de Californie. La loi précisait que les épileptiques, quelle que soit leur capacité intellectuelle, devaient être systématiquement stérilisés et une clause ajoutée en 1939 autorisait la stérilisation des délinquants psychopathes." [1]

Le droit français n'a pas créé de règle particulière en matière de stérilisation des malades mentaux : le droit commun est intégralement applicable. Si le malade mental est en état de s'exprimer, l'acte médical ne peut être pratiqué qu'avec son consentement, s'il n'est pas lucide, un tiers, le protecteur naturel, pourra décider à sa place en se fondant sur l'intérêt exclusif de sa santé. [2] La stérilisation ne peut être envisagée qu'à partir d'une constatation médicalement démontrée qu'une grossesse entraînerait un risque grave pour la santé du patient. [3]

Il faut, à cet égard, saluer avec intérêt la décision américaine rendue au sujet du refus d'un gynécologue de pratiquer la stérilisation d'une jeune fille de 19 ans au Q.I. compris entre 20 et 30, Lee Ann GRADY. Les parents de la jeune femme engagèrent un procès contre l'hôpital et le praticien qui refusaient de la stériliser. La Cour du New Jersey, en 1981, refusa la plainte au motif que "*la stérilisation détruisait une part importante de l'identité biologique et sociale de l'individu*". [4] Grande est la portée symbolique de cette décision très protectrice de l'individu face à la pression du groupe social.

Quant à la stérilisation des délinquants sexuels, elle est totalement exclue en droit français depuis la disparition des peines corporelles. [5] Au plus pourrait-on envisager, si un individu non détenu est soumis à des pulsions sexuelles si fortes qu'elles l'amènent à devenir dangereux, de procéder à une hospitalisation contre son consentement en vertu de la loi du 27 juin 1990 : "*A Paris, le préfet de police et, dans les départements, les préfets prononcent par arrêté, au vu d'un certificat médical circonstancié, l'hospitalisation d'office dans un établissement mentionné à l'article L.331 des personnes dont les troubles mentaux compromettent l'ordre public ou la sûreté des personnes.*" [6] Cette mesure privative de liberté ne modifie pas les conditions de licéité de l'acte médical : la stérilisation n'est licite que si elle poursuit une finalité thérapeutique et qu'elle est accomplie avec le consentement de l'intéressé.

La stérilisation non-thérapeutique est illicite quand bien-même une personne solliciterait de son plein gré une mutilation dans le seul but de faire disparaître des pulsions sexuelles qui la gênent. L'intangibilité du corps humain est un principe si fort, qu'il ne cède pas devant les demandes des individus, tant que l'acte demandé ne montre pas une utilité sociale reconnue par la loi.

Il faudrait à la société française un grand courage pour aborder directement et officiellement la question de la stérilisation et réduire ainsi les zones d'ambiguïté que la pratique quotidienne de la stérilisation laisse malheureusement perdurer. Que la loi décide de permettre plus ou moins largement, ou qu'elle interdise, permettrait de faire appliquer strictement les textes que nul ne pourrait alors accuser de ne plus refléter les valeurs contemporaines. Dans l'état actuel

---

[1] TORELLI Maurice, *Le médecin et les droits de l'homme*, précité, p.208. Voir aussi NAU Jean-Yves, *La stérilisation des malades mentaux*, Le Monde 20 mars 1991, p.15-17, et les nombreuses pratiques dans les pays étrangers.

[2] Cf. infra 2ème Partie, Titre 2, le malade mental, p.448 et s.

[3] Encore faudrait-il que soit clarifiée l'opinion de la société française quant à la sexualité des malades mentaux. Car s'il existe une réflexion périodique sur l'accès à une sexualité "ordinaire" et régulière pour les détenus, il n'existe à notre connaissance pas de discussion officielle sur la sexualité des internés...

[4] In the matter of Lee Ann GRADY : the mentally retarded individual's right to choose sterilization, Am.J.Law Med., 1981, Winter 6, (4), 559-590, cité par BASTIEN Claude-Thierry, *La stérilisation tubaire chez la femme : aspects techniques et médico-légaux*, précité, p.26.

[5] Nous écartons de cette étude la question de la stérilisation-castration en tant que peine corporelle. Le droit positif ayant abandonné depuis la Révolution la notion de sanction strictement physique, telle la castration. L'histoire retient la mésaventure d'Abélard (1079-1142) châtré en 1118, par ordre du chanoine Fulbert qui croyait à tort qu'Abélard avait abandonné Héloïse, enceinte de ses œuvres.

[6] Art.L. 342 C.S.P.

du droit, le seul consentement de la personne stérilisée est insuffisant à justifier pénalement l'auteur de l'infraction de coups et blessures volontaires et a fortiori celle de castration.

Cette solution se retrouve en matière de répression pénale de l'excision.

(γ) La répression de l'excision

L'intangibilité du corps humain entraîne une indifférence du droit pénal à l'égard de la volonté des victimes. Quelles que soient leurs croyances, leurs habitudes et leurs rites, les personnes qui résident sur le territoire français sont soumises aux règles juridiques françaises, sans qu'il leur soit possible d'écarter l'application de la norme pénale en vertu d'une sorte de coutume personnelle. La volonté individuelle ne peut pas faire plier le principe d'intangibilité du corps affirmé par la loi pénale.

Les habitudes socialement marginales ne peuvent pas modifier l'état du droit. Seule une pratique reconnue socialement utile peut, en tant que permission coutumière dérogatoire, justifier certaines atteintes légères à l'intégrité corporelle. C'est pourquoi la pratique de l'excision est pénalement réprimée, alors que certains cas de circoncisions sont justifiés.

"*L'excision, c'est chez les jeunes filles, l'opération correspondant à la circoncision chez les garçons. Il s'agit de l'excision ou ablation du clitoris, lequel, étiré, est tranché. (...) L'infibulation suit immédiatement l'excision chez quelques peuplades ; l'excision du clitoris étant opérée, les deux bords de la plaie sont cousus ensemble, selon une suture verticale et la suture est prolongée vers le bas de façon à opérer la réunion des lèvres, avivées ; un petit orifice est laissé à l'extrémité inférieure du vagin pour l'écoulement de l'urine, des humeurs, et, plus tard, du sang. Au moment du mariage, l'orifice vaginal suturé est rouvert d'un coup de couteau.*" [1] L'origine de ces actes est d'autant plus difficile à déterminer qu'il n'existe quasiment aucune trace écrite de ces pratiques. Les ethnologues pensent que l'habitude de réaliser de telles opérations date de plusieurs millénaires [2] et qu'elle perdure pour des raisons essentiellement rituelles. [3] Cette pratique concernerait aujourd'hui encore 80 millions de femmes dans le monde. [4]

L'excision est une atteinte à l'intégrité du corps de la femme qui a pour but et pour effet d'anéantir une grande partie de sa capacité de jouissance sexuelle. [5] L'impact de l'excision sur l'équilibre sexuel a été condamné très tôt par les mouvements de défense des droits des femmes qui n'ont pas hésité à dénoncer la clitoridectomie comme une torture contre la sexualité des femmes. "*La description d'une excision, (...), est difficile à supporter. (...) On imagine les conséquences psychologiques et médicales d'une telle opération, (...) sans parler bien sûr d'une*

---

[1] MONTANDON Georges, *Traité d'ethnologie culturelle*, Paris, Payot 1934, p.621 et 623

[2] "Le Judaïsme ignore la clitoridectomie, mais les Musulmans la pratiquent couramment. Le Coran est muet à son sujet ; en revanche, parmi les Livres saints, le Hadith de Om Attaya rapporte que le Prophète, rencontrant une femme chargée de l'excision, lui dit « N'opère pas de façon radicale. C'est préférable pour l'opérée.». Sans être partisan de la mutilation totale, Mahomet n'en aurait donc pas été un adversaire acharné. Au XXe siècle, le Muphti de la Mecque affirme toujours que l'ablation du gland du clitoris est agréable à Allah. Cependant, selon un certain nombre d'auteurs, cette coutume est antérieure à l'Islam.(...) Le professeur Bousquet rapporte que «l'excision est d'origine pré-islamique car, dans el-Bokhâri, une femme de l'époque est désignée comme coupeuse de clitoris» Comme la circoncision, cette mutilation des femmes est vieille de plusieurs millénaires." De BENOIST Alain, *Les mutilations sexuelles*, R.I.C.P.T., 1978, vol.XXXI, p.262.

[3] "On retrouve, comme pour la circoncision, les quatre temps du rite : préparation, opération, convalescence, réintégration. (...) Comme on peut s'y attendre, les traditions populaires tendent à rationaliser l'excision, ou à la justifier par des croyances religieuses. Il s'agit tantôt de «rendre la femme plus belle», tantôt de «lui enlever ce qui la fait ressembler aux hommes», ailleurs de l'empêcher d'être par trop sensible au plaisir sexuel. Chez les Bamabara, on affirme que l'homme qui coucherait avec une femme non-excisée, «pourrait être atteint par son dard, (le clitoris), et en mourir». En réalité, l'excision est effectuée dans des conditions telles qu'aucune justification rationnelle n'en peut être donnée." De BENOIST Alain, *Les mutilations sexuelles*, précité, p.265.

[4] CHOMBEAU Christiane, *Le long combat des femmes contre l'excision*, Le Monde 16 juin 1993, p.10.

[5] "Des quatre foyers sensoriels majeurs que possède la femme dans la région génitale, (...), le clitoris est incontestablement innervé d'une manière particulièrement riche. (...) la suppression brutale d'une zone érogène d'une telle importance est une opération beaucoup plus grave que la circoncision, et entraîne chez la femme mutilée des désordres irréparables.", De BENOIST Alain, *Les mutilations sexuelles*, précité, p.261-262.

frigidité quasi-totale pour les victimes de ce rituel." [1] La frigidité provoquée par la faute d'autrui est un préjudice juridiquement réparable mais délicat à prouver et à évaluer. [2]

La loi pénale ne connaît pas de disposition spécifique réprimant l'excision. C'est pourquoi il faut analyser cette pratique au regard des qualifications pénales protégeant l'intégrité physique. Le fait de détériorer définitivement un organe du corps humain est une mutilation.

Le nouveau Code pénal a correctionnalisé cette infraction [3], sauf dans certains cas comme celui de la mutilation d'un mineur. [4] Mutiler le clitoris d'une femme de plus de quinze ans est un délit correctionnel, mutiler une jeune fille de moins de quinze ans, comme c'est le cas dans la pratique de l'excision, est un crime. [5] Il s'agit d'une première différence avec la circoncision laquelle est une violence entraînant une I.T.T. de plus de huit jours [6], et non une mutilation qui "*suppose la mise hors service de l'organe considéré ou son amputation*". [7]

L'excision peut être également l'occasion de la commission d'une infraction involontaire. Malgré la rareté des informations accessibles en la matière, il apparaît que la pratique de l'excision, y compris sur le territoire français, est parfois la cause du décès de petites filles mutilées. En cas de poursuites pénales, il faudrait préférer à la qualification d'homicide par imprudence, celle de coups mortels. Les violences de celui qui excise sont volontaires et seule l'issue fatale est non-voulue. [8]

D'autre part, le droit pénal peut qualifier d'atteintes involontaires à l'intégrité de la petite victime les effets, non-voulus, mais néfastes pour la santé, que peuvent entraîner l'excision et l'infibulation. Ces mutilations sont accomplies, le plus souvent, en dehors de toutes précautions médicales ou même hygiéniques. Choc immédiat, hémorragies, troubles gynécologiques et génito-urinaires, infections sont, entre autres souffrances, les conséquences possibles. [9]

Enfin, la loi pénale condamne l'inaction de ceux qui refusent de porter secours à une personne en péril. Le délit de non-assistance en péril est donc applicable à toute personne qui, ayant connaissance d'une excision commencée ou accomplie, n'intervient pas pour aider la petite fille en danger. Ce texte a été appliqué à des parents [10] ; il pourrait l'être à tout personnel soignant qui s'abstiendrait de porter secours.

---

[1] GROULT Benoite, *Un scandale dont personne ne veut parler : l'excision*, R.I.C.P.T. 1978, vol.XXXI p.259.

[2] Cass.crim.14 juin 1990, Bull.crim. n°243, La Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion avait infirmé un jugement indemnisant la demanderesse, "blessée notamment à la vulve, avait subi l'ablation du clitoris", de son préjudice sexuel. La chambre criminelle reprocha à la Cour d'appel d'avoir débouté la demanderesse aux motifs que l'impossibilité d'éprouver l'orgasme n'était pas médicalement vérifiable. Encore s'agissait-il de blessures involontaires. Contra. cf. l'indemnisation du préjudice sexuel d'un homme blessé au pénis par de l'acide acétique pur badigeonné par un médecin. La juridiction du fond a estimé à 1200F le montant de l'indemnité pour 10 semaines de privation forcée de rapports sexuels. T.I. Saintes, 6 janv. 1992, D.1993, somm. Droit médical par Jean PENNEAU, p.28.

[3] "Toute personne qui, volontairement, aura porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné une mutilation, une amputation ou la privation de l'usage d'un membre, la cécité, la perte d'un œil ou d'autres infirmités permanentes sera punie d'une peine de cinq à dix ans de réclusion criminelle.", Art.310 al.1 C.pén. "Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende", Art.222-9 N.C.pén.

[4] Déjà qualifiée crime dans le Code pénal, (article 312 Code pénal alinéa 1-3° et alinéa 2-3°), la mutilation d'un mineur de moins de quinze ans reste une infraction criminelle dans le nouveau Code pénal : "L'infraction définie à l'article 222-9 est punie de quinze ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est commise : 1° Sur un mineur de quinze ans (...) 10° avec usage ou menace d'une arme.", Art.222-10, N.C.pén.

[5] La Cour de cassation a approuvé l'utilisation de la qualification de mutilation au sens de l'article 312-3° du Code pénal, en cas de violences volontaires ayant entraîné l'ablation du clitoris. Cf. notamment Cass.crim. 20 août 1983, Bull.crim. n°229, Cass.crim. 18 déc. 1962, Bull.crim. n°375.

[6] Art.309 C.pén. et Art.222-11 N.C.pén.

[7] MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1750, p.1410.

[8] Art.311 C.pén., Art.222-7 N.C.pén.

[9] COOK R., *Dommages causés à la santé féminine par la circoncision pharaonique, (infibulation)*. R.I.C.P.T. 1978, p.274.

[10] Cass.crim. 22 avril 1986, Bull.crim. n°136, Cass.crim.3 mai 1988, Bull.crim. n°188, même affaire. Les parents de la jeune Bobo Traore, trois mois, avaient fait appel à une exciseuse qu'ils avaient aidé à pratiquer une excision complète à la suite de laquelle l'enfant devait décéder des suites d'une hémorragie interne. La chambre criminelle refusa que les juges du fond puissent étendre leur compétence au crime de coups et blessures volontaires sur mineure de quinze ans ayant entraîné la mort sans intention de la donner alors que le réquisitoire introductif délivré contre les parents l'était du chef de non assistance à personne en danger. Renvoyés devant la Cour d'appel d'Amiens les prévenus ont été condamnés pour abstention de porter secours, pour n'avoir pas alerté de médecin après l'opération, alors que des signes d'hémorragie apparaissaient. Les associations parties civiles formèrent un pourvoi invoquant une

La jurisprudence récente tend à retenir, chaque fois que cela est possible la qualification criminelle, des faits d'excision. Dans une affaire où un père de famille était poursuivi pour avoir aidé et assisté une exciseuse professionnelle à pratiquer des clitoridectomies sur ses six filles, le tribunal correctionnel et la Cour d'Appel de Paris se sont nettement déclarés incompétents à raison du caractère criminel des faits reprochés. [1] Malgré l'opposition du ministère public appelant qui estimait que "*si des mesures répressives semblent souhaitables, il n'apparait pas opportun de soumettre à un jury d'assises l'appréciation des faits dont la qualification ne fait l'unanimité ni de la doctrine ni de la jurisprudence.*" [2] Le pourvoi formé par le demandeur contre l'arrêt de mise en accusation fut rejeté par la chambre criminelle adoptant à son tour la qualification criminelle en matière d'excision. "*Attendu que les agissements relevés dans l'arrêt attaqué, à les supposer établis, caractérisent à la charge du demandeur la complicité du crime prévu et réprimé par l'article 312-3° du Code pénal*" [3], c'est à dire mutilation.

La Cour d'assises compétente jugea et condamna l'auteur pour mutilation criminelle et les parents pour complicité. "*Les époux C. et l'exciseuse furent donc traduits devant le cour d'assises, (...) le verdict fut très rigoureux pour l'exciseuse (5 ans de prison ferme) et dur pour les parents (3 ans de prison dont 2 avec sursis).*" [4]

La condamnation de l'excision doit être rapprochée de la tolérance de la circoncision (cf. infra). La répression de l'excision est un exemple patent de choc de deux cultures. Dans les deux hypothèses, des membres d'une communauté ethnique ou religieuse pratiquent sur le territoire français des atteintes à l'intégrité corporelle. Or, en vertu du principe d'intangibilité du corps humain, toute atteinte est incontestablement prohibée par le droit pénal.. Mais il s'agit "*d'excisions rituelles pratiquées à la demande des parents de nationalité malienne, subissant l'empreinte de leur culture ancestrale.*" [5] Il faut, à cet égard, rappeler que le mobile du délinquant est indifférent et que l'invocation d'un droit étranger à l'appui de l'impunité n'est pas un fait justificatif.

Une autre cause d'impunité a été parfois invoquée pour empêcher la répression accusée d'ethnocentrisme : le respect de la coutume. "*Respect des coutumes étrangères, aussi barbares qu'elles nous paraissent, ou application inconditionnelle de la loi française à tout acte perpétré sur le territoire français, tel est le dilemne qui se pose à la justice.*" [6] Or, le droit pénal ne peut pas tolérer que chaque communauté, religieuse, ethnique, linguistique ou régionale reproduise des actes contraires au droit commun, reflet instantané des valeurs d'une société. La circoncision ne choque pas l'ordre public français [7], l'excision le choque au point de faire condamner ses auteurs comme criminels.

---

qualification criminelle pour le comportement des parents. La Cour de Cassation rejeta le pourvoi en répétant que les juges du fond ne pouvaient statuer que sur les faits dont ils étaient saisis, à savoir le comportement des parents après l'excision.

[1] C.A. Paris 10 juill. 1987, D. 1987, I.R.197.

[2] R.S.C.1989, p.109, obs.LEVASSEUR.

[3] Cass.crim 9 mai 1990, pourvoi c. Paris ch.acc. 4 déc. 1989, Dr.pén. 1990, n°291.

[4] Cour d'assises de Paris 8 mars 1991, R.S.C 1991, p.565, obs. Georges LEVASSEUR. Voir aussi la médiatisation des procès en matière d'excision. PEYROT Maurice, *Le procès de l'excision : une condamnation pour l'exemple* (Au sujet de Cour d'assises de Paris 8 mars 1991), Le Monde, 10 mars 1991, PEYROT Maurice, *La coutume doit céder devant l'ordre public*, (au sujet de Cour d'assises de Paris 8 janvier 1993, 5 ans d'emprisonnement dont 4 avec sursis pour «coups et blessures volontaires sur enfant de moins de quinze ans ayant entraîné une mutilation»), Le Monde, 10-11 janv. 1993, AUBENAS Florence, *Face à l'excision, le désarroi des juges et des médecins*, (Au sujet de Cour d'assises de Seine-Saint-Denis 2 fév. 1993, 3 ans d'emprisonnement avec sursis et un mois ferme, et de Cour d'assises de Paris 9 fév. 1993, 5 ans d'emprisonnement avec sursis), Libération, 5 fév. 1993, p.31.

[5] Réquisitions du ministère public sous C.A. Paris 10 juill. 1987, R.S.C.1989, p.109, obs. Georges LEVASSEUR.

[6] De TISSOT Olivier, *La liberté sexuelle et la loi*, Balland 1984, V° *Excision*, p.149. Voir aussi: "Excision : la prison ferme. La Cour d'assises de Paris a condamné à la prison ferme la mère d'une enfant excisée. Elle disait obéir à la tradition. Les jurés ont cependant décidé de faire un exemple.", La Croix-L'événement, 10-11 janv. 1993, p.8.

[7] Cf. infra la tolérance de certaines violences : la circoncision, p.125 et s.

Un moyen terme acceptable serait de prévoir expressément la possibilité pour une jeune femme majeure et consentante de faire procéder à cette opération en milieu médicalisé. Ne serait-ce pas reconnaître le droit à la différence en harmonie avec les principes de l'ordre public français ? Madame GEBLER, professeur spécialiste du droit de l'enfance, va plus loin en proposant pour protéger la santé des jeunes filles mineures d' "*imposer à la famille l'obligation particulière de ne faire procéder à l'excision que sous contrôle médical.*" [1] Cette solution doit être considérée comme la moins mauvaise puisqu'elle vise à éviter une partie des conséquences néfastes de l'excision, mais elle reflète un constat d'échec du droit de la protection des mineurs [2] et entérine la reconnaissance en droit pénal français d'un fait justificatif tiré de règle coutumière extra-nationale. [3] Cela n'est guère acceptable. Le médecin ne peut pas rendre licite ce qui est interdit par la loi. Or, la loi punit de sanctions pénales la mutilation. Comme en matière d'automutilation du militaire et de stérilisation non-thérapeutique, la volonté du soignant et/ou du soigné ne suffisent pas à écarter le principe d'intangibilité du corps humain. La loi qui protège l'intangibilité du corps prévaut sur la coutume contraire : "*le procès pénal devient alors, qu'on le veuille ou non, le procès d'une norme au nom d'une autre norme.*" [4]

Dans l'état actuel du droit pénal français, l'excision est une mutilation relevant d'une qualification correctionnelle et même parfois criminelle, nonobstant le consentement des parents pour le cas d'une jeune fille mineure. Tout indique que l'excision même sollicitée par une femme majeure pourrait être qualifiée de mutilation volontaire par le droit positif qui ne prévoit pas de dérogations au principe d'intangibilité du corps humain pour des raisons de rituels coutumiers, d'origine française ou étrangère. [5] Le droit français ne tolère pas que les femmes consentent à être victimes d'une coutume qui porte gravement atteinte à l'intangibilité du corps. [6]

L'étude des solutions du droit pénal spécial montre que le consentement de la victime n'est pas à lui seul un obstacle à la répression pénale. Cette constatation n'est pas remise en cause par les pseudo-exceptions au principe d'intangibilité du corps humain.

3°) Les pseudo-exceptions au principe d'intangibilité du corps humain : la tolérance de certaines atteintes légères

Certaines activités comportent des risques pour la santé de ceux qui y participent. Or, le droit ne réprime pas systématiquement tous les comportements qui portent atteinte au corps humain. Dans la vie courante, les individus accomplissent parfois des actes qui "touchent" au corps humain sans encourir de sanctions pénales. Il serait tentant d'en déduire que le principe d'intangibilité cède alors devant le consentement des intéressés. L'impunité serait la preuve que le consentement de la victime justifie la commission d'infractions pénales. Or, il convient de

---

1 GEBLER Marie-Josèphe, J.-Cl. civil, art.371 à 387, V° *Autorité parentale*, n°114.

2 "Est-il concevable que le juge des enfants subordonne le maintien de l'enfant dans sa famille à la non-excision ni en France ni en Afrique ? (...) Si le juge répressif peut frapper l'auteur de telles pratiques, le juge des enfants ne peut, avant que l'intention des parents ne se soit clairement manifestée, prendre une décision de principe.", ESCHYLLE Jean-Florian, *Le juge des enfants et la santé des mineurs*, Thèse droit Nancy 1990, n°63, p.61.

3 Ce que reconnaît Madame GEBLER, "On aurait ainsi admis le principe de la licéité d'une pratique qui porte atteinte aux libertés individuelles et à l'intégrité physique de la personne et qui est condamnée par l'art.312 C.pén.", GEBLER Marie-Josèphe, J.-Cl. civil, précité, n°114.

4 GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, *Ethnologie comparée à la Cour d'assises*, Le Monde 9 mars 1991.

5 Entre La règle écrite française et la coutume étrangère il faut choisir la norme qui ne peut être que la loi pénale française. "Le «respect de la différence» ne doit pas se dénaturer en une lâche complaisance pour des mœurs contraires aux assises mêmes de notre morale sociale. Sinon, pourquoi ne pas accepter aussi la séquestration des femmes à Belleville, la lapidation des femmes adultères place Vendôme, etc...", De TISSOT Olivier, *La liberté sexuelle et la loi*, précité, V° *Excision*, p.150.

6 MOUTON Jacques, Avocat général, au sujet de Cour d'assises de Paris 8 janv. 1993 : "La peine est un moyen de prévention. Il faut que le coup de bâton tombe. Il faut que les parents sachent que l'excision ne se pratique pas sans risque. (...) Je comprends que Mme J. se trouve emprisonnée dans un système. Elle est aussi une victime de cette coutume.", Le Monde 10 janv. 1993.

démontrer que ces dérogations à l'interdiction de porter atteinte au corps humain sont justifiées par des permissions sociales qui tolèrent des actes utiles ou indifférents à l'ordre public et non par la seule volonté des acteurs.

La permission de déroger à l'intangibilité et de causer certaines atteintes légères à l'intégrité corporelle s'étend : à certaines activités dangereuses (a), à la sphère de l'intimité sexuelle (b) et à la pratique de la circoncision (c).

a) La permission de pratiquer certaines activités dangereuses

Il existe de nombreuses activités sportives qui comportent intrinsèquement des violences qui peuvent porter atteinte à l'intégrité physique des participants : judo, rugby, boxe, etc... [1] Nul ne contestera que les sports de ballon qui reposent sur la vivacité et la vitesse de déplacement des joueurs induisent pour la plupart des chocs entre les individus maintenus dans la limite géographique de l'espace d'un terrain relativement clos. [2] Pires sont les arts martiaux et autres sports de combats, dont la boxe qui illustre le plus nettement que la discipline toute entière repose sur le principe de coups échangés pour le plaisir ! ... des spectateurs ! [3]

Ces coups et ces blessures volontaires et involontaires sont autant d'infractions connues par le Code pénal. Or, il est exceptionnel que des poursuites pénales soient engagées contre des sportifs du fait de leur passion, ce qui explique que l'on s'interroge sur l'existence d'un fait justificatif tiré du consentement. Le fait que chacun des sportifs participant à l'activité violente ait exprimé sa volonté libre de prendre part au jeu [4], n'explique pas l'impunité ; il y a là encore refus de considérer le seul consentement de la victime comme un fait justificatif.

Il n'existe aucune loi instituant expressément un fait justificatif de permission légale au profit des sportifs. Messieurs MERLE et VITU invoquent néanmoins l'existence d'une permission coutumière reposant tacitement sur le droit civil. "*La jurisprudence n'a jamais hésité à légitimer les infractions autorisées par des permissions coutumières. Or, la plupart de ces permissions coutumières tirent en réalité leur force justificative d'un droit civil latent : par exemple le droit de correction manuelle des parents sur la personne de leurs enfants est implicitement contenu dans les prérogatives de l'autorité parentale. On pourrait expliquer de la même manière quantité d'autres prétendues permissions coutumières : (...) la permission de commettre des violences conformes à la règle du jeu des sports.*" [5]

Or, il est important de rappeler que les activités sportives sont soumises à un certain nombre de règles de droit qui pour la plupart sont d'origine réglementaire, ce qui permet de les assimiler à la permission de la loi au sens du Code pénal. "*Le loisir est pratiqué selon un rapport quelconque, fondamentalement violent. La particularité est néanmoins qu'un ensemble de règles viennent canaliser cette violence et limiter ainsi son caractère offensif à la seule finalité de divertissement. (...) L'exercice de l'activité est coutumière. Les règles qui la gouvernent peuvent émaner d'une instance sportive. Légales, elles n'en sont pas moins assimilables aux lois et règlements d'origine publique. L'article 327 du Code pénal, dans une interprétation libérale, fonde la justification des violences de loisir. (...) La conséquence est que, sur le plan pénal,*

---

[1] Certaines réunions sportives peuvent dégénérer en manifestations de violence et obliger la société à appliquer les règles du droit pénal à un domaine qui aurait dû rester celui des loisirs et de l'amusement. C'est ainsi que des matchs de football se transforment parfois en bain de sang sous la poussée du hooliganisme.

[2] La quête du ballon est parfois dangereuse comme le montre la pathologie médico-sportive : les chevilles du footballeur, les arcades sourcilières du rugbymen, les doigts retournés du volleyeur sont autant de preuves que le jeu même régulier est source de blessures.

[3] Pour l'hypothèse cocasse où un spectateur se mèle volontairement au combat cf. HUGUENEY Louis, "Relaxe d'un catcheur poursuivi pour coups et blessures volontaires sur la personne d'un spectateur", R.S.C. 1956, p.325.

[4] Il n'existe plus, en effet, de joueur contraint ou condamné à participer depuis la disparition des jeux du cirque et des gladiateurs...

[5] MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°437, pp.558-559.

aucune infraction n'est établie. L'agent bénéficie d'un fait justificatif." [1] L'établissement des règlements sportifs et la participation de l'Etat au développement de nombreuses activités éminemment violentes sont le signe d'une approbation officielle de la société envers des atteintes à l'intégrité corporelle regardées exceptionnellement comme licites. Le but essentiel du sport devant rester l'épanouissement des corps (cf. l'idéal olympique).

Ainsi, la permission de la loi disparaît en cas de violation de la règle de jeu. La meilleure preuve que le fait justificatif réside essentiellement dans l'existence d'une règle du jeu reconnue et approuvée par l'Etat est que le non-respect de cette règle empêche le sportif de se prévaloir du fait justificatif. La jurisprudence reflète parfois ces dérapages violents que la passion sportive a pu susciter. S'attaquer aux spectateurs, aux partenaires et a fortiori à l'arbitre, n'est pas permis par la règle du jeu ; cracher sur ses adversaires, les molester ou les agresser non plus. [2] Le raisonnement est le même lorsque le joueur dépasse les prévisions de la règle en enfreignant ostensiblement ses dispositions dans le cours de l'action de jeu. [3] L'arbitre est, sur le terrain, le juge du respect de la règle du jeu. [4] Les règlements sportifs lui donnent souvent un pouvoir de police comportant des mesures d'exclusion du terrain. [5] En cas de litige, les juridictions judiciaires sont naturellement compétentes pour statuer sur la licéité des violences commises.

Si la société admet que le sport induise une certaine violence, elle fixe clairement les limites de sa licéité : la règle du jeu. Le fait justificatif repose alors sur un critère objectif, la règle connue par tous et non sur le consentement des acteurs. Le consentement du sportif n'est que le signe de l'acceptation de la règle du jeu qu'il reconnaît objectivement en décidant de rentrer sur le terrain ou le ring...

Il existe une grande différence entre le régime juridique des actes qui portent atteinte à l'intégrité corporelle, qui est fondé sur l'intangibilité du corps humain et le domaine des activités qui, bien que non systématiquement violentes, constituent des prises de risques de blessures. Curieusement, on peut affirmer que l'homme n'a pas globalement le droit de consentir à ce que l'on touche à l'intégrité de son corps mais qu'il a la liberté de prendre le risque de se blesser, en particulier dans le domaine des loisirs dangereux.

Chacun est libre de s'adonner au parachutisme, à la course en haute montagne, au véliplanchisme les jours de tempête, à la spéléologie ou au saut à l'élastique, aujourd'hui réglementé. Si le droit se préoccupe parfois de réglementer ces activités, il s'agit le plus souvent de limiter les effets nuisibles pour les tiers ou d'organiser la cohabitation des "aventuriers" avec les quidams ordinaires. [6] Le droit pénal n'interdit pas globalement les excès de confiance, ni les tentatives d'exploits téméraires. Seuls l'homicide ou les blessures causés à autrui à l'occasion d'une telle activité sont susceptibles de qualification pénale. L'être humain est donc libre de risquer sa vie dès lors qu'il ne met pas en danger celle des autres.

---

[1] VERMELLE Georges, *La violence*, in *Le droit pénal des loisirs*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas 1990, pp.152-153.

[2] C.A. Paris, 2 déc. 1967, J.C.P. 1968-II-15408, note D.S. fait de frapper un joueur de football sur le chemin des vestiaires, C.A. Toulouse, 6 mai 1971, J.C.P. 1972-IV-24, bagarre généralisée sur le terrain.

[3] Cass.crim. 16 oct. 1984, Bull.crim. n°303 pour un tacle glissé par derrière, action défensive prohibée depuis une dizaine d'années par les instances du football en raison de sa dangerosité pour le joueur qui ne voit pas la menace et risque une double fracture, T.corr.Lyon, 10 janv. 1978, Gaz.pal. 1978-II- somm. 474; placage de rugby sur un joueur non porteur du ballon !

[4] Pour le cas rarissime où l'arbitre est lui-même auteur de violences cf. "Le tribunal correctionnel de Marseille a condamné à trois mois de prison ferme et 35 000 F d'amende un arbitre bénévole qui avait frappé un joueur. Lors d'un match amical en 1992, F... avait été désigné comme arbitre (...). Critiqué par un joueur de l'ASPTT La Ciotat, il avait répliqué d'un coup de poing, fracturant la mâchoire de son adversaire.", L'équipe, 11 mai 1993, p.5.

[5] Pendant la durée de la réunion sportive, l'exclusion peut être définitive (cf. le carton rouge de l'arbitre de football) ou temporaire (cf. les pouvoirs des deux arbitres de hockey-sur-glace "de jeter en prison" pour quelques minutes un joueur excessivement violent.)

[6] Cf. la réglementation de l'accès aux plages et la création de zones réservées aux baigneurs, l'interdiction de survoler en deltaplane, parapente et autre U.L.M. les agglomérations.

Il faut aussi envisager la permission de prendre certains risques vis-à-vis de l'hygiène de son corps. Il suffit de citer les excès et abus en tout genre qui bien que dangereux ne sont pas répréhensibles, "drogues légales", tabac, alcool, et autres produits connus pour leur nocivité. La règle générale semble se limiter à prohiber le fait de faire courir des risques à autrui, en limitant les comportements dangereux pour les autres. [1] Il est possible de comparer le comportement de celui qui abuse de tabac, par exemple, connaissant les risques certains de cancer et d'accidents cardio-vasculaires et le comportement de celui qui use d'une drogue illégale. Dans le premier cas, la société considère que l'auto-intoxication tabagique est indifférente à l'ordre public et elle permet à l'individu de porter atteinte à l'intégrité de son corps ; dans le second cas, la société estime nécessaire d'empêcher l'usage de stupéfiants et elle punit la consommation de drogue.

La permission de consommer des stupéfiants réapparaît toutefois lorsque la société estime qu'elle est utile. Ainsi, en matière médicale, le médecin peut-il prescrire dans certains cas des drogues dont la consommation est normalement illicite.

Mais la conception légale peut évoluer, comme cela semble être le cas à l'égard du tabagisme.

Il faut enfin signaler deux autres catégories de blessures légères qui sont pratiquées relativement couramment par la population sans que cela ne déclenche de réel trouble social. Il s'agit des tatouages et des perçages d'oreille. La licéité de ces atteintes à l'intégrité corporelle semble reposer sur la notion de permission coutumière. Le tatouage est un geste ancestral qui consiste à introduire de l'encre colorée sous l'épiderme afin de laisser sur la peau de l'individu un signe, un dessin ou un texte. Or, s'il ne fait aucun doute que le tatouage pratiqué en violation de la volonté du sujet est une violence légère, il faut constater que l'activité de tatouage volontaire se développe au point que des échoppes spécialisées se créent.

Le droit pénal ne se penche pas sur la question de la licéité du tatouage que la société semble laisser dans la sphère de l'intimité de la vie privée, comme d'autres actes à visées esthétiques (coupe des cheveux, maquillage, manucure). [2] La différence essentielle étant que ces actes sont tous réversibles à court ou moyen terme alors que le tatouage est une lésion de l'épiderme quasiment définitive. Or, si les actes réversibles peuvent être laissés à la disposition de l'individu [3], parce que le droit pénal tolère exceptionnellement une atteinte légère à l'intangibilité du corps humain, il en est autrement des atteintes irréversibles. D'autant plus qu'il existe une forte demande de détatouage adressée au corps médical, ce qui pose la question du caractère curatif d'un tel acte. L'absence de contentieux ne doit pas masquer la fragilité du fait justificatif coutumier qui pourrait être aisément remis en cause.

La seconde catégorie des actes de violence à caractère esthétique est le perçage des oreilles. S'il ne fait aucun doute que la population pratique depuis longtemps cet acte à visée ornementale pour agrémenter les pavillons d'oreille de bijoux, il faut néanmoins souligner quelques traits caractéristiques. Si coutume il y a, il faut en noter des évolutions contemporaines avec l'extension de cette pratique aux hommes et à d'autres organes que les oreilles. Il n'est pas si rare de rencontrer aujourd'hui des personnes en quête d'originalité présentant ostensiblement une boucle de nez. La coutume est-elle en train de s'adapter aux mœurs ou de déraper ?

Plus sérieusement il faut noter que le perçage des oreilles s'effectue très souvent sur de très jeunes enfants, de moins d'un an. Or, il est choquant de constater que les représentants légaux d'un mineur peuvent en toute impunité décider de consentir à un acte, somme toute mutilant pour

---

[1] Cf: législation sur les armes et sur la circulation routière.

[2] Sur le rôle culturel du marquage du corps cf. "La fonction première de la décoration corporelle est d'humaniser le corps en le différenciant de l'animal.", DESPUJOL Franck, *Corps et culture : l'apport de l'anthropologie*, in, *Le corps*, éd° Bréal 1992, p.23.

[3] Cf. la distinction civiliste entre les actes juridiques portant sur les parties régénérables du corps humain et les actes portant sur des parties non régénérables. HENRY Xavier, *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse Droit Nancy 1992, n°873, p.990.

le corps du mineur, sans qu'on en attende aucun effet positif sur sa santé, le tout sur des critères esthétiques dont on pourrait débattre. Le droit pénal se désintéresse-t-il à ce point de la santé des individus qu'il laisse une coutume contredire le Code pénal qui prône l'intangibilité du corps humain et prohibe toutes les atteintes mêmes les plus légères à l'intégrité corporelle ?

Le critère de la permission est peut-être ici celui du danger. Tant que l'activité développée par l'être humain ne crée qu'un danger aléatoire, le droit pénal répugne à intervenir au nom d'un arbitrage entre l'intangibilité du corps humain et la liberté individuelle qui permet de faire tout ce qui n'est pas contraire à la loi. Le droit pénal réprime les atteintes aux valeurs qu'il protège de par la volonté du législateur. Or, la loi française laisse une grande autonomie à la personne tant qu'elle ne crée pas de danger en "touchant" à son intégrité corporelle. Si elle crée un danger pour autrui, le droit pénal "reprend sa permission". Ainsi, la consommation d'alcool est-elle tolérée, sauf en cas de conduite d'un véhicule. La pratique des activités dangereuses est permise, sauf lorsqu'elle cause un danger, c'est l'hypothèse de non-respect de la règle du jeu en matière sportive.

La permission de déroger au principe de l'intangibilité du corps résulte d'une tolérance pour certaines atteintes légères ou certains risques d'atteintes à l'intégrité. La licéité des activités dangereuses est une pseudo exception à l'intangibilité du corps car elle ne repose pas sur le seul consentement des participants.

La permission de déroger à l'intangibilité et de causer certaines atteintes légères à l'intégrité corporelle s'étend à une partie de la vie sexuelle. Le droit pénal montre toutefois les limites de cette liberté.

b) Les limites juridiques de la liberté sexuelle

La liberté sexuelle est parfois invoquée comme exception au principe d'intangibilité du fait du consentement des individus. L'analyse du droit pénal fait apparaître que la société abandonne aux citoyens une sphère de liberté dont le droit fixe des frontières, au-delà desquelles la répression peut s'appliquer.

L'étude des infractions pénales d'atteinte aux mœurs montre l'existence d'une vaste liberté des comportements sexuels. Ne sont incriminés, ni la sexualité solitaire, ni la sexualité collective, ni la sexualité avec les animaux. La norme juridique, contrairement à la règle morale et à la règle religieuse, refuse le plus souvent de s'ingérer dans la vie sexuelle des citoyens. [1] "*La loi n'interdit nullement de se «débaucher». La nymphomanie, l'érotomanie, les rapports sexuels de groupe, la prostitution et autres formes de la débauche, au sens courant du terme, sont peut-être condamnables d'un point de vue moral ou éthique, elles ne le sont nullement sur le plan judiciaire. Le Commandeur entraînera peut-être Don Juan en enfer, il ne le traînera pas en prison.*" [2] Le domaine de la sexualité paraît donc être gouverné par la plus grande liberté d'action. Les infractions établies en la matière sont destinées à protéger la réalité du consentement des individus en interdisant le viol et l'attentat à la pudeur ou à préserver la pudeur du public en interdisant les démonstrations publiques contraires à la décence.

Concernant les droits de l'homme sur l'intégrité de son corps il y a lieu de souligner que la liberté sexuelle est limitée, principalement lorsqu'elle entre en conflit avec la liberté d'autrui,

---

[1] Les psychiatres, les psychologues, les sociologues et les ethnologues décrivent souvent les liens entres les notions de péché, de tabou, de faute et la sexualité. Leurs études semblent montrer que les cas de limitation juridique à la liberté sexuelle, par le moyen d'incrimination pénale est une formulation laïque du concept de péché. "Le sens actuel du mot péché se réfère avant tout à une transgression d'ordre religieux ; c'est par conséquent dans la religion qu'il nous faudra rechercher l'origine de la notion de péché. Ce sont évidemment les tabous religieux qui sont à la base de la répression sexuelle ; les lois civiles n'ont fait que suivre les mœurs modelées par les pressions religieuses.", WEIL Pierre, *Répression et libération sexuelles*, éd° EPI, 1973, p.14.

[2] De TISSOT Olivier, *La liberté sexuelle et la loi*, précité, p.119.

comme le montre l'exemple de la prostitution (α). En ce qui concerne les atteintes à l'intégrité corporelle commises au cours de la vie sexuelle, une tolérance profite aux atteintes légères, mais le principe d'intangibilité réapparaît en cas de violence mutilante (β).

(α) Les limites de la tolérance en matière de prostitution

La prostitution n'est pas facile à définir du fait de l'historique absence de description légale. Aussi peut-on admettre que la prostitution est une : "*activité habituelle qui consiste, pour toute personne (homme ou femme), à s'offrir en vue d'une activité sexuelle (même homo-sexuelle) à n'importe quelle autre personne prête à la rétribuer d'une façon quelconque et qui ne constitue pas en elle-même une infraction pénale à la différence du racolage et du proxénétisme (...).*" [1] Ou bien que : "*la prostitution est le fait d'employer son corps, moyennant une rémunération, à la satisfaction des plaisirs du public, quelle que soit la nature des actes de lubricité accomplis.*" [2]

C'est en vain que l'on cherche dans le Code pénal une définition authentique de la prostitution car le législateur n'a pas incriminé ce comportement. L'acte prostitutionnel quoique considéré à de nombreux égards comme blâmable par le droit pénal, n'est pas en soi punissable, vu l'absence de texte d'incrimination. [3] Chacun est donc libre de se prostituer sans risquer une sanction pénale. Mais cette liberté est enserrée dans un ensemble de dispositions visant à limiter l'activité prostitutionnelle. [4]

La loi pénale contient un grand nombre de dispositions répressives liées à l'exploitation de l'activité prostitutionnelle d'autrui. Elle sanctionne sévèrement les faits de proxénétisme [5], sans pour autant punir la prostitution. [6] Le fait d'aider, assister ou protéger la prostitution d'autrui, le fait de profiter des produits de la prostitution, de vivre, être en relation ou entretenir une personne se livrant à la prostitution, etc... sont des faits qualifiés de délit de proxénétisme. La sensibilité du spectateur est protégée par la prohibition du racolage sur la voie publique. [7]

Tout individu ayant le choix de sa sexualité peut librement décider de monnayer ses faveurs. La prostitution est l'objet d'un simple blâme moral qui n'est pas une sanction pénale. La prostitution, comme le suicide sont des actes déviants et non délinquants tant qu'ils ne concernent que l'usage d'une liberté privée, non attentatoire aux droits des tiers. La société renonce alors à appliquer le principe d'intangibilité du corps en raison de l'inutilité de la répression. L'incrimination du proxénétisme et du racolage montre que la licéité de la prostitution ne résulte pas du seul consentement de la personne mais d'une permission sociale. Le proxénétisme n'est

---

1 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Prostitution*, p.644. Sur les difficultés de définition cf. Digeste, lib.XIII, t.II, n°43; Ulpien, au livre I sur la loi Julia et Papia, paragraphe 2 : "On entend par un commerce public le métier de ces femmes qui se prostituent à tout venant et sans choix. Ainsi ce terme ne s'étend pas aux femmes mariées qui se rendent coupables d'adultère, ou aux filles qui se laissent séduire : on doit l'entendre des femmes prostituées." Voir aussi : "Je considérerai la prostitution comme étant caractérisée par trois éléments combinés de façons variées : le trafic, la promiscuité, l'indifférence émotionnelle", FLEXNER Abraham, *La prostitution en Europe*, éd° française, Payot, Paris, 1919, p.6. voir aussi : "Est prostituée toute personne qui habituellement ou occasionnellement, a des relations sexuelles plus ou moins banales, moyennant paiement ou tout autre considération mercenaire.", BOIRON N.M., *La prostitution dans l'Histoire, devant le Droit, devant l'Opinion*, Berger-Levrault, Nancy 1926, p.5.

2 Cass.crim. 19 nov. 1912, D.P. 1913,1,353 note LEPOITTEVIN.

3 Ce que le civiliste exprime ainsi : "Le contrat de prostitution est d'ailleurs licite quant à son objet (l'atteinte au corps n'est pas préjudiciable...) et seule sa cause immorale pourrait le rendre nul.", HENRY Xavier, *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse Droit Nancy 1992, n°871, p.985, note 1. Cf les nombreuses références citées.

4 Cf. L'impact des lois des 9 avril et 11 juillet 1975 sur l'immobilier, l'hôtellerie et la prostitution. Sur ce point voir : VILLEY Colette, *Le défi prostitutionnel*, Thèse Sciences humaines, Paris V, 1986, p.160.

5 Art.334 C.pén. et art.225-5 N.C.pén.

6 Il faudrait toutefois nuancer le propos en considérant que le droit fiscal instaure une forme de sanction : "Déjà dans la Grèce de Solon les fonctionnaires des contributions, les pornotropoi, étaient chargés de la surveillance et surtout de la taxation des établissements dans lesquels se déroulait la prostitution. Aujourd'hui, le principe même de l'imposition de telles activités n'est pas remis en cause. (...) La prostitution est une source de profits considérables.", LABIE François, *Sexualité et fiscalité : le cas de la prostitution*, in Ann.Fac. Toulouse, 1985, p.76.

7 Racolage "actif", art.R.40-11 C.pén. ou racolage "passif", art.R.34-13 C.pén.

pas toléré parce qu'il est une exploitation d'autrui. Le racolage n'est pas toléré par ce qu'il est une pression sur autrui en même temps qu'un spectacle non-souhaitable.

(β) Les limites de la débauche, des perversions et des violences sexuelles

La sexualité humaine peut être protéiforme, les juristes et les médecins sont parfois confrontés à des comportements marginaux posant le problème de liberté des individus par rapport à leur corps. "*La classification des Trois essais a été élaborée par FREUD en lien étroit avec sa théorie des pulsions. A partir de 1915, il s'oriente vers une conception toute différente, dominée par le dualisme à ses yeux radical entre les pulsions de vie et les pulsions de mort, (...), lorsqu'il est question de perversions aujourd'hui, que ce soit en psychanalyse ou dans les sciences humaines en général, on se réfère essentiellement à celles qui ont été le plus souvent décrites et étudiées dans ce contexte : masochisme, sadisme, fétichisme, voyeurisme, exhibitionnisme, travestisme, au point qu'elles constituent de plus en plus les perversions au sens strict, les autres formes de sexualité étant dites telles par rapport à elles.*" [1]

C'est à FREUD que revient le mérite d'avoir tenter d'expliquer les mécanismes et troubles psychologiques au regard de la notion de pulsion. Etudiant ce qu'il appelle les aberrations sexuelles, il distinguera les déviations se rapportant à l'objet sexuel et les déviations se rapportant au but sexuel. C'est dans cette dernière catégorie qu'il place le sadisme et le masochisme: "*Le désir de faire souffrir l'objet sexuel - ou la tendance opposée - est la forme de perversion la plus fréquente et la plus importante de toutes.*" [2]

Certaines perversions sont susceptibles de porter atteinte à l'intégrité physique de ceux qui s'y adonnent, de leurs partenaires, et parfois de leurs victimes. Mais l'attrait particulier des pratiques sado-masochistes réside le plus souvent dans le goût de la douleur. "*La relation de l'amour à la douleur constitue l'un des domaines les plus troublants de la sexualité. L'impulsion à infliger la douleur, (...), se retrouve à tous les stades de la relation sexuelle.*" [3]

La littérature connaissait depuis longtemps la notion de libertinage mais c'est à SADE que l'on doit d'avoir décrit des scènes de violences et de cruauté dont il nie le caractère criminel. [4] Ces prédécesseurs prônaient la satisfaction, même excessive de tous les désirs de la chair, SADE peindra le plaisir par l'infligation de la douleur, parfois jusqu'au martyr. [5] Que cet attrait pour la douleur soit une maladie mentale [6], ou un goût particulier ne modifie pas la nature du problème juridique que pose cette relation de violence consentie. [7]

Nous devons analyser le fait qu'une partie de la population vit volontairement des situations de violence dans le domaine sexuel, sachant que chaque personne attirée par la douleur l'est généralement et potentiellement en tant qu'auteur et victime. "*Ce qui caractérise avant tout cette perversion, c'est que sa forme active et sa forme passive se rencontrent chez le même individu. (...) Un sadique est toujours en même temps un masochiste.*" [8]

---

1 BONNET Gérard, *Les perversions sexuelles*, Que-sais-je ? n°2144, Paris 1983, p.39.

2 FREUD Sigmund, *Trois essais sur la théorie de la sexualité*, Gallimard, Folio-essais, 1987, p.45.

3 ERLICH Michel, *Les mutilations sexuelles*, Que-sais-je?, n°2581, Paris 1991, p.67.

4 "Au nom d'un droit naturel qui lui est propre, Sade poursuit le chaos primitif. Ainsi à l'esthétique du bien, il oppose celle du mal. (...) Pour le Marquis le meurtre entretient l'énergie créatrice de la nature.", TZITZIS Stamatios, *La philosophie pénale de Sade à la lumière de son hédonisme*, R.P.D.P.1990, pp.99-100.

5 "Les libertins avaient flatté les déviances sexuelles, sacrifié à la sodomie, magnifié l'inceste. Sade prône le crime comme indifférent, le déchaînement des horreurs et des instincts les plus criminels comme complices du crime permanent perpétré par une nature dont l'insouciance n'a d'égale que la cruauté." CHAUSSINAND-NOGARET Guy, *Le plaisir et la souffrance, Sade a-t-il existé ?*, in *Amour et sexualité en occident*, Points-Histoire, Seuil, 1991, p.266.

6 Sauf à considérer que tout sadique est un dément au sens de l'article 64 du Code pénal, ce qui n'est qu'exceptionnellement le cas selon nous.

7 Dans l'hypothèse d'un acte sadique infligé à une victime non-consentante ; il n'y a pas lieu de déroger aux règles ordinaires du droit pénal général pour lequel les mobiles restent indifférents pour l'appréciation du dol général.

8 FREUD Sigmund, *Trois essais sur la théorie de la sexualité*, Gallimard, Folio-essais, 1987, p.47.

Un individu majeur et consentant peut-il accepter dans un but de jouissance sexuelle une atteinte à l'intégrité de son corps? La loi pénale permet-elle de sanctionner celui qui inflige à autrui une violence, alors même que la "victime" sollicite et "apprécie" cette violence? Jusqu'où un individu peut-il souhaiter faire souffrir son corps au regard du droit criminel? Les actes de sado-masochisme sont-ils licites?

Etudier ici ce type marginal de comportement nous parait nécessaire. Outre qu'il serait hypocrite d'en feindre l'ignorance à l'heure où scènes et petites annonces "S.M." envahissent toutes les catégories de médias, ces agissements soulèvent une difficulté rejoignant notre recherche de la justification des atteintes au corps. Nous cherchons à étudier le regard que porte la société sur un rapport entre deux justiciables au cours duquel l'un inflige une violence à un autre qui ne s'en plaint qu'exceptionnellement.

Aucun fait justificatif classique ne peut être invoqué pour justifier ce type de violences sado-masochistes. Ni la loi ni aucune autorité légitime ne font référence à une permission de ces comportements. La légèreté des atteintes à l'intégrité physique de ceux qui s'adonnent à ces pratiques n'ôte pas aux coups leur caractère délictueux. La seule conclusion logique est de constater l'illicéité de ces actes malgré l'extrême rareté des poursuites et des procès en ce domaine. L'absence de contentieux peut s'expliquer par le caractère intime et volontaire de ces pratiques ainsi que par la limitation de ce goût particulier à un faible nombre d'adeptes généralement majeurs. [1] Mais cette analyse reste plus sociologique que juridique et nous pensons que ce qui n'est, à l'heure actuelle, pas puni, est et reste punissable.

Le sado-masochisme ne reflète pas le choix majoritaire de mode de vie sexuelle des Français. Doit-on pour autant pourchasser ceux qui se placent, même par intermittence, en dehors de la norme ? Cette question mérite qu'en morale chacun trouve une réponse personnelle. Nous constaterons toutefois que l'absence de poursuites par le ministère public, en raison du principe d'opportunité des poursuites, de tels faits parfois révélés , montre qu'il n'y a pas de volonté répressive en ce domaine. Verra-t-on un jour le législateur se prononcer en ce domaine ? Nous ne le croyons pas. Le seul enjeu politique "utile" serait de prôner la répression. Or, elle est d'ores et déjà possible. Nous n'imaginons pas une législature ou même un gouvernement instituer un fait justificatif pour les adeptes du sado-masochisme...

Comment ne pas comparer le masochiste et le patient, alors que tous deux consentent à une violence parce qu'elle a un but particulier : satisfaction sexuelle pour l'un, amélioration de sa santé pour l'autre. C'est la différence de nature des buts poursuivis qui explique les traitements juridiques distincts de ces deux comportements. La satisfaction des pulsions sexuelles est un but individuel et égoïste que la société française contemporaine n'a aucune raison d'encourager en légitimant expressément ce type de violence. Le but curatif que poursuit généralement l'acte médical a, au contraire, un caractère altruiste et solidaire et la société a intérêt à encourager les actes qui peuvent préserver, voire améliorer la vie des citoyens.

La recherche d'une satisfaction sexuelle n'est pas, dans l'état actuel du droit, un but reconnu comme suffisamment noble pour justifier des comportements infractionnels. Le but curatif, par contre, est reconnu comme une finalité positive, expliquant des dérogations au principe de prohibition des violences. La sexualité, partie intégrante de la sphère d'intimité de la vie privée ne connait pas que des violences "sans conséquences" échangées pour la satisfaction des sens. Il

---

[1] Lorsqu'un mineur est impliqué dans la relation sexuelle, la répression peut s'appliquer sur la base de l'excitation de mineur à la débauche et de l'attentat à la pudeur et le cas échéant pour violences volontaires. Cf. MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1862 et s., p.1510 et n°1937 et s., p.1566.

existe des violences plus graves, parce que définitives, ce sont les mutilations sexuelles. Or si les actes sado-masochistes sont des actes de violences ordinairement non punis, chacun conclut à l'illicéité de toutes les mutilations sexuelles, ce qui révèle une différence d'appréciation sur le plan social, dont il est impossible de trouver de traces législatives. La société française, armée du même Code pénal, condamne les violences sexuelles et tolère le sado-masochisme, alors même que le consentement de la victime, pas plus que la gravité des atteintes n'est un critère de répression.

En matière d'activité sexuelle, il apparaît que "*du point de vue du droit pénal, le principe est celui de la liberté. Chacun peut vivre sa sexualité comme il l'entend, sauf à observer que cette liberté ne peut s'exercer au détriment de celle des autres.*" [1] La licéité de la plupart des activités sexuelles est une pseudo exception à l'intangibilité du corps car elle ne repose pas sur le seul consentement des participants, mais sur une tolérance de la société vis-à-vis de dérogations au principe de l'intangibilité du corps. Une solution similaire explique l'impunité de la circoncision.

c) La permission coutumière de pratiquer la circoncision

Les plus anciennes traces de mutilations sexuelles découvertes par les chercheurs sont inspirées par des motifs rituel ou religieux et remontent presque toujours aux mythologies de la création du monde, ou de la création des premiers hommes. "*De nombreux mythes fondateurs comportent des séquences violentes illustrées par le démembrement d'un être cosmique ou la mutilation sexuelle d'une divinité primordiale, (...), ces éléments ont inspiré des pratiques rituelles toujours aussi vivaces telles que la circoncision et l'excision.*" [2]

La circoncision, ou ablation du prépuce, est une opération pratiquée depuis la plus haute antiquité à travers le monde [3] et qui touche un demi-milliard d'hommes de sociétés très diverses. Généralement réalisée au cours d'une cérémonie initiatique rituelle, elle est le signe d'intégration d'un homme dans un groupe social et s'effectue généralement sur des garçons pré-pubères, très rarement sur des adultes. Les deux principales religions sémitiques, Islam et Judaïsme, connaissent et pratiquent la circoncision rituelle. [4] Il existe d'autres formes de mutilations sexuelles masculines qui ne modifient pas fondamentalement l'approche juridique de la question. [5]

Quel regard le droit pénal français porte-t-il sur la circoncision ? "*Il est patent que la circoncision, acte essentiellement religieux, n'est pas réprimée ni même poursuivie dans notre*

---

1 DEVEZE Jean, *La sexualité dans le droit pénal contemporain*, in Ann.Fac.Toulouse, 1985, p.32.

2 EHRLICH Michel, *Les mutilations sexuelles*, précité n°2581, p.11. Voir l'étonnante liste des mutilations sexuelles des mythologies, hittite, africaine, indienne, japonaise, grecque, égyptienne développées et analysées par l'auteur, p.11 à 19.

3 "La circoncision a été reprise par la culture islamique, dont elle est un des éléments, mais, dans le proche Orient, elle existait bien avant l'islam, et même avant le rituel israélite ; on peut la poursuivre dans le temps jusqu'à la 4ème dynastie égyptienne, c'est à dire jusqu'à 3000 ans avant notre ère ; l'assertion d'Hérodote, selon laquelle la circoncision a été transmise des Egyptiens aux Ethiopiens, aux Phéniciens et aux Juifs, est donc vraisemblable." MONTANDON Georges, *Traité d'ethnologie culturelle*, Payot, Paris 1934, p.624.

4 La circoncision musulmane est une pratique pré-coranique qui s'impose à tout musulman et se déroule entre 3 et 13 ans au Maghreb, la circoncision juive, pratique d'origine biblique, est fondée sur la circoncision inaugurale d'Abraham et se déroule au 8ème jour de la vie. ERHLICH Michel, *Les mutilations sexuelles*, précité, n°2581, p.36 à 39.

5 Mutilations perforantes du gland et incrustations, en Mélanésie et Indonésie, subincision en Australie, destruction testiculaire unilatérale, en Afrique australe et Australie. Il existe toutefois des exemples de sociétés ayant institué une destruction testiculaire bilatérale, une castration. La Mésopotamie, l'Inde et la Chine connaissaient des techniques diverses destinées à détruire, avec ou sans ablation, les testicules des êtres masculins vivants. La situation d'eunuque ou de castrat conférait à la "victime" un rôle social ou religieux qui n'était confié qu'aux hommes dans sa situation. "La pratique de la castration double pour la formation d'eunuques est bien connue de la culture islamoïde, mais cette coutume a été héritée de cultures plus anciennes. C'est ainsi qu'elle est répandue dans toute la vallée du Nil et, de là, par le Kordofan, en une longue traînée, dans le Soudan central." MONTADON Georges, *Traité d'ethnologie culturelle*, précité, p.628.

pays. C'est donc qu'une ou plusieurs causes objectives d'irresponsabilité pénale opèrent en faveur des croyants, faisant obstacle à la qualification pénale." [1] Toute recherche d'éventuelles poursuites ou condamnations pénales d'actes de circoncision reste infructueuse aussi loin que le permette l'étude de la jurisprudence. Est-ce à dire que l'ablation du prépuce n'est pas une mutilation ? Nous ne le pensons pas. Il est certain qu'un tel acte pratiqué par un délinquant "ordinaire" serait qualifié de blessure au sens du Code pénal. Le fait de circoncire autrui est l'élément matériel des infractions de violences volontaires.

Or, les faits se produisent quotidiennement : *"La circoncision se pratique librement en France sur les enfants juifs et musulmans. (...) Pour un profane, il s'agit d'une véritable mutilation sans justification rationnelle. Pourquoi, dans ce cas, laisse-t-on pratiquer cet acte en tout impunité depuis toujours ?"* [2]

Aucun fait justificatif classique ne peut être invoqué pour expliquer cette impunité. Ni la loi religieuse, ni le commandement des autorités religieuses n'ont valeur justificative en droit français contemporain. La référence à l'état de nécessité impliquerait la présence d'un péril grave et imminent pour le futur circoncis. Le danger encouru par l'homme ne peut être un danger religieux, nous rejoignons sur ce point M. FORIERS qui ne l'accepte pas. [3] Il ne peut s'agir que d'un danger pour la santé physiologique de l'individu. Cette situation est celle de tout homme atteint de phimosis, mais la justification utile est alors celle de tout acte médical ordinaire et dépasse la notion d'état de nécessité.

Refusant au consentement de la victime toute vertu justificative, il ne serait pas possible aux auteurs classiques de s'appuyer sur cette solution pour expliquer ce "mystère" juridique. Le consentement de l'intéressé est souvent impossible à recueillir car il est généralement âgé de quelques jours seulement au moment des faits. On peut, certes, faire référence à l'autorité parentale et aux pouvoirs des parents de consentir au nom de leur enfant mineur. Le rôle des parents est toutefois de veiller à la santé de leur enfant . Leur devoir peut requérir de leur part le choix des moyens thérapeutiques les plus adéquats, dans un but curatif. Il ne saurait être question d'accorder aux parents une permission générale de consentir à un geste médical sans but curatif. [4] Nul n'ayant pu démontrer, à ce jour, ni un intérêt préventif, ni un intérêt curatif direct, de la circoncision, (sauf hypothèses particulières, phimosis, tumeur, etc..) il n'y a pas de raison d'expliquer l'impunité de la circoncision par le but curatif. [5]

La théorie développée par M. Antoun FAHMY-ABDOU peut expliquer avec cohérence la justification pénale de la circoncision. Il préconise la reconnaissance du consentement comme fait justificatif lorsque le dommage subi est faible. *"Lorsqu'il n'y a pas plus d'une contravention, le dommage est minime et la société ne doit pas exiger qu'il y ait eu but curatif pour que l'acte du médecin soit licite."* [6]

Cette proposition originale, fondée sur la liberté de consentement à toute atteinte légère à l'intégrité corporelle peut s'appliquer à un grand nombre d'interventions médicales bénignes. Le

---

[1] BOINOT Patrick, *Sectes religieuses et droit pénal*, R.S.C. 1983, p.414.

[2] BOINOT Patrick, *Sectes religieuses et droit pénal*, précité, p.417.

[3] FORIERS Paul, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles Bruylant, Sirey 1951, n°504.

[4] Sur ce point cf. Partie 2 le consentement à l'acte médical accompli sur le mineur, et notamment la loi du 20 décembre 1988 sur la protection des personnes se prêtant à la recherche biomédicale, qui définit avec de grandes précisions et de nombreuses limitations les conditions d'expérimentation sans finalité thérapeutique directe sur le mineur.

[5] les buts liés au rôle social de la circoncision ont disparu avec l'abaissement de l'âge de l'opéré. "La circoncision, la plus répandue de ces opérations a un but patent, si l'on veut bien se rendre compte que la circoncision infantile, judéo-musulmane, est une modification de la vraie circoncision, à savoir celle des peuplades totémiques pour lesquelles elle signifie l'initiation du jeune homme à la vie sexuelle. Le prépuce étant considéré comme un obstacle, réel ou symbolique, à la vie sexuelle, est éliminé. Une preuve de cette signification est l'autorisation pour quelques jours, chez de nombreux peuples, d'un débordement sexuel pour ainsi dire sans limite, à celui qui, le temps de l'initiation passé à l'écart et la blessure cicatrisée, vient d'être créé jeune homme." MONTADON Georges, *Traité d'ethnologie culturelle*, précité, p.624.

[6] FAHMY-ABDOU Antoun, *Le consentement de la victime*, précité, p.411.

problème reste entier, en ce qui concerne la circoncision, car l'acte n'est pas toujours accompli par un médecin. [1] De plus, l'approche de l'auteur est critiquable, car une valeur, comme l'intangibilité du corps humain, doit être protégée in abstracto, indépendamment du dommage, lourd ou léger.

Quand bien même la circoncision serait effectuée par un médecin, elle ne saurait être qualifiée d'acte médical en dehors d'un but thérapeutique comme le remarque Monsieur PENNEAU au sujet d'une circoncision aux conséquences dramatiques : "*Un médecin stomatologiste pratique, en qualité de mohel - il était agrée à cet effet par les autorités religieuses -, des actes de circoncision rituelle. (...) Or dans la mesure où il ne s'agit pas d'un acte médical, même au sens le plus compréhensif du terme, l'atteinte à l'intégrité corporelle n'est plus justifiée au regard de la loi pénale et l'incrimination d'atteinte volontaire à l'intégrité corporelle est applicable.*" [2]

D'aucuns expliquent que c'est la coutume qui justifie, de façon autonome, la circoncision. "*Mais comment alors expliquer cette «louable tolérance» de notre droit envers cet acte, éminemment religieux? Nous pensons que la raison en est d'ordre coutumier : la circoncision a une origine très ancienne qui remonte à l'Antiquité ; la considérant comme obligatoire, tous les Juifs, en France et ailleurs, l'ont toujours pratiquée. Les Français l'ont tolérée chez les Musulmans d'Afrique du Nord lors de la colonisation et ont observé ultérieurement cette même tolérance en France métropolitaine.* " [3]

Cette opportune référence à la notion de coutume ne résout pas entièrement le problème dans la mesure où d'une part, la pratique de la circoncision n'est considérée comme obligatoire que pour quelques citoyens en raison de leurs croyances ou confessions religieuses et que, d'autre part, la coutume n'est qu'exceptionnellement un fait justificatif en droit pénal français.

De fait, il existe une pratique d'inspiration nettement religieuse. [4] Cette pratique peut être assimilée à une coutume. "*Norme de droit objectif fondée sur une tradition populaire (consensus utentium) qui prête à une pratique constante, un caractère juridiquement contraignant ; véritable règle de droit (comme la loi) mais d'origine non étatique (et en général non écrite) que la collectivité fait sienne par habitude (diuturnus usus) dans la conviction de son caractère obligatoire (opinio necessitatis).*" [5]

Une coutume n'a pas à être universelle, il faut et il suffit qu'un groupe social (sans norme numérique particulière) adhère à la conviction du caractère obligatoire et que ce groupe soit intégré dans la société. La justification par la permission coutumière repose entièrement sur cette notion d'intégration. Ainsi, l'excision est pratiquée par des individus qui n'ont pas encore assimilé les valeurs protégées par la société française. Sa répression montre que l'excision n'est pas devenue une coutume dérogatoire au droit français. La circoncision est tolérée parce qu'elle est pratiquée par des populations intégrées. L'ancienneté de la pratique ne choque pas les valeurs protégées par le droit pénal. L'Etat laisse la règle non-étatique instituer un acte mutilant mais bénin. La société tolère une dérogation à l'intangibilité par l'institution d'une permission

---

1 "Chez les Juifs, elle est faite selon un rite précis par le «Mohel», religieux non médecin, (...), chez les Musulmans, elle est faite par un chirurgien en hôpital et dans ce cas elle est remboursée par la sécurité sociale, comme tout acte médical.", BOINOT Patrick, *Sectes religieuses et droit pénal*, précité, p.417.

2 PENNEAU Jean, note sous Paris 12 fév. 1992, D.1993, somm. Droit médical, n°4, 28 janv. 1993, p.27. L'enfant circoncis fut victime d'une nécrose du gland en raison d'une erreur d'appréciation de l'officiant et d'un pansement trop serré.

3 BOINOT Patrick, *Sectes religieuses et droit pénal*, précité, p.418.

4 "Voici mon alliance que vous observerez entre moi et vous, et ta postérité après toi : Tout mâle d'entre vous sera circoncis. Et vous circoncirez votre chair, afin que ce soit là un signe d'alliance entre moi et vous, (...), Abraham appela son fils que lui engendra Sara, du nom d'Isaac. Et il le circoncit le huitième jour, comme Dieu lui avait ordonné.", Genèse, chapitre 17, verset 10 et 11, chapitre 21, verser 3 et 4, "Le Seigneur parla encore à Moïse, disant : (...) Et au huitième jour le petit enfant sera circoncis." Lévitique, chapitre 12, v. 1 et 3, "La circoncision musulmane, pratique anté-islamique non mentionnée dans le Coran, (...), se fonde selon Al Bukhâri sur deux hadith, l'un deux se référant à la tradition biblique de la circoncision d'Abraham, l'autre situant cette pratique dans le cadre de la religion naturelle." EHRLICH Michel, *Les mutilations sexuelles*, précité, n°2581, p.38.

5 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° Coutume, p.219.

coutumière comme elle le fait déjà pour le droit de correction parental. [1] La sphère d'exception repose néanmoins sur un fondement très fragile et le statut pénal de la circoncision reste très précaire. En cas de contentieux, il serait bien difficile pour le juge pénal de démontrer l'existence d'un fait justificatif "couvrant" l'infraction de violence volontaire. [2]

Comment répondre sur le plan pénal à d'autres demandes d'atteintes à l'intégrité corporelle émanant de communautés moins intégrées dans la société. Faut-il considérer que c'est une coutume justificative que de faire reconstituer médicalement l'hymen des jeunes filles musulmanes déshonorées ou précoces dans le but de leur permettre ultérieurement de se marier avec les apparences de la virginité ? [3] Statuer en fonction du degré d'intégration est un critère très subjectif. Or, comme le consentement est insuffisant et que le but curatif n'existe pas, il faut avoir recours à la notion de permission coutumière et aux deux critères de bénignité de l'acte et d'intégration du groupe.

Le droit pénal continue néanmoins à remplir sa mission de protection de la valeur : intangibilité du corps. Le juge pénal doit, d'une part, veiller à ce qu'il n'y ait pas d'extension des atteintes, ce qui pourrait être le cas au travers du développement des sectes, d'autre part, il doit sanctionner tout dérapage, comme c'est le cas lorsque une circoncision cause des séquelles. Le dernier moyen d'affirmation de l'intangibilité du corps humain repose sur tous les membres du "corps social", il consiste à agir culturellement par l'éducation pour réduire les pratiques coutumière mutilantes. [4]

L'intangibilité ou inviolabilité du corps humain est le fondement du rapport de l'individu avec son corps. Les dérogations au principe d'intangibilité ne reposent pas sur la seule volonté individuelle qui n'est pas suffisante pour contredire la norme pénale générale. Certaines atteintes à l'intégrité corporelle sont toutefois permises par la société, lorsqu'elle estime, soit que la valeur juridique "respect du corps" n'est pas réellement remise en cause (atteintes légères justifiées par la permission coutumière), soit qu'elle est socialement utile (guerre, légitime défense, acte médical, justifiés par la permission de la loi).

En ce qui concerne la justification pénale de l'acte médical, il apparaît que le consentement du patient-victime ne suffit pas à rendre l'atteinte au corps licite mais que le respect de la volonté du soigné est une des conditions de la licéité.

C'est ce qu'affirme le projet de loi bioéthique par les nouveaux articles 17 et 19 du Code civil : "*Art.17. Chacun a droit au respect de son corps. La loi garantit l'inviolabilité et l'indisponibilité du corps humain aux fins d'assurer la dignité de la personne.*" "*Art.19. Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité du corps sans le consentement de l'intéressé hors le cas où l'état*

---

[1] Pour le problème du droit de correction parentale qui reposait autrefois sur des textes révolutionnaires et qui ne se justifie plus aujourd'hui que par une permission coutumière cf. MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°437, p.558, et T.pol. Bordeaux, 18 mars 1981, D.1982, p.182, note D. MAYER. Pour le fait justificatif des violences à animaux en matière de corrida cf. art.453 du Code pénal qui renvoit à la tradition locale ininterrompue pour la délimitation du champ d'application de la permission légale. Les deux points communs entre la tolérance du droit de correction et la tolérance de la circoncision reposent, à notre avis, sur la bénignité de l'atteinte au corps et sur l'intégration de ses pratiquants dans la société française. Le fait d'être ou non circoncis ne modifie en rien l'équilibre physiologique et psychologique d'un homme. Si la qualification de mutilation s'impose pour une ablation du prépuce, nous reconnaissons que cette blessure n'est quasiment pas douloureuse et pratiquement sans conséquence sur le fonctionnement du corps humain. Nous affirmons sans grand risque d'erreur que la circoncision doit être la moins "grave" des mutilations.

[2] C.A. Paris 12 fév. 1992, D.1993, som. Droit médical, n°4, 28 janv. 1993, p.27.

[3] Un entrefilet dans la presse locale fait mention de poursuites pénales pour «coups et blessures volontaires avec préméditation» contre un médecin de Montpellier. "Les fais remonteraient à deux ans lorsque la jeune fille a perdu sa virginité, à la suite d'une aventure lors d'une fugue. Ses parents auraient alors demandé à un médecin de recoudre l'hymen de leur fille mineure, ce qu'il aurait accepté contre paiement. Le médecin aurait reconnu avoir pratiqué cette intervention, précisant en substance avoir agi sur la volonté des parents et pour éviter à la jeune fille une répudiation. La jeune fille a attendu sa majorité pour porter plainte. Les experts alors commis ont constaté la reconstitution artificielle de l'hymen.", L'Union de Reims, 15 sept. 1992.

[4] Cf. l'avis de l'O.M.S. en matière d'excision : "L'adoption de législations répressives n'a généralement pas été suivie d'effet significatif : «Ce n'est que par l'éducation que l'on parviendra à décourager ce genre de pratiques», estime l'O.M.S.", Déclaration de Genève, du 12 mai 1993, "contre les pratiques traditionnelles nocives", Le Monde, 15 mai 1993, p.13.

de celui-ci rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ou sauf dispense de la loi. Le consentement ne justifie l'atteinte à l'intégrité du corps que si celle-ci est fondée sur un intérêt légitime." [1]

Le rapport de la Commission spéciale sur les projets de loi développe l'idée d'un cumul des deux conditions, le consentement et l'intérêt légitime : "*Le consentement de la personne ne suffit pas pour justifier l'atteinte à l'intégrité du corps : encore faut-il que cette atteinte soit fondée sur un intérêt légitime, ce qui permet de protéger l'individu contre lui-même. (...) Il appartiendra au juge d'apprécier la légitimité de l'intérêt, qui seule peut entraîner une impunité légale en cas d'atteinte à l'intégrité physique du patient et la non-application de l'article 309 du code pénal relatif au délit de blessures volontaires.*" [2]

Le droit exprime la nécessité du consentement de la personne comme élément partiel de justification. Le consentement est nécessaire mais insuffisant pour justifier une atteinte au corps.

Section 2 : La nécessité du consentement comme composante de la justification pénale

Les liens qui unissent un patient et son thérapeute ne sont pas exclusivement des liens techniques délimités par un cadre juridique ; leur relation est profonde, incarnée, humaine. Le professeur PORTES est l'auteur d'une phrase résumant toute la dimension spirituelle de cette rencontre malade/médecin: "*tout acte médical n'est, et ne peut être qu'une confiance qui rejoint librement une conscience*". [3] Ce "colloque singulier", selon la formule consacrée, est une relation binaire entre un homme souffrant et un homme soignant, chacun d'eux étant respectueux de la personnalité de l'autre. Aussi, ne faut-il pas interpréter la phrase de PORTES comme le signe d'une infantilisation du patient qui remettrait en toute confiance la charge de soigner son corps au médecin conscient de sa mission, sans quoi on verserait dans le paternalisme le plus suranné et le plus dangereux.

La confiance du patient est la marque de sa volonté résolument optimiste de voir sa santé s'améliorer en ayant recours à la technique, à l'expérience et au savoir d'un homme de l'art. Si ce consentement n'est pas à lui seul un fait justificatif des infractions pénales que sont la plupart des actes médicaux portant atteinte à l'intégrité corporelle, il n'en est pas moins indispensable pour que le droit considère ces actes comme licites. Le consentement du patient n'est pas suffisant pour rendre licite, mais il est nécessaire. Il existe toutefois une hypothèse dans laquelle la nécessité du consentement disparaît : il s'agit de l'ordre de la loi. Le législateur a parfois imposé ou permis qu'un acte médical soit effectué nonobstant la volonté du patient. Certains traitements sont obligatoires, telles les vaccinations ; d'autres doivent être consentis par un "protecteur naturel" du patient, notamment pour les mineurs et les majeurs protégés ; certains peuvent même se passer de l'avis du sujet et de ses proches en raison de l'urgence. Ces situations exceptionnelles doivent être considérées comme des dérogations au principe général de justification de l'acte médical. [4]

Le consentement du patient est nécessaire en principe à la licéité de l'acte médical effectué sur son corps (§1), il doit revêtir certaines qualités (§2) sans quoi le droit pénal peut sanctionner l'illicéité de la violation du principe d'intangibilité du corps humain (§3).

---

1 "Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le Code civil", Ass.Nat. 25 mars 1992, n°2599, p.11.

2 Rapport fait au nom de la commission spéciale sur les projets de loi n° 2599, n°2600 et n°2601, Présidente Mme Yvette Roudy, Rapporteur M. Bernard Bioulac, Doc. Ass.Nat. n°2871, enregistré le 30 juin 1992, p.118.

3 PORTES Louis, *A la recherche d'une éthique médicale*, Paris, Masson 1954, p.168. Formule qui eut un grand succès cf. VIDAL J. et CARLOTTI J.P., *Le consentement du malade à l'acte médical*, in *1er Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. Paris 1955, T.1, p.86 ; et quelques détracteurs cf. De FORGES Jean-Michel et SEUVIC Jean-François , *L'hospitalisé*, Berger-Levrault, 2° éd°. 1983, p.194. D'aucuns ont pu ajouter à la phrase de Portes, "au travers d'une compétence", cf. SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, Masson 1989, p.236.

4 Cf. infra 2ème Partie : les dérogations.

§1) L'exigence du consentement du soigné : condition de licéité de l'acte médical

Il est traditionnel de distinguer la nature des rapports juridiques entre un patient et son médecin selon que celui-ci est soumis aux règles du droit privé, (exercice professionnel libéral, ou dans le cadre d'une personne morale de droit privé, association ou société civile) ou aux règles du droit public, (service public hospitalier, médecine militaire, etc..). Il n'existe pas de contrat médical entre l'usager du service public de santé et le médecin hospitalier, mais ce médecin est néanmoins astreint à certaines obligations en matière de respect de la volonté du malade. Il faut donc rechercher les sources juridiques de l'exigence du consentement du patient à l'acte médical dans les différentes branches du droit pour tenter de cerner la notion et en mesurer la portée en droit pénal. L'exigence du consentement trouve son fondement en droit privé (A), en droit public (B) et en droit international (C).

A) Le fondement classique en droit privé : le contrat

Après avoir hésité aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles et pendant le premier tiers du XX^{ème} siècle, la jurisprudence et la doctrine se sont accordées sur le fait que le rapport juridique entre un médecin et son patient est juridiquement un contrat. Le célèbre arrêt Mercier du 20 mai 1936 est la pierre angulaire du droit médical contemporain en ce qu'il reconnaît une qualification contractuelle à la relation de soins : "*Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat (...), que la violation, même involontaire de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle.*" [1] Or, le concept de contrat est indissociable de la notion de consentement.

Le principe de l'autonomie de la volonté est une des bases de l'édifice du droit des contrats que le Code civil énonce dans l'exposé du chapitre 2 du Titre 3 du Livre 3 : "*Des conditions essentielles pour la validité des conventions.*" Le consentement figure comme la première condition nécessaire à la validité juridique d'une convention. [2]

Aussi est-il classique d'affirmer que le rapport de soins étant un contrat, et tout contrat nécessitant un consentement des parties, le médecin doit obtenir le consentement du patient au contrat de soins. [3] "*L'idée de contrat, au centre de la médecine humaniste, repose sur le consentement du malade au contrat médical. Car, le premier attribut juridique de chaque personne est l'intangibilité de son intégrité corporelle et des principes de sa vie. Il n'y peut être touché, même par le médecin, qu'avec son consentement. Cette dernière règle est universellement reconnue.*" [4]

Toutefois on ne saurait réduire le consentement à l'acte médical au consentement au contrat de soins car il existe une médecine publique qui ne connaît pas la notion de contrat et une partie de la médecine privée qui s'exerce en dehors des conditions habituelles des contrats. [5] C'est pourquoi il faut distinguer le consentement au contrat de soins (1°) et l'assentiment à l'acte de soins (2°).

---

[1] Cass.civ. 20 mai 1936, Dr.Nicolas c. époux Mercier, D.P.1936,1,88, concl. Matter, rapp. Josserand, note E.P. - S.1937-1-321 note Breton.

[2] "Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation.", art.1108 C.civ.

[3] Cf. par exemple : "Admettre que l'acte médical est un contrat entre le médecin et le patient c'est reconnaître d'une part une certaine égalité de forces entre les deux contractants, et d'autre part la possibilité pour le patient de consentir de façon libre et éclairée à ce qui lui est médicalement proposé.", VIELLES M., *Le respect de la personne du malade dans l'acte médical*, Thèse droit Nancy, 1956, p.5.

[4] SAVATIER R. et J., AUBY J.M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Librairies techniques, 1956, n°247, p.223-224.

[5] Médecine d'urgence, médecine du travail, traitement des mineurs et incapables, par exemple.

1°) Le consentement au contrat de soins

La solution exprimée par l'arrêt Mercier entraîna de nombreuses réflexions sur la nature juridique du contrat de soins. Il convenait de déterminer s'il était possible de rapprocher ce contrat d'autres contrats spéciaux régis par le Code civil et que les juristes qualifient de contrats nommés. Mais la solution d'origine selon laquelle "*le contrat médical a un caractère spécifique, une physionomie propre*" [1], perdure aujourd'hui, sans que le législateur ait réglementé spécialement cette catégorie de convention.

"*Le contrat médical appartiendrait à l'espèce des contrats innomés.*" [2] Les règles générales du Code civil sont donc applicables au contrat de soins. "*Le consentement des parties est la seconde condition substantielle pour la validité de tout contrat. Le consentement du malade est en effet indispensable pour conclure le contrat médical.*" [3]

Le principe qui fonde la relation médicale est celui de la liberté. Chacun est libre de consulter un praticien, puis d'accepter tel ou tel traitement qu'il peut lui proposer. Le médecin lui-même est libre de soigner ou non tel ou tel malade dès lors que son abstention ne cause pas de péril. Chacune des parties est donc libre de contracter. Cette liberté ne pose, en pratique, aucun problème dans le domaine de la médecine "de ville". On voit mal, en effet, un patient amené de force dans la salle d'attente d'un praticien. "*Les proches d'un malade peuvent toujours appeler le médecin en consultation. Mais le malade s'il est conscient - et c'est là que le problème se pose - peut toujours refuser de le recevoir.*" [4] En matière médicale, comme dans la plus grande partie des actes juridiques, le principe est celui de la liberté contractuelle. [5]

En ce qui concerne la preuve du consentement du patient, il est établi que le contrat de soins est un contrat consensuel pour lequel il n'est requis aucune solennité spécifique et en particulier aucun écrit. [6] Le contrat médical est même souvent présenté comme un exemple d'hypothèse dans laquelle il y a une impossibilité morale de recueillir une preuve civile préconstituée. Le droit positif français s'est toujours refusé à introduire l'exigence d'un recueil écrit du consentement du patient, contrairement à certains droits étrangers.

Dans une chronique restée célèbre, le professeur SAVATIER fustigea, en son temps, ce risque d'une dérive à l'américaine. [7] Ce risque semble irrémédiablement évité et le législateur français n'a instauré l'exigence d'un consentement écrit que dans les hypothèses d'actes médicaux exceptionnels, c'est-à-dire non strictement curatifs, tels que l'avortement, le prélèvement d'organe et l'expérimentation.

Il convient de préciser que l'expression de la volonté du patient n'est pas présumée du seul fait de l'accomplissement d'une démarche vers le monde médical. On ne peut, par exemple, déduire de la consultation volontaire, un consentement général à tous les actes d'investigation et de traitement que le corps médical voudrait unilatéralement effectuer. [8]

---

1 Cass.civ. 20 mai 1936, Dr.Nicolas c. époux Mercier, D.P.1936,1,88, note E.P.

2 MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°431, p.284.

3 SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, Sauramps 1991, p.25.

4 DEMICHEL André, *Droit médical*, Berger-Levrault 1983, p.93.

5 Il faut déplorer que le patient ignore souvent qu'il est libre de contracter ou de poursuivre la relation contractuelle surtout en cas de changement d'interlocuteur. Or, le corps médical perpétue ce système en arguant, de mauvaise foi, du manque de curiosité du patient ! Cf. "Les malades choisissent généralement leur médecin traitant, mais ensuite du médecin au spécialiste, de spécialiste en spécialiste, du spécialiste au chirurgien, ils sont souvent dirigés par transmission de confiance. Le médecin qui a la confiance du malade accorde sa confiance à un spécialiste, etc... Il est souvent décevant de constater combien les malades se laissent conduire au point de ne pas savoir le nom de celui qui les a examinés ou opérés.", LAZORTHES Guy, *L'homme, la médecine et le médecin*, précité, p.271.

6 MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°427, p.282.

7 SAVATIER René, *Impérialisme médical sur le terrain du droit. Le «permis d'opérer» et les pratiques américaines.*, D.1952, Chron. p.157.

8 "Ainsi l'on n'induira pas le consentement de la simple entrée du patient à l'hôpital, de sa demande de soins et conseils au médecin ; ce serait dans les deux cas rendre lettre morte le principe du droit au refus." GARRAUD Pierre et LABORDE-LACOSTE Marcel, *le*

Concernant la charge de la preuve du consentement, il est constant, depuis 1951 [1], que la jurisprudence adopte, comme principe, que la charge de la preuve incombe au patient. Le soigné doit démontrer que l'acte médical a été pratiqué en l'absence de son consentement. La Cour de cassation a rappelé récemment ce principe : "*ainsi se trouve donc confirmée une jurisprudence qui, tant dans le droit commun médical que dans le domaine de la chirurgie esthétique, n'inverse pas la charge de la preuve. A celui qui se prévaut de l'inexécution d'une obligation (en l'occurence l'obligation d'information), de l'établir.*" [2] La charge de la preuve du non-consentement, qui pèse sur le soigné, limite énormément les actions en justice fondées sur le non-consentement. "*Cette difficulté n'a pourtant pas échappé à la doctrine, en particulier en raison du fait que le malade risquera fort de se heurter au secret médical et au silence de l'équipe médicale solidaire de son médecin.*" [3]

Le médecin confronté au refus de consentir à un acte médical qu'il juge utile tentera généralement de se ménager une preuve écrite du refus de consentement. La jurisprudence, tant civile [4] que pénale [5], approuve cette demande en distinguant nettement la preuve du non-consentement et la preuve du consentement. Lorsque le médecin est poursuivi sur le plan disciplinaire ou sur le plan pénal pour une faute d'omission, il lui faut faire la preuve de l'absence d'inaction fautive. Le refus de soins écrit ou signé par le patient est un indice de la bonne foi du médecin.

Conformément à ces règles jurisprudentielles, l'Ordre national des médecins conseille aux médecins de persuader et de convaincre et non de contraindre : "*Mais si la situation lui paraît dangereuse et la conduite proposée seule bonne, il ne doit pas démissionner ; il doit tout faire pour convaincre, proposer qu'on prenne un autre avis, appeler un consultant, insister encore. Peut-il se permettre d'aller plus loin ? Est-il concevable de sauver malgré lui un malade qui n'est pas consentant ? C'est un cas de conscience quelquefois dramatique. (...) il peut être indiqué parfois, en cas de refus du malade, de consigner ce refus par écrit.*" [6]

Le document relatant le refus d'un acte médical ne doit pas apparaître comme une fin de non recevoir à une action en responsabilité, ce que pense trop souvent le corps médical prétendant "être couvert" par le fait d'avoir fait signer "une décharge". [7] "*Ne risque-t-on pas de voir le «refus d'opérer» encourir les mêmes critiques que le «permis d'opérer» ? Le risque est en effet gros de voir le refus écrit devenir une véritable clause d'irresponsabilité alors qu'il ne devrait être qu'un élément de preuve.*" [8] L'écrit n'est qu'un moyen de preuve préconstituée qui a pour principal intérêt de

---

rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale, Revue générale du droit, 1926, p.142.

1 Cass.civ. 29 mai 1951, J.C.P. 1951-II-6421 note R.PERROT.

2 CHABAS François, Note sous Cass.civ. 7 oct. 1992, J.C.P.1993-II-22071. Décision rendue en matière de plastie mammaire, domaine dans lequel, bien que les résultats soient statistiquement aléatoires, (selon la 1ère chambre civile), la charge de la preuve de l'inexécution d'une obligation par le médecin pèse sur le patient qui l'invoque.

3 RAJBAUT Benjamin, *Le rôle de la volonté en matière médicale*, Thèse Droit Paris XII, 1981, p.242.

4 Cass.civ. 7 nov. 1961, D.1962, som. 71. Un ophtalmologiste ayant été consulté par un ouvrier ayant reçu un éclat de métal dans l'œil préconisa une radiographie afin de rechercher d'éventuels corps étrangers. Le Dr. V. prétendait que le patient avait refusé la radiographie et que lui même s'était donc contenté de suturer la plaie. Quelques semaines plus tard l'énucléation s'avérait nécessaire en raison de la présence d'un corps étranger. La juridiction répondit : "il appartenait au médecin, convaincu de la nécessité d'un tel examen, d'exiger une constatation écrite de l'attitude du blessé et de refuser dans de telle conditions de refermer et de suturer une plaie pénétrante qui pouvait encore contenir l'éclat qui l'avait provoquée."

5 Un médecin ne peut être condamné pour omission de porter secours parce que "la thérapeutique adéquate prescrite par lui n'ayant pas été appliquée en raison du refus obstiné et même agressif de la dame G. ; celle-ci ayant d'ailleurs signé un certificat constatant le refus de sa part des soins prescrits.", Cass.crim. 3 janv. 1973, D.1974, p.591, note LEVASSEUR. Le document écrit n'est pas un obstacle en lui, mais il est un élément sérieux de preuve du non-consentement de la personne.

6 O.N.M., *Commentaires du code de déontologie médicale*, précité, p.27 et 28.

7 "Les articles 7 et 60 du décret n°74-25 du 14 janvier 1974 sur le fonctionnement des hôpitaux publics prévoient la constatation des refus de séjour médicalement nécessaire - par une attestation, sinon un procès-verbal, établie par les services hospitaliers.", MEMETAU Gérard *Le droit médical*, précité, n°545, p.369.

8 RAJBAUT Benjamin, *Le rôle de la volonté en matière médicale*, précité, pp.266-267.

préciser les conditions dans lesquelles l'individu a été informé des risques qu'il encourait en refusant l'acte médical et par voie de conséquence, d'accréditer l'affirmation que le malade a choisi de ne pas se soigner par une décision libre et éclairée et donc respectable.

2°) L'assentiment à l'acte de soin

Il faut distinguer consentement au contrat médical (ou au rapport juridique global), et consentement à tel ou tel acte médical. "*Autant il fallait pour conclure le contrat médical un consentement libre, autant il faudra pour appliquer un traitement un assentiment, un autre consentement libre et éclairé. Cet assentiment ne se confond pas avec celui donné à la formation du contrat médical. D'abord parce qu'il s'imposera, alors qu'il n'y aura pas de contrat entre le malade et le médecin, comme une exigence indépendante de la nature des relations juridiques entre eux.*" [1]

Il nous paraît, en effet, fondamental d'apprécier différemment la volonté initiale et générale du malade d'être examiné, renseigné et/ou soigné par tel médecin choisi, et l'acceptation d'un acte précis, qu'il soit diagnostique ou thérapeutique, dont l'opportunité n'apparait le plus souvent que bien après la conclusion du contrat de soins. [2]

Nous acceptons la distinction terminologique proposée par quelques auteurs qui distinguent le consentement au contrat médical et l'assentiment à un acte médical. "*Le consentement donné par le malade est un élément essentiel pour la validité du contrat mais, le contrat une fois conclu, le patient ne renonce nullement à son libre arbitre et dans l'exécution des obligations nées du contrat, le médecin doit respecter la liberté du malade ; il doit informer le malade et solliciter son assentiment à l'occasion de tout acte médical.*" [3]

Les deux mots "consentement" et "assentiment" expriment la nette différence entre les objets distincts de la volonté du patient : "*Il s'agit ici non du consentement qui n'intervient que pour la formation du contrat, mais de l'assentiment nécessaire pour certains actes importants.*" [4] La Cour de cassation préfère parfois au terme d'assentiment celui de "décision raisonnée". [5]

Parce que le patient souhaite s'engager dans un rapport contractuel de soins, il doit exprimer un consentement au contrat de soins ; parce qu'il est une personne physique dont le corps est protégé par le droit pénal, il doit consentir à chaque acte qui porte atteinte à son intégrité pour que l'auteur puisse agir licitement. [6] "*C'est encore une obligation du médecin, quelle que soit d'ailleurs la nature juridique du lien l'unissant à son malade, d'obtenir l'assentiment préalable et éclairé de celui-ci avant de poser un acte thérapeutique. Le droit de l'individu au respect de sa dignité et de son*

---

1 MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°510-511, p.343.

2 cf. L'arrêt de la Cour de Douai qui sanctionne un chirurgien pour avoir dépassé la volonté du patient en dehors d'une urgence (contrat portant sur l'excision d'une grosseur au bras, acte d'ablation d'une partie entière du membre). "Attendu que le consentement du patient ou de la personne sous l'autorité de laquelle il se trouve doit être obtenu avant toute intervention chirurgicale, cette obligation reposant sur le respect de la liberté humaine, que le médecin a le devoir d'avertir le malade du risque de l'opération ou du traitement qu'il envisage.", C.A. Douai 10 juill. 1946, J.C.P.1947-2-3374 note Coste. La Cour constate la violation de la volonté du patient alors même que le consentement au contrat de soins n'est nullement critiqué. Il peut y avoir consentement au contrat et défaut d'assentiment à l'acte médical.

3 NERSON Roger, *Le respect par le médecin de la volonté du malade*, in Mélanges Gabriel MARTY, Toulouse, 1978, pp.862-863 ou encore: "Tous les auteurs s'accordent pour imposer au médecin l'obligation avant tout acte médical, d'obtenir le consentement du malade. A la vérité, si le terme de «consentement» est couramment utilisé, il est équivoque : en effet, du consentement du malade, nécessaire en principe à la conclusion du contrat médical, il faut distinguer l'assentiment donné par lui à l'emploi de tel ou tel traitement médical ou chirurgical. La volonté de contracter, qui se manifeste par le choix du médecin, est antérieure à l'acceptation du traitement ou de l'opération, laquelle intervient dans la phase d'exécution du contrat déjà formé. (..) Chaque fois que le médecin «touche» au corps du malade, soit dans le but de rechercher un diagnostic exact, soit dans le but de guérir ou du moins de soulager le malade, le malade doit être informé, afin qu'il puisse donner un libre assentiment à l'acte médical", ibidem, p.871.

4 AUBY Jean-Marie, *Le droit de la santé*, précité, p.322.

5 "Mme R., dont la décision de subir l'intervention avait été «raisonnée», n'apportait pas la preuve d'un manquement de B. à ses obligations.", Cass.civ. 7 oct. 1992, J.C.P.1993-II-22071, note CHABAS François.

6 Il n'est pas certain que cette transition du consentement au rapport juridique de soins, au consentement à l'acte de soins, soit consciente chez tous les auteurs : "Le consentement du malade est en effet indispensable pour conclure le contrat médical. Tout acte médical suppose le consentement de la personne concernée (qu'il s'agisse de la médecine libérale étudiée ici ou de toute autre forme d'activité médicale, notamment hospitalière).", SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, Sauramps 1991, p.25.

intégrité corporelle fonde cette obligation qui implique celle de n'imposer au sujet aucun acte qu'il refuse." [1] C'est ce qui permet d'affirmer que le respect de la volonté du malade est lié à la fois à la nature de l'acte juridique de soin mais aussi et surtout à la spécificité de l'acte matériel qui s'exerce sur son corps.

On nous objectera que cette distinction est très théorique et qu'il n'y a pas d'intérêt pratique patent à distinguer consentement au contrat médical et assentiment à l'acte médical. Pourtant, il faut rétorquer que la notion de consentement contractuel est une notion précise, nettement définie par les règles du droit civil, dont l'étude et la portée sont régulièrement appliquées par les juridictions civiles chargées de trancher les litiges en responsabilité civile [2], alors que la notion de consentement en droit pénal recouvre une notion plus générale dans laquelle nous inclurons l'assentiment.

"La confiance faite par le malade au médecin ne comporte pas une adhésion implicite à tous les actes médicaux que peut pratiquer ce dernier. Chaque acte important nécessite l'accord du malade." [3] C'est pourquoi nous utiliserons le terme général de consentement dans le sens qui est le sien en droit pénal lorsque l'on parle en particulier de "consentement de la victime", ce qui exprime l'acceptation expresse ou tacite de l'infraction par la victime et dépasse les limites de la notion civiliste de consentement à un engagement contractuel. Le respect de la volonté du malade trouve également des sources juridiques en droit public.

B) Le fondement en droit public

Le droit public impose l'obligation de respecter la volonté du sujet des soins, d'une part, au travers de l'organisation du service public (1°), d'autre part, dans le Code de déontologie médicale (2°).

1°) Le respect de l'usager du service public

La nature non-contractuelle du rapport juridique de soins dans le secteur public ne supprime pas l'exigence de recueil du consentement et de respect de la volonté du patient. La protection de la liberté empêche que l'on puisse hospitaliser de force un individu contre son gré, sauf dans les hypothèses exceptionnelles de malades dangereux pour autrui, comme certains malades mentaux ou vénériens (cf. supra Partie 2). L'usager du service public peut consentir librement à une relation médicale avec l'administration.

En ce qui concerne l'assentiment à l'acte médical : *"comme tout chirurgien, le chirurgien d'un service hospitalier est tenu, sauf en cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la nature et les risques ; en violant cette obligation imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs proprement médicaux et qui constitue une faute personnelle."* [4]

Il est plus convaincant d'affirmer que la sollicitation du consentement est un devoir pour le médecin que de prétendre que l'expression de son consentement est un droit pour le patient. Le non-respect du consentement est une : *"faute dans l'organisation et le fonctionnement du service. Dans*

---

[1] MEMETEAU Gérard, *Droit médical*, Litec 1986 p.103.

[2] D'où la référence à la notion de consentement implicite qui signifie en fait que du consentement à la relation médicale on peut parfois déduire l'assentiment à l'acte médical. Ainsi pour une opération d'une atrophie de l'orteil après six interventions préalables et la réalisation d'une arthodèse au lieu d'un grattage de l'os et du placement d'une prothèse : "Les juges d'appel ont pu en déduire que l'accord donné par la malade au médecin comportait implicitement celui de pratiquer toute intervention curative qui se révélerait nécessaire et qu'elle ne faisait la preuve d'aucune faute du chirurgien, lequel n'avait manqué à aucune de ses obligations.", Cass.civ. 27 oct. 1982, J.C.P. 1984-II-20201 note DORSNER-DOLIVET Annick. cf. aussi, ALMERAS Jean-Pierre, *Le consentement implicite*, Concours médical 1984, p.4049.

[3] GOMBAULT A., *Absence de consentement et faute pénale*, Conc.Méd. 1970, p.3000.

[4] Cass.req. 28 janv. 1942, Gaz.Pal. 1942-1-177.

cette rubrique, les fautes sont de nature très diverses. Elles révèlent un mauvais fonctionnement du service dû soit à une organisation défaillante, soit à des lacunes relationnelles entre le malade et le personnel. (...) Les relations entre malades et personnels. le malade a des droits, en particulier le droit d'être informé sur son état et de donner son consentement aux soins." [1]

Dans le cas d'hospitalisation et plus encore dans certaines hypothèses de restrictions de la liberté du malade, comme en médecine militaire ou en médecine carcérale, la situation juridique du patient est très différente de celle rencontrée en droit privé. Le respect de la liberté des patients de refuser tel ou tel acte médical ou de faire cesser tel ou tel traitement, est-il toujours assuré ? [2] La pesanteur et l'inertie de l'organisation institutionnelle de la santé risque, bien souvent, de laminer le libre arbitre du patient qui est alors ravalé au rang de sujet passif des actes médicaux, sans que soit fait appel à sa liberté de choix.

Certains auteurs vont jusqu'à penser que le système hospitalier est le tombeau des principes traditionnellement défendus sur le respect du consentement et de la liberté des patients hospitalisés. *"Mais, et c'est l'aspect le plus décevant pour le juriste, tous les principes dégagés en matière de consentement du malade demeurent lettre morte à l'hôpital public. En pratique, l'hospitalisé n'est presque jamais informé de l'objet des examens cliniques ou autres analyses qu'il subit quotidiennement. Il est rarement jugé digne de connaître le diagnostic du médecin, même quand l'affection n'est pas très grave. (...) Il subit parfois plusieurs interventions chirurgicales sans savoir ni leur nature, ni leur objet. (...) Où est le consentement du malade ? A une époque de culture de masse, le malade hospitalisé a le sentiment que les médecins hospitaliers craignent la curiosité scientifique de leurs patients et qu'ils les maintiennent dans l'ignorance par l'effet d'une violence morale diffuse, mais pénible."* [3] L'ensemble du système hospitalier tend d'ailleurs à confiner l'hospitalisé au rang d'usager passif et silencieux.

D'aucuns n'hésitent pas à parler d'infantilisation des malades ou d'organisation de la dépendance des patients, ce qui est très éloigné de la vision théorique de liberté du patient quant à sa santé... *"l'impérialisme des professions pousse le praticien à décider pour le malade. L'Homme, face à son corps, est considéré comme un mineur qui ne peut comprendre. On prend donc en charge son corps pour lui. Mais dans tout cela, où est la liberté ?"* [4]

On peut toutefois remarquer une heureuse évolution de la réflexion globale sur l'organisation de la médecine hospitalière qui suscite dans la mesure du possible la diminution de l'anonymat du personnel soignant, la prise en compte des "opinions" des patients et l'importance de la dimension éthique du rapport malade/médecin. [5] Le prolongement juridique de cette évolution devrait consister à réaffirmer la nécessité de recueillir l'assentiment du soigné pour tout acte médical. Il n'est pas besoin, en ce domaine, de nouvelle norme, la règle de droit commun suffit, mais elle est mal connue. Le malade doit être volontaire pour tout acte qui touche à son corps.

---

1 CLEMENT Jean-Marie, *Mémento de droit hospitalier*, Berger-Levrault 1987, n°302, pp.174-175.

2 Le regard que la la société porte sur le malade expliquerait la condamnation du refus de traitement : "La certification médicale de ses symptômes l'exempte des obligations liées à son rôle social, et le dispense de participer à ses activités normales. Il tient un nouveau rôle : celui de déviant légitime. Cette exonération de ses responsabilités habituelles n'est cependant tolérée que dans la mesure où il considère sa maladie comme un état indésirable et recherche une assistance technique dans le système médical. (...) La maladie impose au malade de se soumettre au service de réparation que prodiguent les docteurs.", ILLICH Ivan, ***Némésis médicale***, Points-Seuil 1981, p.79.

3 De FORGES Jean-Michel et SEUVIC Jean-François, *L'hospitalisé*, Berger-Levrault, 2° éd° 1983, p.207-208.

4 ROBERT Jacques, *Le corps humain et la liberté individuelle*, Ass.Capitant 1975, *Le corps humain et le droit*, p.465.

5 Les médecins eux-mêmes prennent conscience de la nécessité de reconsidérer la relation médicale sur le plan humain. "Reconnaissons-le ; il existe une immense insatisfaction du public à l'égard des conditions matérielles mais aussi une énorme aspiration à une plus grande prise en considération, à des relations plus personnalisées. Or les médecins ne sont pas préparés à cela. Leur culture est trop technicienne, trop scientifique. On ne leur a jamais appris à communiquer avec le personnel soignant ou avec le malade devant lequel ils se sentent parfois démunis.", NORMAND Jean-Michel, ***Soigner des personnes***, Le Monde 24 mars 1993, p.21.

Cela est d'autant plus vrai que l'hôpital public est un lieu d'accomplissement d'actes non strictement thérapeutiques, tels que les actes de recherche ou d'enseignement. Or, la nécessité de l'assentiment, reconnue pour tout acte curatif, doit être étendue aux actes non curatifs accomplis à l'hôpital car il ne saurait être question de prétendre à une acceptation globale de toutes les activités et missions hospitalières. "*Il n'est nullement vrai que l'entrée, même volontaire du malade à l'hôpital ou dans une clinique, implique nécessairement l'acceptation, faite par avance, des traitements que les médecins de cet établissement jugeront bon de lui faire subir, ni que l'anesthésie consentie comporte d'avance le consentement à une opération quelconque.*" [1] S'il y a des missions de recherche et d'enseignement dévolues aux centres hospitaliers régionaux universitaires, les actes qu'ils impliquent ne peuvent se pratiquer qu'avec le consentement de la personne dès lors qu'il y a une atteinte à son intégrité corporelle.

Or, il se déroule quotidiennement des actes non directement thérapeutiques dans les hôpitaux, à l'insu des usagers. Des générations d'internes apprennent les techniques du toucher rectal ou vaginal sur des patients endormis [2], sans que quiconque n'ait songé à solliciter leur consentement. Les médecins sont généralement étonnés qu'on leur rappelle qu'un tel acte relève de la Cour d'assises parce qu'il s'agit d'un crime de viol. [3] Le raisonnement peut être reproduit chaque fois qu'un membre du personnel soignant effectue un geste "pour s'entraîner", tel une piqûre ou un prélèvement sanguin, sans que le consentement de la personne ait été recueilli.

2°) L'obligation déontologique

"*Le consentement du malade aux soins proposés est une exigence déontologique fondamentale. Le médecin respecte la liberté des personnes et ne saurait imposer des soins.*" [4] La déontologie médicale moderne pérennise le respect de la volonté du patient en introduisant cette préoccupation dans le Code de déontologie : "*La volonté du malade doit toujours être respectée dans toute la mesure du possible*" [5] C'est à dessein que la terminologie utilisée par les rédacteurs du décret du 28 juin 1979, portant Code de déontologie médicale, fait référence à la "volonté". Cette notion est, en effet, beaucoup plus large et beaucoup moins juridique que celle de consentement. La volonté du malade peut s'exprimer à plusieurs moments et sous différentes formes en fonction de son objet et de son interlocuteur, mais elle est considérée comme une nécessité fondamentale, un pré-requis substantiel, incontournable. [6]

Aujourd'hui, il y a reconnaissance de l'entière liberté du patient proclamée avec force par l'Ordre des médecins : "*Le malade a le droit de se soumettre ou de ne pas se soumettre aux examens et à la thérapeutique qui lui sont proposés (et non imposés). Ce consentement du malade est une exigence déontologique fondamentale. La médecine ne saurait être autoritaire. Elle respecte la liberté des individus.*" [7]

Le médecin est passé en quelques années de l'acte médical imposé à l'acte médical proposé. La différence n'est pas mince sur le plan du respect de la volonté du patient et du respect de sa liberté. La protection de ces deux valeurs trouve également sa source dans des règles internationales.

---

1 SAVATIER R. et J., AUBY J.M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, précité, n°252, p.230.

2 Au cours de l'anesthésie ou même en phase comateuse selon des témoignages oraux...

3 "Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte ou surprise constitue le viol.", art.332 al.1 C.pén. Ce texte est repris entièrement dans le Nouveau Code pénal avec le rajout de la menace, cf. art.222-23 N.C.pén. Pour le droit pénal, abuser sexuellement de la femme ivre ou assoupie ou pratiquer un toucher rectal sur un patient anesthésié constitue le viol.

4 VILLEY Raymond, *Déontologie médicale*, précité, p.58.

5 Décret 28 juin 1979, précité, art.7, alinéa 1.

6 Dans le Code de déontologie de 1947, le médecin devait : "*s'efforcer d'imposer l'exécution de sa décision*", dans le Code de 1955, le médecin devait : "*s'efforcer d'obtenir l'exécution du traitement*". Sur l'évolution historique cf. supra Chapitre 1.

7 O.N.M., *Commentaires du Code de déontologie médicale*, 1987, p.24.

C) Le fondement en droit international

Pour Monsieur MEMETEAU, il ne fait aucun doute que le respect de la volonté du patient est une valeur protégée par l'ordre public international : "*L'exigence du consentement aux atteintes au corps humain paraît appartenir au fond commun du droit des Nations civilisées et la Commission des questions sociales et de la santé du Conseil de l'Europe a constaté que le «droit du malade de refuser un traitement constitue la base de la jurisprudence dans le domaine du traitement médical.»*" [1]

Le caractère nécessaire du consentement du patient avant tout acte portant atteinte à son intégrité corporelle peut être rattaché à la catégorie des droits de l'homme tels qu'ils sont exprimés par les règles internationales. "*Le droit à la santé en tant que droit individuel (...) implique avant tout un devoir d'abstention : ne pas porter atteinte à la vie, à la dignité, à l'intégrité physique, morale ou mentale, ne pas poser d'acte susceptible de nuire à la santé. Ce devoir d'abstention trouve son fondement dans une exigence de liberté. Ainsi, la relation entre le médecin et le patient est essentiellement une relation individuelle placée sous le signe de la liberté. (...) La liberté est ainsi garantie par la nécessité du consentement qui seul peut permettre normalement de porter atteinte à ce devoir d'abstention. L'Etat, enfin, ne doit intervenir que pour veiller au respect de la règle du jeu.*" [2]

La Déclaration universelle des droits de l'homme protège la "sûreté" de la personne sans mentionner expressément la possibilité de consentir à une atteinte à cette sûreté [3], tout comme la Convention européenne des droits de l'homme [4], alors que le Pacte de New-York impose le respect de la volonté de l'individu en matière d'expérimentation. [5]

Or, il est possible de déduire de l'ensemble des normes juridiques internationales qui garantissent la liberté de l'homme et protègent son intégrité corporelle au titre des droits de l'homme, la référence tacite à la notion fondamentale d'intangibilité ou d'inviolabilité de la personne. [6] Le droit à l'intégrité physique a pour corollaire immédiat l'idée que toute atteinte à cette intégrité ne peut résulter que d'une règle juridique et/ou du consentement de l'individu concerné. La source internationale du principe de respect du consentement du patient à l'acte médical reste néanmoins la plus fragile et la moins explicite eu égard à la puissance juridique des sources du droit interne. [7]

S'il est acquis que le consentement de la personne doit être recueilli, pour que l'acte pratiqué sur son corps soit licite, il est également certain que ce consentement doit avoir certaines qualités.

§2) Les caractères du consentement

La particularité du consentement du patient est que la jurisprudence exige qu'il revête certaines qualités. Pour emporter des effets juridiques, la volonté du patient doit être libre (A) et éclairée (B).

---

1 MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°516, pp.347-348.

2 TORELLI Maurice, *Le médecin et les droits de l'homme*, précité, pp.66-67.

3 "Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne.", Déclaration universelle des droits de l'homme, proclamée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948, art.3.

4 "Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants", Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme signée à Rome le 4 novembre 1950, art. 3.

5 "Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique.", Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies le 16 décembre 1966, art.7.

6 Rq. ces deux termes sont considérés comme équivalents dans le cadre de cette étude.

7 Malgré les dispositions constitutionnelles : "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.", Art.55 de La Constitution du 4 octobre 1958.

[1] Cette exigence vaut tant sur le plan du consentement à la démarche de soins que pour l'assentiment à l'acte de soin. De plus, le consentement doit être "finalisé", orienté vers un but licite (C).

A) Un consentement libre

La liberté apparait comme un fondement essentiel de l'organisation française de la Santé Publique tant pour le patient que pour le médecin. Le législateur a tenu à rappeler cette spécificité dans le Code de la Sécurité sociale: "*dans l'intérêt des assurés sociaux et de la Santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins est assuré conformément aux principes déontologiques fondamentaux que sont le libre choix du médecin par le malade, la liberté de prescription du médecin, le secret professionnel, le paiement direct des honoraires par le malade, la liberté d'installation du médecin.*" [2]

La liberté du médecin est assurée par les règles d'organisation de la profession, libre accès à l'Université, liberté du mode d'exercice, liberté thérapeutique, etc... La liberté de l'individu en matière de santé est garantie par l'obligation faite à tout soignant de respecter la volonté du soigné pour pouvoir "toucher" à son corps de manière licite. La liberté du malade implique qu'il soit libre de demander des soins (1°) et qu'il soit libre de refuser des soins (2°).

1°) La liberté de choisir d'être soigné ou non

Tous les auteurs s'accordent pour dire que le malade majeur et lucide est libre d'avoir recours ou non à un médecin, ce qui reflète parfaitement les conditions préalables à la conclusion d'une relation médicale. Chacun est libre de consulter un médecin ou de se refuser à solliciter l'avis de la science sur ses douleurs ou sa maladie. "*Le malade a le droit de se soumettre ou de ne pas se soumettre aux examens et à la thérapeutique qui lui sont proposés et non imposés. Ce consentement du malade est une exigence déontologique fondamentale. La médecine ne saurait être autoritaire. Elle respecte la liberté des individus.*" [3]

Le respect de la volonté de l'individu est une des conditions fondamentales du respect de sa liberté. Améliorer l'accès de tous aux soins médicaux, c'est garantir une réelle liberté d'être soigné ; reconnaître la liberté de ne pas se soigner, c'est magnifier la plus grande liberté de l'individu par rapport au groupe. "*Plus que partout ailleurs dans ce domaine où il s'agit de la liberté physique de l'individu, on ne saurait faire abstraction de ses droits ; sa qualité d'homme, qui impose à tous l'obligation de reconnaître la faculté pour lui de conserver intacte l'intégrité de son corps, commande le respect de sa volonté, quand il s'agit d'une décision d'où peut dépendre son existence même ; aussi nous semble-t-il très difficile de ne pas affirmer, comme un principe général, le droit du malade à accepter ou à refuser l'intervention ou le traitement proposés.*" [4]

L'étude fondamentale de M.DECOCQ met en lumière le conflit de valeurs juridiques qui se produit lorsque l'homme de l'art se penche sur la "*sacralité irrationnelle qui entoure le corps et le cadavre humain*". [5] La question essentielle repose sur la liberté de l'Homme de refuser ou de révoquer discrétionnairement son consentement face au médecin qui sait soigner et qui veut soigner. [6] Le médecin tente généralement de persuader le malade qu'il a intérêt à accepter les soins. C'est son

---

[1] "Attendu qu'en droit, il existe, entre le malade et son médecin un contrat ; Que hors du cas de nécessité ou d'urgence absolue, le médecin est tenu, avant d'entreprendre un traitement ou de procéder à une intervention chirurgicale, d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade.", T.civ. Nice, 16 janv. 1954, D.1954, p.178.

[2] Art.L.162-2 Code de la sécurité sociale, le mot liberté étant souligné par nous.

[3] O.N.M., *Commentaires du Code de déontologie médicale*, précité, art.7, p.24.

[4] LASNIER Georges, *Du droit du malade et du blessé au refus d'un traitement ou d'une intervention chirurgicale*, Thèse Droit Bordeaux 1922, p.80.

[5] DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, précité, n°389, p.259.

[6] "C'est donc à propos des atteintes au corps humain nécessitées par un intérêt de santé que peut se poser la question de la mesure des pouvoirs que peuvent exercer des tiers, sur une personne autonome, sans sa volonté. Les tiers qui pourraient éventuellement exercer ces pouvoirs sont tout désignés : ce sont les médecins. Hautement qualifiés, ils peuvent mieux que la personne elle même, apprécier la

rôle d'informer le patient et éventuellement de le guider dans ses choix. Mais il faut être vigilant, pour éviter que la persuasion devienne pression. "*Tout consentement repose sur des raisons d'accepter. Il n'est pas possible d'établir une distinction nette entre ce qui serait une pression abusive et ce qui demeure une force légitime de persuasion.*" [1] Le degré de liberté du patient est inversement proportionnel à l'importance des pressions sur son consentement. L'exigence d'un consentement libre exige la loyauté de son interlocuteur qui ne peut utiliser une pression si forte qu'elle nierait la liberté du malade.

D'aucuns n'ont pas hésité pas à franchir le pas des comparaisons audacieuses en plaçant sur le même plan le médecin qui soigne les corps et le ministre du culte qui soigne les âmes. [2] Pour exploiter cette métaphore il faut se demander si l'on doit tenter de sauver autrui, y compris contre sa volonté. Le respect de la liberté implique que non. Seuls des intérêts objectivement supérieurs peuvent imposer un acte médical. Lorsqu'il ne s'agira que de l'intérêt de la santé individuelle du patient, nul ne pourra lui imposer de se soigner.

A l'interdiction du traitement médical par la force, il faut assimiler le traitement par la ruse. Il serait illicite de tenter de contourner la liberté de la personne en demandant à des tiers de consentir à sa place, sauf dans l'hypothèse de l'incapacité de droit ou de fait. Hors cas d'urgence : "*le médecin ne peut pas plus que les autorités judiciaires, se substituer à la décision du patient. C'est lui seul qui a le droit de décider, après avoir été informé, s'il entend ou non se soumettre à l'intervention qui lui est proposée.*" [3]

Il faut distinguer les rares hypothèses d'actes médicaux imposés au sujet en l'absence de tout consentement [4] et la possibilité de "vicier" le consentement par des moyens de contrainte ou de pression visant à peser sur la liberté de l'individu. "*Par «consentement libre», on entend un consentement qui ne doit pas être obtenu ni par pression, ni coercition, ni en vue d'une récompense. Le problème des personnes privées de liberté s'est également posé : il est admis qu'elles peuvent donner un consentement libre si les conditions indiquées sont respectées dans le cas des détenus.*" [5]

Dans la plupart des cas, le patient est le principal intéressé au rétablissement ou à l'amélioration de sa santé, mais il se trouve quelques situations dans lesquelles la santé de la personne touche des tiers qui peuvent alors être tentés de l'inciter à se soigner. L'assureur, l'employeur, la famille, l'armée sont par exemple, autant de tiers indirectement intéressés. C'est pourquoi il faut étudier sur le plan juridique la notion de refus de soins, car une menace de sanctions est la principale pression qui peut influencer, voire obérer, la liberté de consentement du patient.

2°) Le refus de soins

Malgré l'affirmation de la liberté de refuser des soins, la perspective de sanctions indirectes est une pression sur la volonté (a), en particulier dans le domaine militaire (b).

---

nature et le degré des atteintes rendues nécessaires pour la sauvegarde de sa vie et de sa santé. Leur fonction leur confère une véritable vocation à soigner et guérir leurs semblables, abstraction faite des rapports contractuels noués avec ceux-ci, individuellement. Ne parle-t-on pas du «ministère médical» ? Or, dans l'état actuel du Droit français, et sauf dans certaines hypothèses limites, peut-être, tout pouvoir de soigner une personne capable en droit et en fait, sans son consentement, est refusé au médecin." DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, précité, n°503 et 504, p.356 et 357.

[1] WIDLOCHER D. Pr., *Le consentement éclairé*, Conc.Méd. 1987, p.3043.

[2] "Il est exact que le médecin n'a pas le droit d'imposer ses soins. Il doit, en principe, respecter la volonté de ses patients ; il a en règle générale aussi peu le droit de contraindre un homme à sauver son corps, qu'un prêtre n'a le droit de forcer un pêcheur à sauver son âme." FERRES Fernand, *Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*, Thèse Droit STRASBOURG 1934, p.47.

[3] DALCQ Roger O., *A propos du consentement du malade*, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Pub.Un. Louvain 1982, p.297.

[4] Cf. infra les dérogations aux règles de la permission légale implicite, 2ème partie, Titre 2, les traitements obligatoires, p.467 et s.

[5] TORELLI Maurice, *Le médecin et les droits de l'homme*, précité, p.267.

a) La liberté de refuser et la pression des sanctions indirectes

Il faut ici rappeler que le Code pénal impose à tout citoyen de porter secours aux personnes en péril. [1] Or, cette infraction d'omission est particulièrement applicable aux médecins censés être spécialement conscients des dangers encourus par leurs contemporains. Cette prohibition juridique de l'égoïsme et de l'indifférence à autrui est reprise par le Code de déontologie médicale : "*Un médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril, ou informé qu'un malade ou un blessé est en péril doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires.*" [2]

Une évidente contradiction surgit chaque fois qu'un médecin est confronté à un patient qui refuse un traitement sans lequel ce malade est en péril. Doit-il traiter, même avec contrainte ou s'abstenir pour respecter la liberté de refus du patient ? La jurisprudence impose au médecin d'avertir le patient de la nature et de la gravité des risques que son refus lui fait courir, en usant, éventuellement d'arguments persuasifs. Il lui serait fait reproche de laisser trop librement un malade refuser. [3] Mais sa mission se limite à mettre en garde.

Le médecin n'a, sauf exception, aucun pouvoir coercitif pour faire appliquer un traitement que le patient refuse, parfois avec véhémence. Ainsi, un médecin a pu être relaxé : "*la thérapeutique adéquate prescrite par lui n'ayant été appliquée en raison du refus obstiné et même agressif de la Dame G. ; celle-ci ayant d'ailleurs signé un certificat constatant le refus de sa part des soins prescrits*". [4] Le devoir d'assistance ne peut donc pas permettre de passer outre la décision réfléchie du patient, qui peut librement refuser tout acte médical même salvateur.

Pourtant, il existe de nombreuses situations dans lesquelles le refus de soins est indirectement sanctionné.

Dans un procès relatif à la filiation, un examen comparatif des sangs peut être ordonné sans pour autant que l'on puisse y procéder de force sur les parties au procès, au nom du respect de l'intégrité corporelle et de la liberté de refuser un acte médical. Le juge peut, toutefois, interpréter défavorablement une semblable attitude de refus.

Le candidat à un concours administratif peut toujours refuser de satisfaire à la visite médicale de vérification des capacités physiques nécessaires à l'entrée dans la fonction publique. Il n'a alors aucune chance d'être recruté au terme des épreuves de sélection.

La victime d'un accident du travail ou de la circulation peut toujours refuser d'accepter un traitement ou une intervention chirurgicale susceptibles d'améliorer son état de santé. Mais la compagnie d'assurance peut alors envisager une réduction, voire une suppression de la rente d'indemnisation, lorsque l'acte médical envisagé ne comportait aucun risque sérieux.

La transfusion sanguine est un acte bénin et un témoin de Jéhovah doit supporter les conséquences de son refus : "*Attendu qu'en refusant l'application, selon des techniques éprouvées, de soins adéquats ne présentant aucun risque anormal et dont l'inocuité est admise d'une manière générale par la science moderne à l'exception de rares contre-indications dont la partie civile n'établit pas qu'elles puissent concerner son mari défunt, la victime s'est privée volontairement d'importantes chances de survie ainsi que le praticien l'a rappelé ; que dans ces conditions, elle a commis une faute qui a concouru directement à la réalisation du dommage et qui entraîne à sa charge une part de responsabilité que la Cour fixe au tiers.*" .[5]

---

[1] Cf: infra 2ème Partie, Titre 3, l'urgence et l'omission de porter secours, p.486 et s.

[2] Décret 28 juin 1979, précité, art.4.

[3] Ainsi a-t-il été jugé que devait être tenu pour responsable d'une abstention fautive le médecin qui, après refus d'une piqûre antitétanique, n'avait pas rappelé au patient que la nature de sa blessure impliquait de graves risques de tétanos. C.A.Toulouse 15 fév. 1971, Gaz.Pal. 1972-1-somm.35.

[4] Cass.crim. 3 janv. 1973, Bull.crim. n°2, p.5.

[5] C.A.Lyon 6 juin 1975 sur renvoi de Cass.crim. 30 oct. 1974, Gaz.pal. 1975-2-611.

Sur les limites de la liberté de refus, il a été jugé que la victime "anxieuse et phobique" d'un accident de transport ne commettait pas de faute en refusant une exploration isotopique avec trépanation sous anesthésie locale, acte très douloureux aux dires des experts. Ce choix personnel ne devait pas modifier le droit à indemnisation: "*il apparaît que la matérialité du refus de soins opposé par le blessé est indiscutable, (...), il convient d'ajouter qu'il n'est pas possible ni d'imposer une intervention à un malade lucide, ni de reprocher à un malade son opposition, (...). La seule limite qui puisse être posée à ce principe se situe dans l'excès qui consisterait à refuser des examens et des soins anodins.*" [1] Il y aurait donc, comme raisonnement sous-jacent, l'idée que l'individu a toujours le droit de refuser un acte médical sauf à sanctionner civilement l'abus de ce droit. [2]

Sur le plan pénal, cela n'est pas incompatible avec la nécessité du consentement comme élément du fait justificatif médical. L'impossibilité de contourner la volonté de la personne pour la soigner contre son gré, (hors autorisation expresse de la loi), ce qui serait une faute pénale, n'empêche pas que l'individu ait à répondre de son refus de soins sur le plan civil.

Le risque est, toutefois, que la pression exercée par ce biais dénature la volonté du patient. Fortement enclin à consentir par une menace d'ordre financier, il faut éviter que la sanction indirecte aboutisse à vider de son sens l'exigence d'un consentement libre.

Sans qu'il soit besoin d'allonger indéfiniment la liste des exemples, il est aisé de constater que la liberté du patient face à l'acte médical est limitée. "*La liberté de l'individu dans ces hypothèses n'est donc pas entière puisque le refus de traitement pouvant avoir des conséquences défavorables, l'intéressé est contraint de choisir entre deux «maux» : l'atteinte à l'intégrité corporelle ou la perte d'un avantage pécuniaire.*" [3]

La puissance des pressions exercée sur le consentement des individus semble dépendre de plusieurs facteurs, au nombre desquels les notions de valeur sociale et de danger social. L'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 exprime lumineusement cette dépendance : "*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune*". Or l'utilité commune peut susciter la création de règles destinées soit à inciter certains individus à consentir à un acte médical en raison de leur valeur sociale, permanente ou ponctuelle, soit à contraindre certains individus à subir un acte médical en raison du danger social que leur état constitue de façon permanente ou temporaire.

C'est ce qui explique la prise de conscience contemporaine de la valeur particulière de la santé des décideurs, en particulier dans le domaine politique. [4] S'il n'a pas encore été envisagé de soigner de force des dirigeants politiques, la dangerosité de certains malades justifie les mesures de prophylaxie des malades contagieux. [5]

---

1 T.G.I. Paris, 13 mai 1981, J.C.P. 1982-2-19887 note CHABAS François.

2 Selon la théorie civiliste l'abus de droit est défini comme la: "Faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux.", CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Abus*, p.6.

3 NERSON Roger, *Le respect par le médecin de la volonté du malade*, précité, p.875.

4 Cf. les nombreux exemples de dirigeants politiques qui gouvernent tout en étant malades in ACCOCE Pierre et RENTCHNICK Pierre, *Ces malades qui nous gouvernent* , Stock 1ère éd° 1976, Livre de poche 1991. Cf. a procédure américaine de l'impeachment : "Si le Président transmet au président *pro tempore* du Sénat et au speaker de la Chambre des Représentants une déclaration écrite les informant qu'il est dans l'incapacité d'assurer les pouvoirs et devoirs de sa charge, et jusqu'au moment où il leur transmet une déclaration écrite annulant la première, ces fonctions sont remplies par le Vice-Président, faisant fonction de Président.", 25ème amendement (1967) de la Constitution des Etats-Unis du 17 septembre 1787. La récente maladie du président François MITTERAND (cancer de la prostate) a mis en lumière le fait que le droit français ne connaît pas de procédure équivalente, mais seulement la constatation de la vacance constatée par le Conseil constitutionnel (Constitution du 4 octobre 1958, art.7 al.4). En cas de maladie, le Président de la République est obligé de se soigner et de gouverner ou de démissionner...

5 Cf. par exemple infra 2ème Partie, Titre 2, le traitement des vénériens., p.472 et s.

b) Le refus de consentement et l'ordre public militaire

La fonction sociale dévolue aux forces armées d'un pays par les autorités politiques consiste en temps de paix à veiller à l'intégrité du territoire national et à la préservation de l'indépendance et de la souveraineté nationale. Cette mission de service public de défense nationale est régie par les règles classiques du droit public, dans tout Etat de droit, avec, toutefois, certaines dérogations dues aux spécificités de la mission (discipline, recrutement, promotion, etc...).

Les situations de crise et notamment l'état de guerre justifient des mesures exceptionnelles, destinées à permettre, "à tout prix", la survie politique du pays. Il convient, en effet, de diminuer temporairement certains droits et libertés individuels dans le but de sauvegarder les intérêts collectifs cruciaux. On justifiera ainsi des limitations à la liberté de réunion, à la liberté de la presse, à la liberté de correspondance, au droit de propriété.

Il nous faut préciser l'impact de telles crises sur la liberté de consentement aux actes médicaux, dans le domaine militaire.

On imagine aisément les dilemnes qui se posent aux autorités militaires chargées d'assurer des tâches pour lesquelles toute vie humaine contribue à aider à l'effort de défense. Quelle position adopter face à un individu inapte qui refuse un traitement ou une opération qui le rendrait certainement apte à une fonction "d'utilité commune" ? "*Le conscrit appelé devant un Conseil de Révision, manifeste souvent à l'examen une anomalie, (...), cette anomalie est de celles qui doivent disparaître ou s'atténuer par un traitement ou une intervention sans danger quant aux suites, permettant alors, soit de classer dans le service auxiliaire un individu qui normalement eut été exempté, soit de récupérer pour le service armé un homme que le conseil eut classé service auxiliaire. (...) Nous pouvons enfin imaginer le militaire, incapable de recouvrer son état de santé normal, faisant valoir ses droits à pension et se heurtant aux objections de l'administration sanitaire, objections tirées d'une possibilité d'amélioration par suite d'un traitement médicamenteux ou par les agents physiques ou bien d'une opération chirurgicale.*" [1]

La question fut très largement et publiquement débattue pendant la Première guerre mondiale, à l'occasion d'une affaire restée célèbre sous le nom d'affaire du Zouave DESCHAMPS, au cours de laquelle un militaire s'était livré à des voies de fait sur un médecin militaire qui tentait de lui appliquer un traitement novateur. [2] La polémique et les débats qui suivirent la publicité faite autour du cas du Zouave DESCHAMPS consistèrent à argumenter sur les limites du droit de refus d'un acte médical présenté comme capable d'améliorer la "récupérabilité" d'un soldat pour la société. [3]

Trois catégories de sanctions directes furent employées contre les militaires récalcitrants : les sanctions disciplinaires, les sanctions pénales, le traitement forcé. L'arsenal des punitions disciplinaires prévues par les règlements militaires fut largement utilisé contre les patients refusant un acte médical. [4] Des sanctions pénales frappèrent un certain nombre de soldats. [5] On vit même des

---

[1] LASNIER Georges, *Du droit du malade et du blessé au refus d'un traitement ou d'une intervention chirurgicale*, précité, p.59.

[2] Le Docteur Clovis VINCENT était l'inventeur d'une méthode originale de traitement, à base de courant électrique. L'application d'électrodes au contact du corps du blessé provoquait une contraction des masses musculaires dont on voulait rétablir le fonctionnement. Cet acte poursuivait un double but, réveiller la sensibilité et la motricité des muscles et détecter les simulateurs... Le Zouave DESCHAMPS souffrant de plicaturem à la suite d'un éclatement d'obus, réagit très violemment au premier contact électrique en agressant le Dr VINCENT qu'il qualifia de bourreau. Traduit devant le Conseil de guerre sous l'inculpation d'outrage à un supérieur, il fut condamné à 6 mois d'emprisonnement avec sursis. LASNIER, précité, pp. 62 à 65.

[3] La question se posait simultanément en Autriche où les médecins appliquèrent systématiquement aux "névrosés de guerre" un traitement appelé faradisation. Ils furent accusés de torture après guerre par les victimes. En 1920, Freud lui-même fut appelé par une commission parlementaire pour donner son avis sur ces méthodes. Il affirma que la plupart des sujets considérés par les médecins-organicistes comme des simulateurs étaient en fait des névrosés à qui la psychanalyse aurait été plus utile que l'électricité. Cf. PLON Michel, *Les nerfs de la guerre*, Libération 27 nov. 1992, p.27 et JACCARD Roland, *Freud contre Wagner-Jaureg* (au sujet de l'ouvrage de EISSLER K.R., *Freud sur le front des névroses de guerre* P.U.F. 1992), Le Monde 8 janv. 1993, p.27 et p.34.

[4] GARCON Emile, *Droits et devoirs des médecins militaires et des blessés*, R.P.D.P., 1916, p.333 et s.

médecins pratiquer des actes médicaux par la force, exerçant une contrainte directe sur le corps de soldats non-consentants suscitant des protestations très virulentes de la part des Parlementaires. [1]

Le professeur Emile GARCON, lui même, rappela aux médecins les limites de leurs pouvoirs, à l'occasion des polémiques à propos des militaires blessés refusant un traitement : "*Le médecin militaire, comme le médecin civil, eût-il la certitude qu'il sauvera la vie de ce malade, ne peut certainement pas l'opérer sans son consentement et a fortiori contre sa volonté. En droit pur, il commettrait un délit constitué dans tous ses éléments légaux et qu'aucune justification ne ferait disparaître s'il passait outre.*" [2]

La solution était claire : on peut estimer qu'un individu est obligé de se soumettre à un acte médical et même sanctionner son refus de se soumettre à un traitement bénin, mais on ne peut jamais utiliser la force pour soigner. "*Enfin, le médecin militaire ne saurait jamais, dans aucun cas et sous aucun prétexte, user de force ou de violence pour imposer une opération ou un traitement, quel qu'il soit, même le plus inoffensif. On ne saurait faire exception à ce principe au cas où les soins que refuse le soldat sont de ceux auxquels il n'a pas le droit de se soustraire parce qu'ils ont pour but unique d'abréger le temps de son invalidité et qu'ils sont d'ailleurs sans danger. Même alors, le major ne saurait le lui imposer par voie de contrainte matérielle. L'officier auquel un soldat refuse d'obéir se rendrait coupable d'un délit caractérisé et serait justiciable du conseil de guerre si, pour l'obliger à exécuter ses ordres, il usait de violence sur sa personne. Nous laissons à l'armée allemande ces moyens d'assurer la discipline. Le soldat qui résisterait à de semblables voies de fait serait en légitime défense, cent conseils de guerre l'ont jugé.*" [3]

Rejoignant notre hypothèse de départ selon laquelle l'acte médical ne diffère pas dans sa nature des autres actes matériels portant atteinte à l'intégrité du corps humain si ce n'est par un éventuel fait justificatif médical intervenant a posteriori, le professeur GARCON compare expressément l'acte médical imposé par la force à une agression injuste, au sens de la légitime défense. Le consentement du patient est donc pour lui un des éléments essentiels de la licéité de l'acte médical.

A défaut de volonté librement exprimée, tout acte médical forcé est une atteinte illicite à l'intégrité physique de celui qui est contraint. Seule une permission légale expresse pourrait justifier pénalement un traitement forcé accompli sans l'accord ou contre la volonté du patient.

Le patient a donc un droit discrétionnaire de refuser librement un acte médical. Ce qui signifie que, si le droit civil peut admettre des sanctions indirectes en cas de refus de soins, le droit pénal ne justifie pas que l'on porte atteinte à l'intangibilité du corps humain contre le consentement de la personne.

La menace d'une sanction financière lorsque les intérêts d'un tiers dépendent de l'acte médical refusé, à condition que cet acte ne soit pas "agressif" ou douloureux, n'est pas incompatible avec la liberté de choix de l'individu qui toujours peut opter pour le refus de soins. Mais, chaque fois que l'acte médical projeté sera un tant soit peu "agressif" ou douloureux, et a fortiori chaque fois que le patient est le seul intéressé par le sort de sa santé, aucune sanction financière ne devrait être applicable.

---

5 Condamnation des soldats CHATELAIN et Le BOUTET à deux ans d'emprisonnement pour refus d'obéissance à un ordre de service qui leur prescrivait de se déshabiller en vue d'être soumis à un examen médical, (Conseil de Guerre de Tours, 25 avril 1916) ; condamnation du soldat DELATTRE à cinq ans de travaux publics pour refus de subir le traitement électrique du Dr VINCENT ; condamnation du soldat BEAUSOLEIL à trois mois d'emprisonnement pour refus de se soumettre à une opération ; condamnation le 7 septembre 1916, par le Conseil de Guerre d'ORLEANS du soldat B., atteint de syphilis pour refus de se soumettre à une injection, LASNIER, thèse précitée p.64 et 117, GARCON, chron. précitée p.321 et 322 , J.O. chambre *in extenso* 1916, vol.3, séance chambre des députés 20 oct. 1916, pp.3088 et 3089, GARRAUD et LABORDE-LACOSTE, article précité, p.225.

1 J.O. 20 oct. 1916, LASNIER, thèse précitée, p.117-118, GARRAUD et LABORDE-LACOSTE, article précité, p.226.

2 GARCON, chron. précitée, p.332.

3 GARCON, chron. précitée, p.332.

Le droit pénal ne tolère aucune dérogation, si ce n'est légale, à l'exigence d'un consentement libre du patient. "*Devant le refus délibéré du malade, la règle de droit fait un devoir au praticien de s'abstenir, car le recours à la force lui est interdit : au moment où il passerait des exhortations à la violence, il contreviendrait à l'un des principes essentiels de notre droit.*" [1] Le malade doit pouvoir choisir en toute liberté de se soigner ou non, encore faut-il qu'il puisse choisir en connaissance de cause. Sa décision doit être éclairée.

B) Un consentement éclairé

Il est impossible de dissocier totalement l'étude de la volonté du patient et l'analyse de l'information qui lui est fournie. La liberté de choix peut-être totalement conditionnée par l'éclairage qui est donné au malade sur les causes et les conséquences possibles de son choix. "*Si le malade consent sans savoir à quoi, n'est-ce point comme s'il ne consentait pas ?*" [2] N'est réellement libre que celui qui connaît les tenants et aboutissements de sa décision. Masquer la vérité, c'est déjà amputer la liberté. [3] On retrouve alors le conflit, bien connu des civilistes, entre le devoir d'information (1°) et le dol par réticence ou silence (2°).

1°) Le devoir d'information

De l'obligation de recueillir le consentement du patient avant tout acte médical est né le devoir de lui expliquer peu ou prou sa situation passée, présente et à venir. Aujourd'hui, l'information du patient est très souvent le critère essentiel d'appréciation de la qualité de la volonté du patient. "*La liberté du consentement est limitée par l'autorité du médecin : lorsqu'on souhaite prendre la mesure du respect, par le praticien, de la volonté exprimée par le patient, c'est l'étendue de l'information délivrée qui doit servir d'étalon.*" [4] Cette obligation d'information s'impose aussi bien dans le cadre d'une relation régie par les règles du droit privé [5] que dans celle soumises aux règles du droit public. [6] Le devoir d'informer le malade a du vaincre certaines conceptions médicales paternalistes (a), avant d'être affirmé par le droit positif contemporain (b).

a) Le paternalisme médical et l'inaptitude du malade à recevoir l'information

Une conception fortement paternaliste de la relation médicale peut aboutir à nier l'existence d'un devoir d'information du soigné par le soignant. L'argumentation développée se fonderait alors sur l'opacité intellectuelle qui caractériserait tout homme malade ou sur son inaptitude à

---

1 DIERKENS R., *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Masson 1966, n°63.

2 SARDELLETTI Marie-Claire, *Le consentement à l'acte médical : aspects juridiques, déontologiques et éthiques*, Thèse Médecine Nancy 1986, p.69.

3 Ce souci d'information peut être suscité par le respect de l'autre en tant qu'être humain : "Il faut croire aussi au semblable et le supposer digne d'être instruit et capable de liberté. Cette foi se nomme charité.", ALAIN, *Définitions*, Gallimard. Le respect de l'autre, malade, est imposé par la norme juridique protégeant les droits de l'interlocuteur individuel.

4 BOUVIER Françoise, *Le consentement à l'acte thérapeutique : réalités et perspectives*, J.C.P. 1986-1-3249.

5 Règles qui concernent l'assentiment "éclairé" à l'acte médical et dépassent l'obligation de renseignement du contractant qui exprime son consentement au contrat de soins, d'où l'erreur commise par certain : "Le chirurgien qui conseille une grave opération à son patient le fait en son âme et conscience, certes, mais en «oubliant» parfois de fournir toutes les données sur la gravité de la maladie, sur les difficultés et les conséquences de l'intervention. Il se rend ainsi coupable de ce que la loi appelle un dol, c'est-à-dire une tromperie qui vicie le consentement du malade et rend nul le contrat médical.", LOMBARD Paul, MACAIGNE Pierre, OUDIN Bernard, *Le médecin devant ses juges*, Robert Laffont, 1973, p.165.

6 Le gigantisme hospitalier, la dépersonnalisation de la démarche de soins, et l'aura du chef de service public nuisent considérablement à la transmission de l'information comme le reconnaît l'Ordre des médecins. "Les médecins hospitaliers doivent veiller tout spécialement à fournir aux malades les explications nécessaires, afin d'être certain de leur adhésion aux soins prévus. Peut-être dans certains services le consentement du malade est-il un peu trop vite considéré comme acquis, au point que son opposition, si elle se manifeste, scandalise plus ou moins et prend l'allure d'une incongruité.", O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, Tome 1, p.78.

comprendre. Il faut, sur ce point, citer longuement le professeur Portes qui a développé au maximum cette analyse, en y mêlant quelques accents lyriques, qu'on peut considérer comme excessifs.

Sa démonstration commence par la présentation d'un tableau pathétique de l'homme souffrant totalement perturbé sur le plan psychologique : "*Telle la feuille morte dans le vent violent qui l'emporte, le patient est donc seul, absolument seul, dans son angoisse, son incertitude et sa douleur. (...) Je dirai qu'il n'est qu'un jouet, à peu près complètement aveugle, très douloureux et essentiellement passif ; qu'il n'a qu'une connaissance très imparfaite de lui-même ; que son affectivité est dominée par l'émotivité ou par la douleur et que sa volonté ne repose sur rien de solide, si ce n'est parfois qu'elle aboutit au choix de tel médecin plutôt que de tel autre.*" [1]

Ensuite, l'auteur prétend qu'aucune information du sujet déstabilisé [2] n'est possible : "*Face au patient, inerte et passif, le médecin n'a en aucune manière le sentiment d'avoir à faire à un être libre, à un égal, à un pair, qu'il puisse instruire véritablement. Tout patient est et doit être pour lui comme un enfant à apprivoiser.*" [3] Cette infantilisation est le comble du non-respect de la liberté du patient en même temps qu'une condescendance inquiétante. [4]

Parodiant ce style emphatique, nous pourrions affirmer que le médecin est pour le malade naufragé un phare salutaire dans la tempête, mais cette dérision n'a pas lieu d'être face à un propos qui conduit à nier la nécessité même d'un consentement du patient. "*Le consentement «éclairé» du malade, à chaque étape de ce petit drame humain, n'est en fait qu'une notion mythique que nous avons vainement cherché à dégager des faits. Le patient, à aucun moment, ne «connaissant» au sens exact du terme, vraiment sa misère, ne peut vraiment «consentir» ni à ce qui lui est affirmé, ni à ce qui lui est proposé.*" [5]

Cette analyse due à l'un des plus célèbres responsables de l'Ordre national des médecins ne remonte qu'à quarante ans, mais elle nous permet de mesurer l'étendue du chemin parcouru depuis, au profit du respect de la volonté des patients et surtout de la dignité d'autrui. Nul médecin ne se risquerait aujourd'hui à signer de telles lignes, tout au moins officiellement...

L'Ordre national des médecins a pris conscience de l'évolution nécessaire de l'information médicale, ne serait-ce que vis-à-vis des légitimes aspirations du patient dont la frustration peut être un facteur de contentieux : "*La sincérité envers le malade est une obligation fondamentale. A la confiance du malade répond la loyauté du médecin. L'information du malade est un devoir et le médecin s'emploie à faire comprendre le diagnostic, la raison des examens pratiqués, le pourquoi des traitement entrepris. Les difficultés et litiges entre médecins et malades seraient exceptionnels si cette information était toujours bien donnée.*" [6]

Or, la pratique montre que par insouciance, légèreté ou malveillance, l'information des patients est très souvent parcellaire, voire totalement absente. Le corps médical a, certes, pris ses distances avec une conception paternaliste de la médecine mais il continue à professer une grande parcimonie dans le partage de l'information médicale.

Monsieur SAURY, lui-même docteur en droit et docteur en médecine, mesure la séparation sur ce point entre juristes et médecins. "*Les médecins ont cependant toujours trouvé discutable cette nécessité juridique du consentement éclairé. Une certaine opinion médicale a prétendu même soutenir que le malade n'est généralement pas en mesure de comprendre les explications qui lui sont*

---

1 PORTES Louis, *A la recherche d'une éthique médicale*, Masson 1954, pp.158-159.

2 Il faudrait ajouter la peur aux facteurs de déstabilisation évoqués par Portes : "Bien des hommes ont réfuté la peur, et par fortes raisons ; mais celui qui a peur n'écoute point les raisons ; il écoute les battements de son cœur et les vagues de son sang.", ALAIN, *Propos sur le bonheur*, 8 décembre 1922, Gallimard NRF 1928, coll°-Idées 1977, p.8.

3 PORTES Louis, *A la recherche d'une éthique médicale*, précité, p.163.

4 Il ne faut pas s'étonner que de telles conceptions attirent des critiques violentes telle que le terme de "fascisme médical" employé par Jacques PREVAULT, *L'échec du système «administratif» d'internement des aliénés*, Thèse Droit Rennes, 1953, p.265.

5 PORTES Louis, *A la recherche d'une éthique médicale*, précité, p.170.

6 O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, p.151.

fournies étant donné leur caractère nécessairement juridique. Une telle estimation revient toutefois à considérer le malade médicalement comme un débile et juridiquement comme un incapable." [1]

Nul médecin ne conteste plus aujourd'hui le principe du devoir d'information, mais chacun s'attache à en justifier les exceptions. Or, il nous semble dangereux d'affirmer que le devoir d'information n'est qu'un dogme purement théorique et d'en conclure en pratique que le médecin apprécie "en conscience" l'exécution de ce devoir dans chaque cas d'espèce. [2] A développer les exceptions au principe, il y a un risque certain de vider le devoir d'information de son sens.

b) Les exigences du droit positif contemporain en matière d'information du patient

"Le droit est formel. Il persiste à ne pas vouloir considérer le malade comme un incapable et à juger intangible le principe de la nécessité du consentement. La jurisprudence refuse ainsi de considérer le patient comme dénué d'esprit critique et de pouvoir de décision." [3] C'est dans la jurisprudence des juridictions civiles saisies de contentieux lié au contrat médical que l'on trouve des précisions quant au contenu de l'information nécessaire.

Le médecin doit informer le patient sur le diagnostic, c'est à dire l'identification des causes de son mal et sur le pronostic, c'est-à-dire sur le devenir de son mal. L'obligation de renseignement entraîne une traduction du vocabulaire médical qui ne doit cependant pas dénaturer l'information par une excessive simplification. Il a été jugé que n'était pas fautif le médecin qui avait dit à une patiente qu'elle était atteinte d'une mucocèle *"en parlant de sinusite frontale double, donné une information simple, approximative, intelligible et loyale, pour lui permettre de prendre la décision qu'il estimait s'imposer."* [4]

Les juridictions civiles et administratives ont jusqu'à ce jour développé une jurisprudence fournie sur la notion d'obligation de renseignement. [5] Le médecin doit informer son patient sur les risques que lui fait encourir l'acte médical afin qu'il puisse choisir en connaissance de cause. *"Hors du cas de nécessité ou d'urgence absolue, le médecin est tenu, avant d'entreprendre un traitement ou de procéder à une intervention chirurgicale, d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade ; que cette obligation a pour corollaire celle de renseigner le malade sur les risques que comportent le traitement ou l'opération conseillés."* [6] Le médecin doit fournir une information : *"simple, approximative, intelligible et loyale."* [7] La jurisprudence approuve les praticiens qui informent leurs patients des risques prévisibles mais n'indiquent pas les risques exceptionnels. [8]

Il apparaît toutefois dans certaines décisions un lien entre l'intérêt thérapeutique et l'étendue de l'information. [9] Car il apparaît que l'acte médical "de confort" peut être très facilement reporté dans le temps, ce qui donne au médecin le temps d'informer et au futur patient le temps de réfléchir. *"Si les risques dont il s'agit se réalisent rarement, ils n'en sont pas moins «graves» et obligent le chirurgien à en prévenir l'intéressé, pour que celui-ci soit en mesure de se décider en pleine connaissance de cause ; Que cette obligation était d'autant plus impérieuse en l'espèce qu'il ne*

---

1 SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, p.27.

2 "Le cadre dans lequel s'expriment ces positions est un cadre humain, avec toutes les inconnues qu'il suppose. Tous les jeux y sont dangereux, autant celui du paternalisme lénifiant que celui de la vérité sans fard. Aucune attitude dogmatique n'est possible là où il ne s'agit que de cas d'espèce.", SARDELLITTI Marie-Claire, *Le consentement à l'acte médical : aspects juridiques, déontologiques et éthiques*, Thèse Médecine Nancy, 1986, p.77.

3 SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, p.28.

4 Cass.civ. 21 fév. 1961, D.1961, 534.

5 Pour une étude approfondie de la jurisprudence, cf. MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité n°518 à 545, pp.348 à 369 et RAJBAUT Benjamin, *Le rôle de la volonté en matière médicale*, précité, pp.52-64.

6 T.civ. Nice, 16 janv. 1954, D.1954, p.178.

7 Cass.civ. 21 fév. 1961, D.1961, 534.

8 Est fautif le médecin qui tait les risques "d'un traitement dont la cour a relevé qu'il occasionnait des accidents fréquents, non imprévisibles, peu graves en général, mais pouvant entraîner la mort.", Cass.civ. 8 nov. 1955, J.C.P. 1955-II-9014.

9 Surtout en matière de chirurgie esthétique, cf. infra le consentement finalisé, p.151.

s'agissait pas de donner des soins à un malade, mais des remèdes à une légère imperfection." [1] *"Le chirurgien doit informer son client avec un soin tout particulier sur les suites de l'opération et spécialement sur les risques mais aussi sur les résultats prévisibles."* [2]

La reconnaissance du devoir d'information du patient par le praticien ne se prolonge pas jusqu'à l'affirmation d'un «droit à la vérité absolue», concept que réfute unanimement le corps médical. [3] Le médecin conserve de fait un pouvoir de gestion de l'information qui lui permet de choisir la quantité, la qualité, le destinataire et le moment de l'information. Entre devoir d'information et droit à la vérité, la société contemporaine conserve, pour l'instant, la notion d'utilisation humaniste de l'information médicale qui repose principalement sur la conscience de chaque médecin.

Il faudra pourtant un jour prolonger l'évolution entreprise et affirmer que le malade a un droit à la vérité absolue. Parce que c'est son corps seul qui est en cause. La licéité de l'activité médicale repose sur la permission tacite de la loi, laquelle exige le consentement libre et éclairé du patient. Si le consultant n'est pas assuré d'entendre de la bouche du médecin toute la vérité, il ne peut être ni libre, ni éclairé.

La dérogation à l'intangibilité du corps humain est clairement définie, elle repose sur une permission légale qui subordonne la non-répression à la décision de la personne soignée. La loi rend le malade maître de son corps, sous réserve des autres conditions de licéité de l'acte médical (diplôme du soignant, but thérapeutique etc...). La loi ne confie pas au médecin la mission pastorale de veiller en bon berger sur des troupeaux de malades affaiblis.

L'information médicale n'est pas la propriété du médecin ; elle est un élément fondamental de la décision du patient, la vérité absolue est due au patient parce qu'il est présumé apte à la recevoir : il est capable. *"En refusant d'éclairer son malade, le médecin traite celui-ci comme un incapable et se substitue à lui pour prendre une décision qui n'appartient qu'au malade, même si le médecin n'agit que dans l'intérêt de celui-ci."* [4]

Le pouvoir exceptionnel de déroger à la norme générale est confié par la société aux médecins pour qu'ils soignent des personnes aptes à exprimer une volonté libre et éclairée. Si le corps médical veut conserver la confiance individuelle et collective dont parlait le Professeur Portes, il faudra affirmer tôt ou tard que, par principe, le patient a droit à toute la vérité. La vérité absolue conduit à la liberté absolue, les trop fréquentes demi-vérités ne conduisent qu'à limiter la liberté du patient.

Le médecin n'a pas, sauf exception, à être le juge des bonnes et des mauvaises informations qui concernent le malade. La difficulté du problème réside essentiellement dans l'étendue de l'exception.

2°) Silence, réticence et mensonge médical

Le médecin ne saurait être juridiquement tenu de la vérité objective à son interlocuteur pour la principale raison qu'il ne la connaît pas lui-même entièrement. Dans le domaine médical, la vérité objective n'existe pas : toute information est relative. La démarche thérapeutique est, en effet, fondée sur un raisonnement médical qui n'est pas mathématique.

Il faut donc distinguer l'information idéale et totale, que nul individu ne peut posséder ni maîtriser, de l'information stratégique que possède ou croit posséder le médecin face à un cas pathologique donné et l'information tactique. L'information tactique est celle que le médecin va

---

1 Cass.civ. 17 nov. 1969, Gaz.pal. 1970, p.49., Voir aussi Cass.civ. 22 sept. 1981, D.1982, I.R.274 note PENNEAU Jean.

2 C.A.Lyon 8 janv. 1981, J.C.P. 1981-II-19699 note CHABAS François. La Cour écarte la responsabilité civile du médecin qui a donné à sa cliente une information suffisamment exhaustive et un délai de réflexion satisfaisant en matière de chirurgie des seins.

3 Cf. VILLEY Raymond, *Déontologie médicale*, précité, p.59, et O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, p.77.

4 DALCQ Roger O., *A propos du consentement du malade*, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Pub.Un. Louvain 1982, p.297.

transmettre au malade pour atteindre le but : le meilleur soin possible. Le droit reconnaît au médecin la possibilité de masquer une partie des informations stratégiques en sa possession pour atteindre son objectif, c'est-à-dire le soin du patient.

Cela est contraire au devoir de vérité absolue que nous avons défendu ci-dessus. Pour nous l'information connue du médecin est due au patient. Sauf dans un cas, lorsque la transmission d'information peut causer un dommage au patient.

La communication au malade de l'information brute peut quelquefois être antinomique avec le but thérapeutique de l'acte médical. Il existe des vérités qui blessent le moral et la volonté du malade, et qui, par suite, risquent d'affaiblir sa capacité de résistance et d'obérer ainsi les chances de guérison. "*Chaque médecin sait que la vérité n'est pas toujours bonne à dire, car beaucoup ne sont pas en mesure de la supporter. Saint-Thomas disait déjà : «L'homme préfère un mensonge qui console à une vérité qui éclaire.» Entre l'exigence théorique juridique du consentement et le devoir humanitaire du mensonge pieux, le dilemne apparaît insoluble.*" [1]

C'est pourquoi le Code de déontologie médicale tient compte de cette exception à l'obligation d'informer les patients dans certaines circonstances. Selon l'article 42 alinéa 1 de ce Code : "*pour des raisons légitimes que le médecin apprécie en conscience, un malade peut être laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave.*" Il s'agit alors d'une faculté de non-information partielle que la déontologie fait reposer sur la seule conscience du praticien.

L'exception au principe est exagérément importante, d'autant qu'elle se distingue de l'obligation de tact qui préside à l'annonce d'une issue mortelle. L'article 42 alinéa 2 prévoit en effet : "*un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec la plus grande circonspection, mais la famille doit généralement en être prévenue, à moins que le malade n'ait préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite.*" La notion de diagnostic ou de pronostic "grave" est trop indéfinie pour guider les praticiens qui risquent de vouloir couvrir toutes les inerties et toutes les violations de leur devoir d'information derrière la permission déontologique.

La non-information doit rester l'exception et l'information le principe. Il ne s'agit aucunement de favoriser la fuite du médecin devant sa mission [2], mais de préserver la liberté du patient lorsqu'il y va de sa santé et surtout de la qualité de sa vie et par suite, de la qualité de sa mort. Priver l'individu de la vérité sur la gravité de sa maladie ou sur l'imminence de sa mort peut lui causer un immense préjudice philosophique mais aussi matériel. Le médecin commet une faute en omettant d'informer le malade condamné, ce qui le prive de sa liberté d'envisager ses funérailles ou sa succession et l'empêche de reconnaître un enfant naturel ou de désigner un tuteur à ses enfants. "*La faute peut résider aussi bien dans une révélation intempestive à quelqu'un qui n'est pas en mesure de la supporter (...), qu'en une absence de révélation à quelqu'un qui, armé pour la vivre, est en outre chargé de responsabilités sociales telles qu'elles ne lui permettent pas de s'offrit le luxe de mourir à l'improviste.*" [3]

Le Professeur HAMBURGER a démontré que l'intérêt du malade est de se battre de toutes ses forces contre la maladie et que le fait de prononcer un verdict fatal contribuait parfois à le désarmer : "*Il ne faut pas dire cette vérité lorsque le malade n'est pas en état de la recevoir et lorsqu'elle peut lui être nocive. Ce n'est pas là une position morale, mais un impératif de traitement.*" [4] Mais il faut

---

1 SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, p.28.

2 Il est évident que la mort est un constat d'échec pour le médecin qui se bat quotidiennement pour la vie. Mais c'est aussi respecter la dignité d'autrui, donc la Vie, que d'avoir le courage d'annoncer la venue de la mort. Sans quoi les caustiques gloseront : "Si l'on disait jadis «menteur comme un arracheur de dents», convenons que la palme reviendrait de nos jours aux cancérologues.", LOMBARD Paul, MACAIGNE Pierre, OUDIN Bernard, *Le médecin devant ses juges*, précité, p.164.

3 RASSAT Michèle-Laure, *La révélation médicale*, chron. D.1989, p.107. Au sujet de la question du secret médical et de la révélation du contenu du dossier médical. L'auteur affirme que le secret est imposé à l'égard des tiers mais pas vis-à-vis de l'intéressé. "La loi fonde, en la personne du client le secret, et ce dernier est bien la chose du malade aussi bien lorsqu'il la confie expressément au praticien que lorsqu'il lui permet de la déterminer par l'examen de sa personne", p.108.

4 HAMBURGER Jean, *La puissance et la fragilité*, Flammarion 1972, p.106.

prendre garde au fait que le corollaire de cette constatation est que le malade qui est laissé dans l'ignorance de la gravité de son mal ne peut pas se préparer lucidement à la bataille. [1] L'information qui assomme et la non-information qui engourdit sont des comportements également anti-thérapeutiques. "*Le médecin ne doit pas se laisser entraîner, par son souci de loyauté, à une révélation qui brutalement détruirait tout espoir. (...) Le médecin peut quelquefois être obligé de mentir par humanité.*" [2]

Pour déroger au principe de l'obligation d'information et tolérer une non-information partielle, il faut donc démontrer que cette exception a une valeur thérapeutique. Ceci qui implique forcément que ne sont tolérables que les silences et mensonges "optimistes", utiles à l'intérêt de la santé individuelle du patient. [3] Les recueils de jurisprudence sont heureusement fort dépourvus d'exemples de mensonges médicaux avérés. Il se trouve pourtant une affaire exemplaire en la matière parce que l'affirmation d'informations contraires à la vérité émanait d'un médecin de bonne foi.

Consulté par une patiente présentant certains symptômes d'une affection cancéreuse, le Dr. C. fit procéder successivement à deux biopsies qui s'avérèrent toutes deux négatives. Persuadé de la validité de son diagnostic, il déforma la réalité des résultats en falsifiant les compte-rendus d'analyses pour les conformer à sa conviction. Au vu des informations présentées, la patiente entrepris le traitement radiothérapique prescrit, ce qui lui causa un préjudice dont elle demanda ensuite réparation.

Les expertises firent alors apparaître le travestissement de la vérité en démontrant le mensonge médical. [4] "*Attendu, qu'après avoir énoncé «qu'il n'est pas contesté par C. lui-même que c'est bien pour décider dame R. à accepter le traitement proposé qu'il a, dans ses déclarations à sa cliente, falsifié les résultats de l'analyse du laboratoire», l'arrêt retient à bon droit, pour décider que ce fait constitue déjà de sa part une faute grave, «que le mensonge consistant, non pas à dissimuler la gravité du mal mais à faire croire au client que les symptômes de son mal sont beaucoup plus sérieux que ceux réellement observés, ne saurait être justifié, à moins de circonstances tout à fait exceptionnelles qui, en l'espèce, ne sont pas établies (...)». Qu'après avoir, en outre, relevé à la charge du Dr C. «l'autre mensonge, encore moins explicable et beaucoup plus injustifiable par lequel il a dissimulé le résultat favorable des biopsies, ou tout au moins de la seconde, au professeur A. lui même et a donné sur cette analyse à son confrère, comme à dame R. des précisions scientifiques susceptibles de justifier le traitement, mais qu'il savait être inexactes.*»" [5] La Cour de cassation approuva à juste titre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris [6] qui avait condamné le praticien à indemniser la patiente du préjudice résultant pour elle du traitement pratiqué à tort.

Le mensonge est ici une tromperie à l'encontre des droits de la victime. L'obligation d'information qui pèse sur le praticien lui impose d'être loyal. Si le droit tolère, par exception, que le médecin use de demi-vérités et limite volontairement ses explications, cela ne peut être que dans le sens de l'optimisme. Noircir la situation pour "extorquer" le consentement du patient, c'est nier sa liberté de consentir en faisant peser sur lui une pression externe décidée par le seul médecin.

---

1 Le médecin doit arbitrer entre l'importance de la lucidité et le danger de la crainte : "Celui qui sait qu'il est malade et qui le sait d'avance d'après l'oracle du médecin, se trouve deux fois malade. Je vois bien que la crainte nous conduit à combattre la maladie par le régime et les remèdes ; mais quel régime et quels remèdes nous guériront de craindre ?", ALAIN, *Propos sur le bonheur*, 5 mars 1922, Gallimard NRF 1928, coll°-Idées 1977, p.24.

2 VILLEY Raymond, *Déontologie médicale*, précité, p.59.

3 Nous renversons donc le principe exprimé par M.MEMETEAU : "On doit penser que le médecin, le chirurgien-dentiste, la sage-femme, ne sont tenus de dévoiler à leur client qu'une vérité utile.", MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°527, p.356. Pour nous le médecin doit toute la vérité, et ne peut retenir une information, ou dénaturer la réalité, que si cette exception à l'obligation d'éclairer le patient est médicalement utile pour la santé du sujet.

4 Le mensonge avait plongé le Dr C; dans une spirale infernale puisqu'il avait transmis les résultats falsifiés au professeur A. appelé en consultation par la demanderesse.

5 Cass.civ. 28 déc. 1954, D.1955, p.249, note René SAVATIER.

6 C.A.Paris 7 mars 1952, D.1952, p.367.

Enjoliver la situation pour ne pas nuire est exceptionnellement possible, falsifier la réalité pour sauver autrui, y compris contre sa volonté, est inadmissible. Si l'on veut respecter la liberté de chacun de choisir d'être ou non soigné, cela ne peut se faire qu'en lui présentant la réalité. Quelques retouches peuvent être tolérées si la vision du tableau est dangereuse ; mais dénaturer sciemment le fruit de l'observation pour arracher l'adhésion est fautif. [1]

L'annonce, au cours de l'année 1991, que deux urologues toulousains [2] étaient soupçonnés d'avoir falsifié des résultats d'analyse de vessies pour les déclarer cancéreuses et prescrire des opérations, montre que de tels comportements peuvent toucher des médecins talentueux, y compris parmi les plus réputés.

Il faut y voir deux explications. La première est purement mercantile : il s'agit alors de faire des actes, d'amortir le matériel et les investissements en rentabilisant la plate-forme médicale. Accomplir un acte médical en l'absence de tout objectif thérapeutique est à l'évidence illicite par défaut de but curatif. [3] De plus, le mensonge est une violation des règles sur le consentement libre et éclairé.

La seconde explication est plus subtile car elle montre une certaine dérive de la mission médicale. Le médecin de bonne foi risque, en effet, de se laisser entraîner par ses sentiments en dépit de faits objectifs contraires à son opinion. La tentation est forte d'utiliser son pouvoir pour faire plier les signes apparents et les faire entrer de force dans le cadre du raisonnement qu'il a dessiné. «Malgré les résultats négatifs, je suis persuadé que vous avez un cancer. Pour que vous acceptiez de vous soigner, je vous dis que les analyses sont positives et prouvent que la tumeur est maligne, moyennant quoi, vous êtes le patient que j'ai décidé et je suis un bon médecin puisque je vous soigne bien.»

Tel pourrait être le raisonnement inconscient d'un thérapeute altruiste. Croyant qu'il a raison, il a les moyens scientifiques de créer les apparences de vérité en donnant des informations erronées ou en triant les données objectives pour ne retenir que celles qui étayent sa vérité. Le président Louis René condamne un tel comportement : "*le consentement libre et éclairé est une notion un peu abstraite, mais personne ne pourrait accepter qu'on donne une information fausse à un malade pour le pousser à faire quelque chose qu'il ne souhaite pas.*" [4]

La difficulté vient du fait que très souvent le patient s'en remet entièrement au praticien pour la décision de ce qu'il faut faire. Cette confiance aveugle existe parfois et elle est respectable si elle résulte d'un choix libre d'une personne qui peut souhaiter ne pas être éclairée. Mais elle ne doit pas devenir la règle : le consentement du patient ne doit pas être présumé.

Aussi est-il dangereux d'affirmer : "*Même quand il s'efforce de se décharger du choix sur le malade et sa famille en leur fournissant le plus grand nombre possible de données propres à les éclairer, c'est neuf fois sur dix au médecin que finira par revenir ce choix. De même, on n'imagine guère le pilote d'un avion de ligne en difficulté discuter efficacement avec les passagers des décisions à prendre.*" [5] C'est oublier que le passager a le choix du moyen de transport, de la

---

[1] Pour comparer avec le droit applicable aux biens patrimoniaux, on peut dire que le prestataire de service peut faire l'article et présenter la réalité sous un jour favorable mais qu'il lui est interdit de répandre de fausses nouvelles ou de pratiquer des manœuvres frauduleuses pour se faire remettre une adhésion. L'escroquerie au consentement à l'acte médical doit être interdite.

[2] L'affaire des Drs Pierre Léandri et Georges Rossignol n'a encore donné lieu à aucun jugement sur le fond. Ils ont tous deux été inculpés de faux, usage de faux, escroquerie et coups et blessures volontaires par Alain Billaud, juge d'instruction du T.G.I. de Toulouse, le 11 décembre 1991. Le Dr Rossignol qui avait été incarcéré en détention provisoire a été remis en liberté en janvier 1992. Il reste toutefois sous le coup d'une mesure d'interdiction d'exercice prononcée par le juge Billaud le 25 mars 1992. Cf. Le Monde 13 déc. 1991, p.13, et 27 mars 1992, p.18. LAVAL Gilles, *Le bloc prison pour l'un des deux chirurgiens de Toulouse*, Libération 23 déc. 1991, p.25. Pour un exemple de dérapage journalistique outrancier cf. PALAT Philippe, *Prostate Business, récit du roman noir de la médecine*, L'Idiot International 28 déc. 1991, p.2.

[3] Cf. infra Titre 2, Chapitre 1, le but de l'acte, p.157 et s.

[4] RENE Louis Dr., *Il faudrait une pensée européenne en matière de morale médicale*, Le Médecin de France, 1991, n°642, p.6.

[5] HAMBURGER Jean, *La puissance et la fragilité*, précité, p.104.

compagnie, du vol et surtout de la destination. Nul ne conteste la liberté du médecin de choisir seul dans les hypothèses d'urgence absolue. Mais, en dehors des cas d'urgence, il doit la vérité, sauf lorsqu'il peut prouver que cette information est nuisible pour la santé du malade, ce qui ne doit pas être présumé.

C) Un consentement "finalisé"

La volonté de la victime d'une atteinte à l'intégrité corporelle n'a aucun effet, en tant que telle, sur la responsabilité pénale de l'auteur de cette atteinte. Si le consentement du patient est un élément nécessaire pour la licéité de l'acte médical, c'est parce que cet acte a une finalité légitime, reconnue par le droit. De même que le consentement du malade à un acte médical accompli par un non-médecin ne rend pas cet acte licite et n'absout pas l'auteur du délit d'exercice illégal de la médecine, de même le consentement à un acte qui n'aurait pas de finalité thérapeutique laisserait son auteur pénalement répréhensible.

Le droit ne donne pas au patient la liberté de signer un "consentement en blanc" à toute atteinte à son intégrité corporelle. Le droit ne permet pas au médecin d'accepter des blanc-seings de la part des malades. "*Le consentement serait également inefficace si la victime, au lieu de consentir à un fait précis, déterminé à l'avance, voulu par elle-même et l'auteur de l'acte, acceptait simplement le risque de blessures involontaires.*" [1] C'est ce qui se traduit dans le domaine contractuel par l'obligation juridique selon laquelle le contrat doit avoir une cause licite : ici, un but curatif.

La licéité de l'activité médicale repose presque exclusivement sur ces conditions : compétence, consentement et but curatif : "*Une intervention chirurgicale (ou tout acte médical) susceptible d'améliorer l'état de santé de quelqu'un ne peut pas lui être imposée si l'intéressé ou ses ayants droits la refusent ; mais l'acceptation de cette intervention donne alors au praticien le droit de faire tout ce qu'il estime utile, voire de procéder à une mutilation ou amputation nécessaire. La contre partie de ce pouvoir véritablement discrétionnaire du médecin sur le corps humain est en revanche très stricte : la prestation de soins doit être assurée dans l'intérêt exclusif du malade. Le droit de tout faire pour le praticien est limité par le devoir de ne faire que ce qui est justifié par l'état de son malade. (...) La cause du contrat médical est donc l'intérêt exclusif du malade. Si l'objectif est détourné de cette finalité, la cause du contrat cesse d'être légitime.*" [2]

Ce raisonnement est directement transposable sur le plan pénal à l'expression de la volonté du patient : l'assentiment à l'acte médical. Le consentement de la victime n'est pas, à lui seul, un fait justificatif des infractions pénales contre l'intégrité corporelle. Lorsque le droit organise des dérogations à l'intangibilité du corps humain, le consentement de la personne est nécessaire pour pouvoir toucher au corps. Le médecin ne peut donc accomplir licitement un acte médical qu'avec le consentement du patient et dans un but curatif.

Il n'y a pas de définition exhaustive des informations que le médecin doit fournir au patient qui sollicite un acte médical parce que cette obligation de renseignement est variable et doit être adaptée à chaque acte médical. [3] Cette affirmation se vérifie en particulier dans le domaine de l'information sur les risques inhérents à l'acte projeté. "*Plus les risques croissent au détriment des avantages, plus l'information doit être complète, ce qui implique alors un consentement totalement libre et éclairé de la part du malade.*" [4]

---

[1] DOUBLIER Roger, *Le consentement de la victime*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz 1956, p.202.
[2] SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, pp.37-38.
[3] Sauf en matière d'I.V.G., de prélèvement d'organe in vivo, et d'expérimentation. cf. infra 2ème Partie, Titre 1.
[4] BOUVIER Françoise, *Le consentement à l'acte thérapeutique : réalités et perspectives*, précité, n°3.

La Cour de cassation est particulièrement exigeante sur l'information des patients dans le domaine de la chirurgie esthétique en raison de l'affaiblissement de l'objectif thérapeutique. L'acte étant moins indispensable [1] l'information doit être quasi-exhaustive [2], y compris en ce qui concerne les risques les plus rares de telles interventions. "*Le risque : il doit être minutieusement pesé et le chirurgien est tenu d'avertir le patient du moindre risque, fût-il exceptionnel et non pas seulement du risque rare et normalement prévisible comme en chirurgie de soins.*" [3]

Il y a donc une sorte de péréquation entre l'intérêt thérapeutique et l'étendue de l'obligation d'information. Moins l'acte est nécessaire, plus l'information doit être exhaustive et le consentement éclairé : "*Bien que l'acte soit ordinaire, bénin, l'obligation de renseignement n'est point écartée. Lorsqu'il est plus rare, plus dangereux, l'accord doit être «réfléchi», ce qui implique une information et un conseil approfondis. De plus, si l'intervention n'est pas immédiatement requise par l'état de santé du sujet, l'obligation d'information est « renforcée».*" [4]

L'acte médical ordinaire exige le consentement libre et éclairé de celui qui en est le sujet "passif", le patient, hormis les rares hypothèses où il est licite de s'en passer. Le prolongement naturel de cette affirmation doit être l'exposé des sanctions encourues par le médecin, sujet actif de l'acte médical, qui pratique en dépit ou en violation de l'exigence de consentement libre et éclairé.

§3) La sanction de l'absence de consentement en droit pénal

Le Code pénal ne contient aucune incrimination pénale spécifique pour protéger la liberté des patients face aux traitements médicaux non-consentis. C'est ce que constatait déjà la doctrine au début de ce siècle : "*Il n'y a pas dans l'état actuel de la grande majorité des législations pénales positives, et particulièrement de la loi française, de texte visant spécialement l'hypothèse d'un traitement médical ou d'une opération chirurgicale effectués soit sans le consentement du patient, soit au mépris de son refus justifié.*" [5]

L'absence d'incrimination spécifique a amené les juridictions parfois saisies de poursuites pénales contre des médecins sur le fondement de l'absence de consentement libre et/ou éclairé à rejeter la prévention, pour défaut de base légale, conformément au principe de la légalité criminelle. "*Attendu que l'avertissement préalable constituant une obligation professionnelle d'ordre général, antérieur à l'intervention médicale ou chirurgicale et distinct de celle-ci, le manquement à une telle obligation ne saurait justifier une poursuite devant la juridiction répressive aux termes de l'article R.40 du Code pénal qui concerne nécessairement les seuls défaillances du praticien dans l'exécution des soins qu'il a accepté de donner au malade.*" [6]

Il faut donc admettre que l'intérêt objectif de la santé du malade prime sur le respect de sa volonté puisque le fait de le tromper n'est pas punissable en soi. "*Le mensonge du médecin ne tombe sous la sanction civile soit pénale qu'autant qu'il a été préjudiciable au malade.*" [7] Un acte médical

---

[1] Pour un cas d'opération comportant une autogreffe de peau avec changement en cours d'intervention de la zone de prélèvement du greffon, sur la cuisse au lieu de l'aine. "S'agissant d'une intervention qui n'était imposée par un caractère d'urgence ou par un danger immédiat pour la patiente et qui comportait une importante mutilation dont celle-ci n'a pas été avisée, que Mme Y n' a pas bénéficié de la totale information qu'elle était en droit d'exiger et que son consentement n'a pas été éclairé.", Cass.civ. 14 janv. 1992, J.C.P. 1993-II-21996 note DORSNER-DOLIVET Annick.

[2] "Attendu que le chirurgien esthétique doit donc plus que tout autre informer très exactement son client de tous les risques inhérents à l'opération qu'il conseille et des séquelles qui peuvent en subsister notamment des séquelles cicatricielles visibles inévitables avec la possibilité de les améliorer par une intervention ultérieure, ce devoir d'information ne cessant pas avec l'achèvement de l'acte opératoire.", C.A.Lyon, 8 janv. 1981, J.C.P. 1981-II-19699, note CHABAS François.

[3] ROUGE Daniel, ARBUS Louis et COSTAGLIOLA Michel, *Responsabilité médicale. De la chirurgie à l'esthétique*, Arnette éd°, 1992, p.108.

[4] MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°523, pp.351-352.

[5] GARRAUD Pierre et LABORDE-LACOSTE Marcel, *Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale*, Revue générale du droit, 1926, p.200.

[6] Cass.civ. 17 nov. 1969, Gaz.pal. 1970, 1, p.49.

[7] SAVATIER René, note sous Cass.civ. 28 déc. 1954, D.1955, p.249.

pratiqué sur un patient qui n'a pas exprimé un consentement libre et/ou éclairé ne constitue pas une faute pénale punissable au titre des infractions volontaires par défaut de texte d'incrimination, s'il n'y a pas eu de suites dommageables. Cet état du droit est regrettable.

En est-il autrement lorsque le patient peut invoquer un préjudice du fait de l'acte médical ? Y a-t-il une faute psychologique proche des notions de "maladresse, imprudence, inattention ou négligence", au sens des articles 319 et 320 du Code pénal ? La jurisprudence refuse cette argumentation au nom de l'absence de lien de causalité entre le non-respect du consentement et le préjudice. [1] Pourtant la caractérisation de la faute ne pose pas de problème puisque l'article 319 du Code pénal englobe dans les comportements prohibés "l'inobservation des règlements" et que le nouveau Code pénal envisage "le manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement." [2] Le Code de déontologie étant un décret, le non-respect de la volonté du patient constitue la violation de l'obligation déontologique réglementaire. Mais, il est impossible de prolonger l'analyse car l'absence de consentement libre et éclairé n'est pas à l'origine directe du dommage.

Donc, ou bien en plus du défaut de consentement, il y a une faute opératoire et c'est elle le fait générateur du dommage ; ou bien, il n'y a pas de faute "technique" et la seule faute psychologique qu'est l'acte sans consentement préalable ne peut être source de responsabilité. "*Le défaut de consentement ne peut faire l'objet d'une poursuite pénale. Seules peuvent être sanctionnées pénalement les défaillances du praticien concernant les examens préparatoires, l'opération elle-même et les soins post-opératoires.*" [3]

L'entrée en vigueur du nouveau Code pénal modifiera peut-être l'état du droit puisqu'il prévoit une nouvelle infraction : le délit de mise en danger d'autrui indépendamment de tout dommage : "*Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende*". [4] Pour appliquer ce texte aux médecins négligeant volontairement de respecter la volonté des patients, il faudra, au préalable, persuader les magistrats que l'obligation déontologique de respect du consentement est une obligation de prudence, ce qui n'est, pour l'heure, pas certain. Si l'obligation déontologique de respect de la volonté du patient était analysée comme une obligation réglementaire de prudence, le nouveau délit de mise en danger pourrait s'appliquer.

Le nouveau Code pénal incrimine toutefois deux comportements médicaux irrespectueux du consentement. Il s'agit de l'avortement et de l'expérimentation non consentis. "*L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000F d'amende.*" [5] "*Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche*

---

1 "Attendu que ce comportement du chirurgien, dans lequel les experts voient «une faute psychologique» ne pourrait servir de fondement à une condamnation dans le cadre de l'article 320 du code pénal.", Rouen 17 déc. 1970, D.1971, p.152.

2 "Le fait de causer à autrui, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende. En cas de manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500000 F d'amende." Art. 221-6 N.C.pén. "Le fait de causer à autrui, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende. En cas de manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, les peines encourues sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 300000 F d'amende."Art.222-19 N.C.pén.

3 GOMBAULT A., *Absence de consentement et faute pénale*, Conc.Méd.1970, p.3003.

4 Art.223-1 N.C.pén.

5 Art.223-10 N.C.pén.

biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur dans les cas prévus par les dispositions du Code de la santé publique est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000F d'amende. Les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche biomédicale est pratiquée alors que le consentement a été retiré." [1]

Ces infractions nouvelles montrent la volonté du législateur de protéger la liberté de décision des individus dans le domaine médical. Elles pourraient servir de modèle pour une simple extension de la protection légale à tous les actes médicaux accomplis : "*sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'individu*".

Il faut d'ailleurs signaler que le législateur protège mieux l'exigence du respect du consentement des personnes à l'égard des atteintes aux biens qu'à l'égard des atteintes au corps. "*L'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, pour obliger ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 2 500 000 F d'amende.*" [2] Cette infraction s'intègre dans le chapitre "de l'escroquerie et des infractions voisines" et elle n'a pas vocation à protéger l'intangibilité du corps humain. Il faut le regretter, car dans l'hypothèse d'un abus de confiance "moral", aboutissant à escroquer une personne vulnérable d'un consentement à un acte médical, le Code ne prévoit pas expressément de sanctions.

La répression peut toutefois se fonder sur le défaut de fait justificatif résultant du défaut de consentement. Si, comme nous le pensons, le consentement est une des conditions nécessaires à l'établissement d'un fait justificatif médical, il faut en déduire que le non-respect des règles sur le consentement rend l'acte illicite et permet d'envisager des poursuites pénales. " *(...) le cas où le remède est ingéré par la force, alors que le malade ou ses représentants ont refusé son emploi : pareille circonstance constitue certainement une «violence» ou une «voie de fait» au sens très large que la doctrine et la jurisprudence donnent à ces mots.*" [3]

Le médecin qui commet un acte objectivement infractionnel devrait voir disparaître la protection juridique apportée par le fait justificatif lorsqu'il agit sans respecter l'exigence d'un consentement libre et éclairé du patient. Le médecin qui soigne un malade sans que celui-ci soit volontaire est exactement comme le thérapeute non diplômé ou le praticien agissant sans but curatif. Le consentement étant une des conditions fondamentales du régime pénal extra-ordinaire qui profite au médecin, l'absence de consentement doit rejeter le praticien dans le camp des délinquants "ordinaires".

---

[1] Art.223-8 N.C.Pén.
[2] Art.313-4 N.C.pén.
[3] GARRAUD Pierre et LABORDE-LACOSTE Marcel, *Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale* , Revue générale du droit, 1926, p.205.

Conclusion du Chapitre 2

Finalement, si le corps humain est protégé contre toute atteinte en vertu du principe d'intangibilité ou d'inviolabilité, cela ne signifie pas qu'il est illicite en toutes circonstances de "toucher" au corps humain. Entre l'immutabilité totale et l'entière libre disposition du corps, il existe le moyen terme de l'intangibilité qui repose sur un principe général d'interdiction des atteintes au corps mais tolère quelques dérogations, lesquelles sont essentiellement fondées sur le respect de la volonté de la personne et liées à son intérêt.

La seule volonté de la personne ne peut pas suffire à rendre licite l'acte qui est prohibé par la norme pénale générale, car le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif. Mais les différentes sources du droit médical montrent que la volonté de la personne est incontournable lorsqu'on veut porter atteinte à son corps de manière licite. Le consentement de la personne est une composante de la justification.

Dans le domaine médical, cela signifie :

- que le consentement du soigné est insuffisant pour justifier le soignant qui contrevient à la loi pénale (euthanasie, stérilisation, mutilation, etc...)
- que le consentement du soigné est nécessaire pour permettre une atteinte à son corps (autant pour l'adhésion à la relation médicale globale que pour l'assentiment à chaque acte médical).

Sur le plan pénal, le consentement de la personne à l'acte médical est insuffisant pour justifier le médecin, mais le consentement est une des conditions du fait justificatif de permission implicite de la loi.

Une incrimination générale du non respect de la volonté de la personne en matière médicale est souhaitable.

Conclusion du Titre 1

La société délègue à certains professionnels des pouvoirs exorbitants du droit commun pour accomplir la mission médicale socialement utile. La permission légale de porter atteinte à l'intégrité d'un corps humain dans le cadre de l'activité médicale repose principalement sur des conditions liées aux personnes.

Le délégataire de la confiance de la société est un praticien compétent dont la formation initiale est validée par un diplôme qui constitue un "permis de soigner". L'exercice de la médecine est soumis à une seconde condition de licéité qui est l'appartenance au corps médical. Le contrôle permanent de la profession et des professionnels est confié à l'Ordre des médecins qui a les pouvoirs de police lui permettant d'exclure un praticien défaillant, en lui retirant son "permis de soigner". "*Le médecin seul, peut, de par son ministère, travailler le corps de l'homme. Nous croyons même que c'est surtout en ces termes que se caractérise l'exercice privilégié de la médecine, depuis que les progrès de la science ont dépassé le cadre de l'ancienne définition, qui résumait simplement l'acte médical en l'art de guérir.*" [1]

Le bénéficiaire de l'organisation de la médecine est le malade dont la loi pénale protège l'intégrité par le principe de l'intangibilité ou de l'inviolabilité du corps humain. Nul ne peut disposer librement de son corps au point d'annihiler le principe. Les exceptions au principe d'intangibilité résultent de permissions légales, ou exceptionnellement coutumières, qui exigent le respect de la volonté du sujet.

Le non-respect des conditions de licéité de l'acte médical définies par la permission implicite de la loi rend l'auteur de l'acte pénalement punissable par défaut de fait justificatif, sur la base des

---

[1] SAVATIER René, *De sanguine jus*, D.1954, chron., p.141.

incriminations ordinaires. Mais la licéité de l'acte médical ne repose pas que sur des conditions liées aux personnes, du soignant et du soigné (Titre 1). Parce que la société toute entière est concernée par la notion d'intangibilité du corps humain, les dérogations à ce principe ne reposent pas uniquement sur la compétence du soignant et la volonté du soigné. Ces deux personnes physiques ne peuvent pas déroger librement et absolument au principe de prohibition des atteintes au corps. "*Le respect dû au corps humain ne fournit pas seulement à l'individu les moyens de s'opposer à toute atteinte corporelle venue du dehors et à assurer notamment la défense des libertés publiques. Il peut aussi intéresser l'individu lui-même dans ses relations avec son propre corps et créer un obstacle à ce qu'il puisse en disposer.*" [1]

Il apparaît que ne sont pénalement justifiés que les actes conformes à la finalité de la fonction médicale.

C'est pourquoi la permission légale implicite connaît également des conditions de justification pénale de l'activité médicale liées aux actes accomplis par le soignant (Titre 2).

[1] SAINT-ALARY Robert, *Les Droits de l'Homme sur son propre corps*, Ann.Fac.Toulouse, 1958, p.68.

Titre 2 : Les conditions de justification relatives aux actes accomplis

Il ressort de l'étude des civilisations l'idée que celui qui fait fonction de médecin est avant tout un thérapeute qui a une mission de soutien et surtout de restauration de la santé humaine. Bien que les définitions de la santé et de la maladie soient variables et évolutives, il est indéniable que le thérapeute a pour fonction d'aider autrui à retrouver un équilibre perdu. [1] La mission médicale est avant tout altruiste. [2] Le médecin moderne est un professionnel de la santé qui offre ses moyens scientifiques et techniques à l'individu dont l'état de santé est perturbé. Parmi tous les actes accomplis par les médecins sur le corps de leurs patients, l'immense majorité est destinée à rétablir la santé. Il existe toutefois des actes médicaux accomplis dans un autre but, notamment les actes à but expérimental, à but pédagogique et à but expertal, ainsi que certains actes particuliers d'atteinte à l'intégrité du corps, spécifiquement attribués par la loi à la compétence du médecin.

La mission confiée par la société aux médecins comporte une définition générale : l'acte médical par nature, qui consiste à prendre "*part habituellement (...), à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies ou d'affections chirurgicales, congénitales ou acquises, réelles ou supposées*" [3] Mais la loi a confié au monopole des médecins des actes médicaux très éloignés de notion de maladie, tel que l'I.V.G. [4] Tout acte médical n'est pas curatif, mais tout acte curatif est de par l'instauration du monopole médical, un acte médical.

Pour rendre licite une atteinte à l'intégrité du corps humain, il faut démontrer que l'acte d'atteinte a été accompli dans un but thérapeutique (chapitre 1), qu'il a été l'objet d'un choix thérapeutique stratégique (chapitre 2) et que son exécution a respecté des normes de qualité (chapitre 3).

---

1 "Chaque société possède ses agents mandatés pour reconnaître la nature de la déviance : ils décident si tel individu est possédé du démon, dominé par un dieu, empoisonné, puni pour ses péchés ou victime d'un sort jeté par une sorcière. Les agents en question peuvent appartenir à l'ordre juridique, religieux, militaire ou médical. (...) La définition de la déviance varie d'une culture à l'autre. Chaque civilisation crée ses propres maladies. Ce qui dans l'une est maladie peut être crime, manifestation de sainteté ou péché dans une autre.", ILLICH Ivan, *Némésis médicale*, Points-Seuil 1981, pp.77-78.

2 Il n'est pas ici question des actes secondaires, dérivés de l'activité médicale principale et qui concernent en particulier les rapports financiers entre médecin et patient.

3 Art. L.372-1°, al.1 C.S.P. Cet article qui punit l'exercice illégal de la médecine permet, a contrario, de savoir ce qu'est l'exercice licite de la médecine. Il renvoi d'une part à la définition de l'acte médical par nature, d'autre part, à l'arrêté ministériel du 6 janvier 1962, "fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins".

4 "Attendu, outre qu'il est des actes qui par leur nature même ont un caractère éminemment médical et donc ne peuvent être accomplis que par un docteur en médecine, que la loi du 17 janvier 1975 a inséré dans le code de la santé publique des nouvelles dispositions dont l'art.L.162-2 qui stipule que l'interruption volontaire de grossesse ne peut être pratiquée «que par un médecin» ; qu'ainsi, concurremment à l'art. L.372-1 C.santé publique, qui renvoie à des arrêtés ministériels pour déterminer les actes devant être considérés comme médicaux, une nouvelle disposition du même code prévoit que, d'une façon directe et sans l'intermédiaire d'un arrêté ministériel, l'interruption volontaire de grossesse est un acte que seul un médecin peut accomplir.", T.G.I. Aix-en-Provence, 10 mars 1977, D.1978, p.16. Le commentateur critique sévèrement la décision. "L'interruption de grossesse est une intervention peu compatible avec les fins mêmes de la médecine. D'un point de vue strictement juridique, l'avortement ne saurait s'analyser en un traitement, ni la grossesse en une maladie. Faut-il alors retenir la notion de diagnostic, (...), il y aurait trop d'artifice à ramener l'avortement à la seule reconnaissance de la grossesse.", ROUJOU de BOUBEE Gabriel, note sous T.G.I. Aix-en-Provence, 10 mars 1977, D.1978, p.18.

Chapitre 1 : L'exigence d'un but thérapeutique

Le désir de guérison est par excellence le but de l'acte médical pour le médecin et le patient. Mais il faut rappeler que le malade a le choix de préférer la maladie à la santé, comme chacun a le choix de préférer la mort à la vie.[1] Le patient peut licitement ne pas vouloir guérir. Une fois acquise la certitude que le patient veut être soigné médicalement, il faut définir ce qui est un acte thérapeutique.

Pour être thérapeutique ou curatif, un acte médical doit consister à vouloir apporter un "plus" à la santé de l'individu directement concerné. Aucun acte médical n'est entrepris sans que son auteur ne pense qu'il ait une utilité. Mais certains actes médicaux ont des finalités distinctes de la finalité thérapeutique car ils n'ont pas d'intérêt pour la santé du sujet traité. C'est le cas de l'acte à visée pédagogique, de l'acte strictement expérimental et de la mission expertale qui n'ont aucun intérêt pour la santé personnelle du sujet de l'acte. Bien qu'ils supposent des atteintes à l'intégrité physique, constitutives d'infractions pénales, ces actes médicaux non curatifs peuvent être pénalement justifiés par le jeu de faits justificatifs spécifiques. Les lois qui autorisent l'enseignement clinique et l'expérimentation, la requête du magistrat qui sollicite l'expertise sont les sources de justification pénale puisque les faits infractionnels sont alors ouvertement "*ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime*". [2]

Après avoir montré que la finalité thérapeutique est un des éléments de justification de l'activité médicale (section 1), il conviendra de définir la notion pour en délimiter le contenu (section 2).

Section 1 : La finalité thérapeutique : élément partiel de la justification

Le droit pénal accorde une grande importance à la psychologie des justiciables, ce qui amène le juge pénal à analyser parfois le cheminement intellectuel du délinquant pour en tirer des conséquences juridiques. Les notions de démence, d'imprudence, de préméditation, de provocation etc..., supposent que l'on examine avec attention l'état psychologique du prévenu. Or, le droit pénal prend parfois en compte le but que poursuivait l'agent pour justifier son action (§1). Il apparaît ainsi qu'il existe une justification pénale de l'atteinte à l'intégrité corporelle, accomplie dans un but thérapeutique (§2).

§1) Justification pénale et prise en compte du but de l'agent

Le droit criminel distingue avec précision les différentes représentations psychologiques des délinquants. C'est pourquoi il faut distinguer le but, l'intention et le mobile (A) avant d'étudier les liens entre les notions de fait justificatif et de but (B).

A) Distinctions entre but, intention et mobile

Il est essentiel de distinguer les différentes manifestations de la volonté humaine non seulement dans un souci de clarification mais encore pour analyser les qualifications juridiques proposées. Plusieurs expressions juridiques se réfèrent à la volonté du délinquant, soit pour comprendre, soit pour punir. Nous voudrions démontrer que pour une infraction commise,

---

[1] Cf. supra Titre 1, le consentement "Même les atteintes au corps humain qui sont généralement considérées comme bénéfiques ne peuvent être infligées aux malades contre leur gré. Chacun a, en principe, la liberté de choisir entre sa maladie et l'état de patient, voire de personne guérie.", ATIAS Christian, *Droit civil, les personnes, les incapacités*, P.U.F. Droit fondamental, 1985, p.23.

[2] Art.327 C.pén. et avec une rédaction très proche art.122-4 N.C.pén.

l'intention est la conscience que le délinquant a de commettre une infraction, le mobile en est la motivation personnelle et subjective (1°) et le but la finalité objective (2°).

1°) L'intention et le mobile

La loi distingue les infractions intentionnelles ou volontaires et les infractions non-intentionnelles ou involontaires. Le dol général est le critère de différenciation. "*D'après une définition doctrinale classique,* [ce dol est le] *fait d'accomplir les agissements matériels incriminés par la loi, en connaissance de cette incrimination.*" [1] Le législateur n'a pas défini strictement la notion d'intention et utilise indifféremment des termes comme volontairement, sciemment, de mauvaise foi, frauduleusement, à dessein, pour signifier que le délinquant doit avoir la connaissance et la volonté de violer la norme pénale. "*Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger de la personne d'autrui.*" [2]

En matière d'atteinte à l'intégrité physique, les infractions volontaires ou intentionnelles sont des hypothèses de violences que l'individu a commis consciemment, même s'il n'a pas souhaité les conséquences de ces violences. Il a ainsi été jugé que le fait de repousser brutalement un homme qui tombe à terre, puis de lui rouler sur le bras sans s'en rendre compte, était constitutif de l'infraction de coups et blessures volontaires. [3] Parce qu'il suffit de vouloir l'acte générateur du dommage et non de vouloir le dommage. L'élément intentionnel de l'infraction de coups et blessures volontaires est donc démontré dès lors que le prévenu a conscience de commettre une violence à l'égard d'autrui.

L'intention doit être nettement distinguée des mobiles. Le mobile est le "*motif variable d'un individu à l'autre dans un même type d'acte, qui pousse une personne à agir; but qu'elle poursuit ; la considération décisive dans sa pensée.*" [4] Les mobiles sont par nature liés à la subjectivité psychologique de chaque individu. La découverte et la compréhension des mobiles du délinquant peuvent, certes, avoir un rôle essentiel, d'une part, dans la fonction policière de recherche des preuves et des auteurs d'infraction, d'autre part dans l'individualisation et l'exécution des peines.

Mais la pureté ou la bassesse des mobiles sont étrangères à l'appréciation du dol général animant l'auteur d'une faute intentionnelle. "*Toutes les franges psychologiques du mécanisme infractionnel sont extérieures au dol général. On néglige le mobile, c'est-à-dire l'intérêt ou le sentiment qui a déterminé le délinquant à agir comme il l'a fait et qui est seul susceptible de rendre l'infraction intelligible, (cupidité, vengeance, jalousie, pauvreté, cruauté, pitié, amour, etc...)* . [5]

La doctrine enseigne que : "*une infraction commise dans un but licite n'en reste pas moins une infraction*" [6] et que "*les sentiments particuliers pouvant avoir animé le délinquant ne sauraient influer sur sa culpabilité qui n'est fonction ni de leur honorabilité, ni de leur sordidité*". [7] La psychologie de l'agent ne peut pas modifier l'existence de la norme. "*Le mobile honorable peut à la rigueur, dans une certaine perspective du droit pénal et dans des cas très particuliers, supprimer la culpabilité ou l'imputabilité. Il est en revanche tout à fait incapable de détruire l'infraction elle-même. Car ce que la loi pénale incrimine objectivement, c'est un acte antisocial et cette*

---

1 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique,* précité, V° *Dol général*, p.283 "Le dol général est toujours identique pour chaque espèce de délit. Il est défini par rapport à l'infraction, et non par rapport au délinquant. (...) L'agent est coupable parce qu'il a consciemment accompli l'action ou l'omission sanctionnée par la loi pénale." MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°557, p.713.

2 Art.121-3, al.1 et 2 N.C.pén.

3 Cass.crim.19 déc. 1991, Dr.pén. 1992, n°171, Note VERON Michel. La qualification de coups et blessures volontaires avec arme a été retenue à l'encontre d'un conducteur irascible qui avait dirigé son véhicule sur des cavaliers pour les effrayer, l'un d'eux avait été blessé. Cass.crim. 8 déc. 1992, Dr.pén. 1993, n°128, Note VERON Michel.

4 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Mobile*, p.519.

5 MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°557, p.714.

6 PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Cujas 8ème éd° 1992, n°423, p.435.

7 JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal général*, Domat-Montchrestien 2ème éd° 1991, n°323, p.353.

incrimination est prévue dans un but de prévention générale. Or, l'honorabilité du mobile n'efface pas par elle-même le caractère antisocial d'un acte." [1]

La jurisprudence confirme régulièrement le principe de l'indifférence aux mobiles dans l'appréciation du dol général. Pour la Cour de cassation, les mobiles expliquent la faute mais ne l'effacent pas. [2]

2°) Le but de l'acte

Nous pensons que l'appréciation du dol général ou du caractère intentionnel de la faute et l'analyse du but de l'acte observé sont deux étapes distinctes et autonomes du raisonnement juridique. Il faut affirmer qu'on peut accomplir, dans un même but, une faute intentionnelle ou non intentionnelle. Selon les cas, le médecin agissant dans un but curatif peut commettre des fautes pénales intentionnelles ou non-intentionnelles. De même, conformément aux règles du droit pénal classique, le médecin agissant dans un but expérimental, non curatif, peut commettre des fautes pénales intentionnelles ou non-intentionnelles. [3]

Cette analyse contredit la position présentée par Madame DORSNER-DOLIVET pour qui le caractère intentionnel est automatiquement lié à la présence ou à l'absence de but curatif : "*La possibilité d'appliquer la qualification de meurtre ou blessures volontaires tourne autour de l'absence ou de l'existence de l'intérêt curatif de l'intervention. (...) La jurisprudence révèle quelques exemples de violences volontaires commises par les chirurgiens, (...). Dès que le but curatif de l'intervention réapparait, la qualification de faute intentionnelle ne peut plus être retenue. L'infraction devient involontaire.*" [4]

Le but de l'acte, pas plus que les mobiles, ne peuvent , selon nous, influer sur le dol général qui dépend du niveau de connaissance et de volonté de violer la norme pénale. Certains actes à but curatif sont illicites (les actes accomplis par les non-médecins, les actes médicaux accomplis par la force, l'emploi de substances interdites sur le territoire français, par exemple). Certains actes à but non-curatif sont licites (actes d'expertise et d'expérimentation par exemple). Il serait donc erroné de prétendre que le caractère intentionnel d'une faute médicale est lié systématiquement à la présence ou à l'absence de but curatif.

Nous pensons que les mobiles relèvent du for intérieur de chaque individu et que les difficultés d'appréciation de ces traits spécifiques à chaque personnalité rendent quasi-impossible la prise en compte, par la loi pénale, de ces motivations subjectives. Comment distinguer sans risque d'erreur le meurtrier par amour, du meurtrier par jalousie ; le voleur par pauvreté, du voleur par cupidité ? Si l'indifférence ou la froideur des règles juridiques sont parfois adoucies par souci d'équité, comme le démontrent certains verdicts de Cour d'assises [5], les mobiles, mêmes légitimes, n'en acquièrent pas pour autant force exonératoire.

---

1 MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°409, p.530.

2 Cf. notamment Cass.crim. 12 mars 1970, B.n°103, Cass.crim. 19 mai 1983, R.S.C. 1984, p.314 obs. Vitu et p.726 obs. LARGUIER, Cass.crim. 3 juill. 1984, J.C.P. 1984, Tableau de jurisprudence p.251, voir aussi MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°559, p.715, la jurisprudence en référence note 2.

3 "Attendu que toutes les fois que, dans l'application d'une méthode curative nouvelle, le médecin aura eu essentiellement pour but la guérison du malade (...) il ne relèvera que de sa conscience. (...) Attendu que, pour qu'il y ait délit, il n'est pas nécessaire que l'auteur ait eu le dessein caractérisé et déterminé d'agir méchamment, par haine ou par violence, mais qu'il suffit qu'il ait agi en connaissance de cause et avec l'intention de satisfaire, au risque de nuire, soit l'intérêt de sa renommée, soit même une passion purement scientifique et désintéressée ; (...) Par ces motifs, faisant application à G. et à X. des articles 311, 59 et 60 du Code pénal ; déclare G. coupable d'avoir volontairement, le 7 janvier 1859, fait des blessures au jeune B.", T.corr. Lyon 15 déc. 1859, D.P.1859, 3, 88. Sur l'expérimentation cf. infra 2ème Partie, Titre 1, p.401 et s.

4 DORSNER-DOLIVET Annick, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, L.G.D.J. 1986, n°110-111, p.94-95.

5 C.ass. Lièges 5 nov. 1962, R.S.C. 1963, p.83. Acquittement pour un meurtre euthanasique.

Donc les mobiles personnels du soignant n'expliquent pas son impunité. Il faut chercher en dehors de la psychologie de l'agent la source de la justification pénale de l'acte médical. C'est vers le but objectif qu'il faut se tourner.

Si les mobiles sont subjectifs, la finalité de l'acte infractionnel est objective et on peut parfois distinguer un acte qui blesse pour blesser, d'un acte qui blesse dans un autre but. Le même fait de violence volontaire peut avoir plusieurs buts, quels que soient les mobiles qui animent son auteur.

Le chirurgien qui ampute un membre a conscience de blesser volontairement. Il agit pour des mobiles personnels nobles (altruisme, conscience professionnelle) ou moins nobles (cupidité, orgueil), mais il sera justifié si son acte a objectivement un but curatif. "*La fin économique (au sens large du terme) du contrat médical est la guérison ou l'amélioration de l'état du malade (indépendamment des mobiles qui peuvent pousser le malade à rechercher sa guérison et le médecin à le soigner). Cette fin constitue une cause licite qui légitime les atteintes à la personne prévues par le contrat.*" [1]

En revanche, le médecin ne sera plus justifié si son acte a un autre but, expérimental [2] ou pédagogique par exemple, quels que soient ses mobiles. Il a pu être ainsi jugé que le chirurgien-dentiste qui avait arraché brutalement les "dents-Jackets" d'un patient qui contestait les honoraires était coupable de coups et blessures volontaires : "*pour légitimer les blessures faites au demandeur à l'occasion de l'enlèvement des appareils de prothèse incriminés, il eût fallu que la cour établisse qu'un but curatif était poursuivi.*" [3]

On ne peut subordonner la répression à la nature des mobiles des justiciables mais on peut juridiquement distinguer la licéité d'un acte en fonction de son but. Le but est entendu comme la finalité objective de l'acte. La loi elle même prévoit des exceptions à certains textes d'incrimination lorsqu'un acte, d'ordinaire infractionnel, est accompli dans un but "noble" qui est socialement utile.

B) Fait justificatif et but

Le fondement du concept de fait justificatif est l'idée que la société reconnaît que certaines infractions sont socialement utiles. L'acte perd alors son antisocialité : "*On pourrait parfaitement concevoir, sans trahir les principes relatifs au dol, que les mobiles dépourvus d'antisocialité fussent érigés en fait justificatif de l'infraction, car l'irresponsabilité pénale provoquée par un fait justificatif ne procède pas du défaut de volonté délictueuse de l'agent, mais de la neutralisation objective de l'élément légal. (...) L'infraction disparaît parce que le mobile est l'indice révélateur d'une situation dans laquelle le délit devient socialement utile, en sorte que l'application de la loi pénale perd sa raison d'être.*" [4] Le plus souvent, cette reconnaissance d'utilité sociale fera l'objet d'une expression législative.

Parmi les faits justificatifs, l'ordre ou la permission de la loi suppriment l'illicéité d'un acte qui autrement eût été infractionnel. Le législateur adapte la réaction légale en introduisant dans la loi une considération du but de l'action commise. Cette situation se vérifie aisément en cas de guerre : la loi ordonne aux citoyens de faire alors ce qui leur est interdit en temps de paix : tuer. [5] L'Etat chargé de la mission de défense de l'intégrité du territoire national permet et ordonne aux soldats de pratiquer des violences. Précisons toutefois que les violences alors licites sont celles dirigées contre

---

1 DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, précité, n°434, p.298.

2 Sauf autorisation expresse de la loi cf. infra 2ème Partie, Titre 1, la loi du 20 décembre 1988, p.416 et s.

3 Cass.crim. 9 nov. 1961, Bull.crim. n°872, cassation de l'arrêt de relaxe de la dentiste, C.A. Orléans 6 janv. 1961.

4 MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°559 p.716.

5 "L'Etat en guerre se permet toutes les injustices, toutes les violences, dont la moindre déshonorerait l'individu." FREUD S, *Essais de psychanalyse*, articles 1909-1915, 4ème partie, trad. Dr.S. JANKELEVITCH, Payot, p.240.

l'ennemi dans un but de défense. Des textes contemporains, plus protecteurs, viennent limiter les violences "inutiles", en particulier vis-à-vis des prisonniers. Le soldat peut et doit exercer licitement des violences "utiles" dans le cadre des actions militaires.

La loi justifie le délinquant lorsque son action a eu pour seul but de se conformer au droit, quels que soient les mobiles de l'agent. Si l'acte a un but reconnu légalement comme positif, la société désarme son bras pour renoncer à la répression. Ce n'est pas le but à lui seul qui est le fait justificatif mais la permission de la loi qui entérine la non-punissabilité de l'agent qui a œuvré dans un sens utile à la société.

Le bourreau qui jadis donnait la mort à un condamné à la peine capitale par ordre de la loi n'était jamais coupable d'homicide volontaire. [1] L'acte d'homicide était fondé sur la volonté du législateur d'utiliser cette mesure éliminatoire définitive. Le but répressif expressément inscrit dans la loi permettait exceptionnellement d'accomplir un homicide, acte considéré comme infractionnel dans le cas général. La loi, en tant que vecteur de la volonté du Législateur [2] peut distinguer les actes des citoyens en fonction du but poursuivi par chacun d'eux.

Le "droit" de tuer attribué au bourreau était strictement organisé, nul n'aurait admis que celui-ci puisse invoquer une permission générale de tuer. L'exécuteur des hautes œuvres n'a jamais eu de droit de vie et de mort sur autrui par sa seule qualité de bourreau. Il ne pouvait déroger à la prohibition légale générale du meurtre que dans le respect de la loi en obéissant à un acte à but répressif. [3]

Cette prise en compte du but poursuivi par l'auteur d'un homicide est encore plus frappante dans l'hypothèse du fait justificatif de légitime défense. L'acte de violence accompli par une victime, en réponse à une agression injuste doit être volontaire pour être éventuellement justifié. Un acte d'imprudence, un acte réflexe, ne peuvent pas entrer dans la définition d'une riposte légitime. [4] La victime d'une attaque injuste peut blesser ou même tuer volontairement son agresseur si elle agit sciemment pour se défendre, mais elle ne sera pas justifiée si elle blesse ou tue celui-ci sans avoir conscience de son acte. Pour permettre la justification, l'auteur de l'acte de riposte doit vouloir blesser ou tuer dans le but de se défendre. [5]

Il faut remarquer toutefois l'ambiguïté de la démarche législative qui utilise parfois la notion de "motif légitime" pour désigner des circonstances particulières de justification d'un comportement agressif en particulier dans le domaine des violences policières. [6] Le but de contribution à l'ordre public judiciaire permet à tout citoyen d'appréhender l'auteur d'un délit ou d'un crime flagrant, ce

---

1 La loi justifiait l'homicide commis tant par l'individu actionnant la guillotine, que par l'auteur du coup de feu mortel. "Tout condamné à mort aura la tête tranchée." article 12 C.pén., L. 12 févr. 1810, abrogée par la Loi n°81-908 du 9 octobre 1981, "Par dérogation à l'article 12, lorsque la peine de mort est prononcée pour des crimes contre la sûreté de l'Etat, elle s'exécute par fusillade.", article 13 C.pén., Ord.4 juin 1960, abrogé par la L. 9 oct. 1981.

2 "La loi est l'expression de la volonté générale", Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du 26 août 1789, art.6.

3 Il y avait une impossibilité juridique pour lui d'agir dans un autre but. Il lui était interdit d'exécuter un condamné n'ayant pas eu de réponse à sa demande de grâce par exemple par animosité, vengeance ou soucis d'efficacité !

4 Cass.crim.16 fév. 1967, R.S.C.1967, 854, obs. LEGAL, C.A. Paris 5 juin 1985, R.S.C 1987, 865, obs. VITU, Cass.crim. 28 nov. 1991, R.S.C. 1992, 751, obs. LEVASSEUR. La Cour refuse la légitime défense invoquée par une dame poursuivie pour avoir blessé un importun qui voulait entrer chez elle. En voulant fermer sa porte elle lui avait involontairement coincé les doigts.

5 "Le meurtre, le plus affreux des crimes...- N'en est plus un, dès qu'il sauve nos jours... Mais quelle faiblesse chevalier !... comme elle est déplacée dans un héros ! Que faites vous donc, je vous prie en allant aux combats ? Ces lauriers qui vous ceignent n'y sont-ils pas le prix des meurtres ? Vous vous croyez permis de tuer l'ennemi de votre prince, et vous tremblez à poignarder le vôtre ! Et quelle est donc la loi tyrannique qui peut établir dans la même action une différence aussi énorme ? Ah! Monrevel, ou nous ne devons jamais attenter aux jours de personne, ou si cette action peut quelquefois nous paraître légitime, c'est alors qu'elle est inspirée par la vengeance d'une insulte..." D.A.F. Marquis de SADE, *Les crimes de l'amour*, éd° 10/18 1971, pp.192-193.

6 "Lorsqu'un fonctionnaire (...) aura, sans motif légitime, usé ou fait user de violences envers les personnes, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions (...).", Art.186 C.pén. cf. Cass.crim.6 nov. 1991, Dr.pén. 1992 n°90, note VERON Michel.

qui pourrait être qualifié de séquestration arbitraire. [1] Ce même but permet de délier du secret le professionnel qui dénonce un avortement, des sévices à enfant, un viol ou un attentat à la pudeur. [2]

De même, la notion d'état de nécessité fait référence à la volonté de l'agent qui commet une infraction. [3] Celui qui vole un matelas ou une échelle pour permettre de sauver les victimes d'un incendie ne sera pas poursuivi pour vol car il a agi "en état de nécessité", alors que celui qui vole dans un autre but pourra être poursuivi.

Il faut donc conclure que la justification pénale, lorsqu'elle repose sur le but particulier de l'auteur objectif d'une infraction, doit être exprimée par une norme juridique de reconnaissance du caractère socialement positif de l'acte.

L'infraction et le délinquant peuvent perdre leur antisocialité lorsque le but poursuivi est utile à la société, mais encore faut-il que la société l'ait affirmé ou entériné. La justification ne repose pas sur la psychologie, subjective et variable, des délinquants mais sur la coïncidence entre la finalité objective de l'acte et les choix sociaux. Pour le médecin, il s'agira de la finalité thérapeutique. La fin curative justifie alors le moyen de violence : "*L'atteinte volontaire portée à l'intégrité corporelle de son patient par tout médecin remplissant les conditions légales d'exercice, est justifiée dans la mesure où cette atteinte est la rançon du but poursuivi dans l'exercice de l'acte médical : la guérison ou le soulagement du patient.*" [4]

§ 2) La source juridique de l'exigence d'une finalité thérapeutique

L'opinion publique montre régulièrement une grande confiance dans le corps médical malgré la forte médiatisation de certaines affaires d'erreurs ou de fautes médicales. L'origine de cette confiance repose sur le sentiment répandu que le corps médical accomplit tous les jours une mission altruiste au service de l'homme et de la société. [5] Cette constatation de mobiles altruistes ne peut pas suffire à expliquer la justification pénale des actes médicaux. Aussi les juristes cherchent-ils à démontrer que la finalité thérapeutique de l'acte médical est exigée par le droit.

L'utilisation commune que font les auteurs de la notion de "but curatif" nous oblige à tenter de définir ce but dans la mesure où tous ces auteurs ne semblent pas donner le même sens aux mêmes mots. Les adjectifs "curatif" (*curare*, en latin : soigner) et "thérapeutique" (*therapein*, en grec : soigner) peuvent être utilisés alternativement car ils sont synonymes. [6]

Le législateur français n'a jamais défini la notion de but curatif laissant à la jurisprudence et à la doctrine la difficile liberté de délimiter ce concept. Nul ne peut consulter de liste officielle d'actes médicaux réputés à but curatif, ni de texte normatif de référence. On conçoit aisément les difficultés des juges du fond confrontés à un acte dont la licéité dépend presque entièrement de son caractère curatif ou non.

---

1 "Dans le cas de crime flagrant ou de délit flagrant puni d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche.", art.73, C.P.P.

2 Art.378 C.pén. al. 2, al. 3 et al. 4.

3 L'état de nécessité est un fait justificatif aujourd'hui d'origine jurisprudentielle, demain légale, cf. "N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui, ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.", art.122-7 N.C.pén.

4 PENNEAU Jean, *La responsabilité du médecin*, Dalloz 1992, p.89.

5 "La médecine et le médecin ne sont pas fréquemment associés à la violence punitive faite au sujet ; l'imagerie courante l'associe à des valeurs de vie et s'il fait souffrir parfois très cruellement en intervenant sur le corps d'un patient, c'est en vue d'un bien ultérieur, même si le patient, en proie à cette souffrance, n'en perçoit forcément pas le pourquoi, il est fait crédit au médecin d'une intention louable.", LENOIR L., LAVOINE J.R., OSTAPZEFF G., *Le marquage médical du corps ou quand le médecin se fait stigmatiseur*, in *Droits de l'homme et contrainte de la personne*, Masson 1984, p.44.

6 La loi du 20 décembre 1988 sur la protection de personnes se prêtant à des recherches biomédicales a clarifié la terminologie de l'expérimentation ce qui permettra à l'avenir d'éviter des paradoxes comme celui ci : *De la licéité en droit français des essais thérapeutiques sur l'homme, à but non curatif*, DUBOUIS L., in Mélanges COLLIARD, 1984, p.461.

L'absence d'interprétation authentique oblige les magistrats à puiser dans la terminologie usuelle les éléments de définition du but curatif. Ainsi lit-on, dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix au sujet du transsexualisme : "*Attendu que selon le dictionnaire Robert, l'adjectif «thérapeutique» signifie «qui concerne l'ensemble des actions et pratiques destinées à guérir».*" [1]

Une démarche logique pourrait consister à observer les analyses juridiques développées au sujet des médicaments pour tenter d'extrapoler les critères utilisés pour différencier parmi les produits d'origine minérale, végétale ou animale ainsi que parmi les molécules artificielles ceux qui sont qualifiés de curatifs. La loi ayant défini la notion de médicament [2] en faisant notamment référence aux propriétés curatives des produits, on aurait pu s'attendre à y trouver la définition du caractère du produit curatif et de là déduire le concept d'actes curatifs.

Or, le Code de la santé publique définit deux catégories de médicaments sans jamais préciser ce qu'est une action curative. L'article L.511 C.s.p. distingue la notion de substance "présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives", que l'on appelle traditionnellement les médicaments par présentation et la notion de produit pouvant être administré à l'homme "en vue" d'un diagnostic ou d'une modification des fonctions organiques, que l'on nomme médicaments par fonction.

Le législateur n'a, à l'évidence, pas voulu lier la définition du médicament à l'activité réelle des produits, pas plus qu'à leur dangerosité. [3] Les frontières entre médicament et produit alimentaire ou diététique, entre médicament et produit hygiénique ou cosmétique ne sont pas établies avec netteté.

Nous en voulons pour preuve les controverses jurisprudentielles sur la vitamine C, produit dont on a jamais pu démontrer aucune action thérapeutique si ce n'est pour les maladies dues à sa carence. Le droit positif maintient, pour l'heure, la vitamine C dans la catégorie des médicaments. [4] Les deux raisonnements suivis en matière de médicament sont inapplicables aux actes médicaux.

On ne peut qualifier de licites parce que curatifs, ni les actes "présentés" comme curatifs ou préventifs, ni les actes réalisés "en vue" de modifier les fonctions organiques du corps humain. La première démarche serait dangereuse parce qu'elle lie la licéité d'un acte à son apparence. Quel médecin ne présentera-t-il pas son activité comme curative ? [5]

La seconde serait dangereuse par l'abusive extension de ses termes. Tout acte d'atteinte à l'intégrité physique est effectué "en vue" de corriger ou de modifier les fonctions organiques. [6] Il faut donc constater que la référence au concept de médicament n'apporte aucun éclaircissement à la détermination de la nature curative des actes médicaux.

En l'absence de texte législatif définissant expressément les critères de licéité de l'acte médical, les auteurs ont imaginé différentes hypothèses sur l'origine de l'exigence de la finalité thérapeutique. C'est certainement du plus lointain passé que provient cette idée que l'acte du soignant bénéficie d'une approche spécifique en droit pénal en raison de son caractère altruiste.

---

1 C.A. Aix-en-Provence 23 avril 1990, J.C.P.1991, II, 21720, note MEMETEAU Gérard. Cf. également, "Curatif, ive, adj. Qui a pour but la guérison d'une maladie déclarée" Dictionnaire Larousse.

2 "On entend par médicament toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que tout produit pouvant être administré à l'homme ou à l'animal en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions organiques.", art.L.511 C.S.P. al.1, (Ord. 23 sept. 1967).

3 On constatera que de nombreux produits modifiant les fonctions organiques du corps humain sont exclus du monopole pharmaceutique, nous pensons en particulier à l'alcool et au tabac.

4 Cass.Ass.Plén. 6 mars 1992, D.1992 p.305 conclusion DONTENWILLE, Dr.pén. 1992, n°156, p.10, chron. LEONNET, p.1. La vitamine C est d'autre part un produit non dangereux car hydrosoluble.

5 Cela poserait le problème du décalage entre la conception du médecin qui croit et prétend que son action est curative alors que pour une raison quelconque l'acte n'a aucune propriété curative ou préventive. Tel le chirurgien qui présenterait l'ablation d'un organe sain comme curative.

6 Un exemple frappant serait celui de l'expérimentation qui n'est pas toujours "à but curatif" bien que modifiant toujours les fonctions organiques.

La blessure commise volontairement par le thérapeute est extraordinaire parce qu'elle est accomplie pour aider le blessé. Aussi trouve-t-on en doctrine deux grandes orientations. Tantôt le but curatif est présenté comme une exigence *sui generis* ou coutumière (A), tantôt il résulte tacitement de la permission de la loi qui autorise l'activité médicale (B).

A) La nécessité de la finalité thérapeutique : une exigence *sui generis*

GARRAUD a cherché à expliquer l'impunité du médecin par référence au but reconnu par l'Etat, indépendamment du concept de permission de la loi. "*Un groupe spécial de cas, dans lequel disparaît la criminalité de l'acte est constitué lorsque les lésions aux intérêts protégés ne sont qu'un moyen de réaliser un but reconnu par l'Etat. Ainsi la protection de la santé publique justifie les atteintes portées à l'intégrité corporelle par des médecins ou des chirurgiens. Les actes accomplis en vue de guérir, ou d'établir un diagnostic, ou d'embellir le corps sont donc licites, soit qu'ils réussissent, soit qu'ils échouent, s'ils ont été pratiqués d'après les règles scientifiques de l'hygiène et de l'art médical.*" [1]

L'acte médical serait licite parce que conforme à la volonté des pouvoirs publics : promouvoir la santé sans qu'il soit besoin de formuler cet objectif dans une loi.

De même, Monsieur KORNPROBST estime que l'organisation de l'activité médicale se fonde sur le principe de la liberté thérapeutique des médecins quant aux moyens d'atteindre le seul but licite possible : le but curatif. "*Le corps médical réclame, à cet égard, une liberté entière ; il prétend, à bon droit, être seul juge du meilleur procédé, du traitement le plus approprié, du médicament le plus efficace et, à condition de poursuivre un but exclusivement curatif, dans l'intérêt du malade lui même - principe plus facile à énoncer qu'à appliquer, d'ailleurs - la jurisprudence française a toujours, sur ce point, approuvé, soutenu, défendu, les médecins.*" [2]

La liberté thérapeutique du médecin serait donc une faculté d'exercer librement son art dans les limites du cadre fixé par le droit. Les moyens d'atteindre le but de la mission médicale seraient laissés à la discrétion du médecin. "*Mais si le choix du traitement reste son apanage et son secret, il ne faut jamais perdre de vue que tout demeure subordonné à l'intérêt du malade. Le traitement, quel qu'il soit, doit avoir un but curatif et ne doit avoir qu'un but curatif.*" [3]

Les auteurs évoquent le but curatif comme une limite à l'activité médicale, une borne à ne pas dépasser, au risque de franchir les frontières de la licéité.

M.DECOCQ, par exemple, fait de la finalité thérapeutique le fondement principal de l'impunité du médecin : "*Le but curatif exonère le chirurgien de toute responsabilité pénale à l'occasion des blessures qu'il inflige volontairement au malade.*" [4] Ces analyses s'arrêtent toutefois trop souvent à cette constatation. Elles ne précisent pas la sanction du dépassement ou détournement de but. "*La motivation nécessairement thérapeutique de la prestation médicale fait également partie des conditions formelles visant à protéger le patient de tout dépassement de compétence préjudiciable à sa santé.*" [5]

Dans un arrêt, rendu en 1961, se trouve évoquée la notion d'intérêt médical : "*une intervention médicale portant atteinte à l'intégrité de la personne constitue par elle même un fait de violence ne pouvant être légitimé, au regard de la loi pénale, que si elle a été faite dans un intérêt médical.*" [6]

---

1 GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, Tome 2, Sirey 3ème éd° 1914, n°460, p.67.

2 KORNPROBST Louis, *L'étendue et les limites de la responsabilité médicale du point de vue juridique*, Rapport au 2ème *Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, vol.1, p.130-131.

3 KORNPROBST L., *La responsabilité médicale, origines, fondements et limites*, Baillières 1946, n°237, p.177.

4 DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, précité, n°431, p.297.

5 HENNAU-HUBLET Christiane, *L'activité médicale et le droit pénal, les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Pub.Un. Louvain, Paris L.G.D.J. 1987, n°822, p.410.

6 Cass.crim. 9 nov. 1961, J.C.P. 1962-II-12777, note R.SAVATIER.

On retrouve cette formule dans certains ouvrages des plus récents. [1] M. DECOCQ utilisait avant l'arrêt de 1961 un concept voisin : celui d'intérêt de santé de la personne. [2]

L'imprécision de ces notions empêche d'en faire un réel critère de licéité de l'acte médical. Car l'intérêt médical et l'intérêt de santé sont des notions plus larges que le concept de but curatif ou thérapeutique. La notion d'intérêt médical englobe-t-elle l'intérêt du médecin ou de la médecine ? La formation du médecin, l'expérimentation d'un médicament ont un intérêt médical, pourtant il ne s'agit pas d'actes à but curatif. Quant à l'intérêt de santé, il est lui aussi plus large que la notion de but curatif. Il est de l'intérêt de la santé du grand fumeur de réduire sa consommation, de l'intérêt de la santé du chef d'entreprise stressé et sédentaire de faire du sport, de l'intérêt de la santé de l'étudiant surmené de dormir. Or, ni la diminution du tabac, ni les loisirs vivifiants, ni le repos réparateur ne sont des actes à finalité objectivement thérapeutique.

Une analyse civiliste des rapports de l'homme et de son corps conduit à la même solution : seuls les actes à but curatif sont justifiés et donc licites. C'est ce qu'affirme Monsieur CHABAS : "*Le contrat sur le corps humain n'est licite que s'il poursuit soit une fin philanthropique, soit un avantage pour le stipulant, comme si la société veillait à ce que le contrat bénéficie à l'un de ses membres. Si l'acte qui poursuit des fins curatives est a priori licite, l'acte de disposition portant sur tout ou partie du corps doit, pour être valable, remplir de strictes conditions.*" [3]

Même les auteurs qui rejettent la notion d'acte de disposition relient néanmoins licéité et finalité : "*Le consentement donné à l'opération chirurgicale, par exemple, n'était pas conçu comme un acte de disposition, mais comme la levée d'une faculté d'opposition à un acte dont la légitimité dépendait aussi des fins poursuivies.*" [4] La finalité thérapeutique est la seule cause licite du contrat de soins. Toute convention portant sur une cause différente, telle que la stérilisation ou l'euthanasie, serait nulle pour raison de cause illicite. "*La cause du contrat médical est donc l'intérêt exclusif du malade. Si l'objectif est détourné de cette finalité, la cause du contrat cesse d'être légitime. Toute la théorie juridique du contrat médical (...) repose en effet sur la notion d'avantage légitime. (...) Le but légitime de l'acte médical c'est en définitive l'intérêt exclusivement thérapeutique.*" [5]

Si l'exigence du but curatif comme élément de justification peut être recherchée dans une analyse de la licéité "naturelle" ou "sui generis" de l'activité médicale intrinsèquement altruiste, il est plus vraisemblable que cette exigence provienne de la permission légale de l'activité médicale.

---

1 "Quel que soit le contenu - à l'évidence variable selon l'état de la société à un moment donné - de cette notion d'intérêt médical, à chaque fois que celui-ci est reconnu, il justifie l'atteinte portée par le médecin à l'intégrité corporelle de son patient.", PENNEAU Jean, *La responsabilité du médecin*, Dalloz 1992, p.90.

2 "De telles atteintes peuvent être autorisées par contrat lorsqu'elles tendent à satisfaire un intérêt de santé, suffisant, de la personne. Sur le principe de la licéité des conventions à but curatif, il n'existe pas de contestation. Dès lors que la personne y consent, toutes les atteintes justifiées par cette finalité sont possibles." DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, précité, n°430, p.296.

3 CHABAS François, *Rapport sur le corps humain et les actes juridiques en Droit français*, Ass.Capitant 1975, *Le corps humain et le Droit*, p.228-229.

4 ATIAS Christian, *Droit civil, les personnes, les incapacités*, PUF-Droit fondamental, avril 1985, n°11, p.24.

5 SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, p.38.

B) La nécessité de la finalité thérapeutique : une exigence d'origine légale

De nombreux auteurs retiennent la permission de la loi comme fait justificatif de l'acte médical et y intègrent tacitement l'affirmation du critère du but curatif. Ainsi peut-on lire cette formule de BODELET : "*Le législateur, en conférant les diplômes, autorise le médecin à faire tous les actes à but curatif lorsqu'il est appelé par le malade.*" [1]

GARCON pensait également que la nécessité d'une finalité thérapeutique résidait implicitement dans l'organisation légale de l'art médical : "*Le Législateur, en lui conférant des diplômes et en lui permettant d'exercer la médecine, l'autorise à faire tous les actes qui ont un but curatif lorsqu'il est appelé par le malade. (...) Il suit de là, quelle que soit la base qu'on donne à l'impunité, que le médecin n'échapperait pas à la peine s'il agissait sans but curatif.*" [2]

De même, Messieurs STEFANI, BOULOC et LEVASSEUR écrivent : "*c'est la permission de la loi qui écarte l'inculpation de meurtre ou de coups et blessures volontaires à l'encontre du chirurgien qui, au cours d'une opération, tue le patient ou le laisse mutilé. Mais ceci à la condition qu'il ait agi dans un but curatif.*" [3] M.JEANDIDIER affirme : "*Si un chirurgien a le droit d'opérer dans un but curatif un patient, c'est en raison de la permission de la loi qui donne au praticien le droit et le devoir de soigner.*" [4]

Mais chez tous ces auteurs qui adoptent une démarche identique - référence à la permission de la loi qui impose le but curatif - il faut noter une grande discrétion sur la nature de ce texte légal. Dès lors, comment peut-on, faute de texte précis de référence, indiquer la base légale de cette exigence du but curatif ?

Les quelques textes qui abordent la question du but de l'acte médical sont des textes épars qui réglementent des situations atypiques (avortement, prélèvement d'organe, expérimentation, vaccination). Il n'y a pas, en France, de texte général exprès exigeant que l'acte accompli par le médecin ait un but curatif. Le droit canadien, par exemple, a comblé cette lacune dans une formule simple : "*Toute personne est à couvert de responsabilité criminelle lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale : a) si l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnable, et b) s'il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce.*" [5]

Dans le silence de la loi française, il faut affirmer que l'exigence de la finalité thérapeutique est implicitement légale. Elle ressort de l'organisation générale de l'activité médicale que la permission tacite de la loi rend licite. Dès lors que l'activité professionnelle du médecin consiste à prendre "*part habituellement (...), à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies ou d'affections chirurgicales, congénitales ou acquises, réelles ou supposées*" [6], il apparaît que l'exigence d'une finalité thérapeutique repose sur le but de la mission médicale. Le médecin a pour mission de diagnostiquer et de traiter des maladies humaines. La loi autorise tacitement le médecin

---

1 BODELET L., *Le risque accepté en droit pénal contemporain*, Thèse Droit Dijon 1932, p.48. Le même auteur affirme paradoxalement que le médecin n'est pas lié par cet objectif : "Le médecin ne doit que guérir. Cette idée est un simple postulat qui ne trouve appui nulle part. (...) Rien dans la loi générale, rien dans celle du 30 novembre 1892, n'empêche le médecin d'agir dans un but autre qu'un but curatif. (...) En droit, donc, rien ne s'oppose à ce que le médecin agisse dans un but différent du but curatif, que ce but soit préventif ou esthétique ; en somme il n'y a que deux sortes d'interventions : les interventions d'urgence et les interventions facultatives.", ibidem, pp.74-75.

2 GARCON Emile, *Code pénal annoté*, nouvelle édition par ROUSSELET, PATIN et ANCEL, T.2, art.309, Sirey, 1956, n°83 et 85, p.78.

3 STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges, BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, Dalloz, 14ème éd° 1992, n°360, p.297.

4 JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal général*, Domat-Montchrestien, 2ème éd° 1991, n°252, p.278.

5 Code criminel du Canada, art.45, cité par GROFFIER Ethel, *Le corps humain et les actes juridiques en droit canadien*, Ass.Capitant 1975, *Le corps humain et le droit*, pp.207-208.

6 Art. L.372-1°, al.1 C.S.P.

à porter atteinte au corps du soigné à condition que ce soit dans la perspective de diagnostiquer ou de traiter le soigné.

Chaque fois que la société a voulu autoriser l'accomplissement par un médecin d'une atteinte corporelle dans un autre but que curatif, le législateur a créé une permission légale expresse (don du sang, vaccination, contraception, I.V.G., prélèvement d'organe in vivo, expérimentation). [1] Le principe qui découle de la permission légale implicite est que tout acte médical ordinaire doit être accompli dans un but curatif pour être licite. Pour déroger à cette condition de but curatif et réaliser un acte médical extraordinaire, il faut une permission légale expresse, sans quoi le médecin commet un acte illicite.

Puisque le but curatif est un des éléments de justification de l'acte médical ordinaire, il convient de définir la nature et la portée de ce critérium.

Section 2 : La définition de la finalité thérapeutique : la prise en compte de la seule finalité objective de l'acte

L'intervention du médecin est une situation exceptionnelle qui n'a lieu d'être que parce qu'un événement affecte la vie et le corps de la personne. L'acte médical est une réaction à une perturbation qui touche l'individu. La médecine est un recours. On pourrait dire de manière réductrice que le médecin a pour mission de guérir l'individu "tombé malade" et de l'aider à retrouver la santé. "*«Tomber malade», vieille notion qui ne tient plus devant les données de la science actuelle. La santé n'est qu'un mot, qu'il n'y aurait aucun inconvénient à rayer de notre vocabulaire. Pour ma part, je ne connais que des gens plus ou moins atteints de maladies plus ou moins nombreuses à évolution plus ou moins rapide.*" [2]

La mission médicale apparaît comme la constatation d'une détérioration de la santé par une maladie (§1), situation à laquelle le médecin projette de réagir en proposant un acte utile à l'amélioration de la santé du malade (§2).

§1) Un constat : la santé détériorée par une maladie

Le terrain privilégié de l'activité médicale n'est pas le corps de l'individu sain et épanoui. Le médecin intervient pour apporter son aide à une personne affaiblie ou perturbée dans le cours "normal" de sa vie. "*Il est conforme à nos habitudes de considérer comme anormal ce qui est relativement rare et exceptionnel, la maladie par exemple. Mais la maladie est aussi normale que la santé, laquelle envisagée d'un certain point de vue, apparaît comme un effort constant pour prévenir la maladie et l'écarter.*" [3] Les notions de "santé" et de "maladie" sont à la fois relatives et évolutives. C'est pourquoi il faut envisager les cas de maladies "reconnues" (A), avant d'analyser les cas de maladies "discutées" (B). Car la justification de l'activité médicale dépend entièrememet du présupposé qu'est la maladie.

A) Les maladies reconnues

L'évolution des sciences en général et de la médecine en particulier, montre que les actions et les décisions qui reposaient traditionnellement sur des choix individuels ont tendance à être aujourd'hui définies collectivement. L'intervention du médecin était autrefois la suite d'une

---

[1] Cf. infra 2ème Partie, les dérogations.

[2] ROMAINS Jules, *Knock*, acte 2, scène 3, Gallimard 1924, Folio 1972, p.80.

[3] BERGSON Henri, *Les Deux Sources de la morale et de la religion*, 1932, I, pp.26-27.

constatation individuelle de la maladie (1°), à l'heure actuelle, les notions de santé et de maladie tendent à être définies et évaluées par rapport à des normes générales (2°).

1°) La constatation individuelle d'un dysfonctionnement

La constatation de la maladie reposait autrefois principalement sur l'appel du malade (a) et sur l'évaluation personnelle faite par son interlocuteur : le médecin (b).

a) Le rôle du malade dans la constatation de la maladie

Définir la santé de l'homme de manière universelle est impossible. Il faut modérer ses ambitions à l'échelle de l'analyse de chaque situation humaine pour disposer d'un instrument sémantique utile. Notre recherche porte sur la maladie comme condition de l'intervention du médecin et sur la santé comme objectif de cette intervention.

A l'origine, la santé est décrite comme la notion d'état de fonctionnement normal tant organique que psychologique. Ce que Monsieur AUBY exprime élégamment : "*La santé désigne l'état d'une personne non atteinte de maladies ou d'imperfections organiques ou fonctionnelles susceptibles de limiter son activité physique ou mentale.*" [1]

Cette analyse, qui semble être historiquement la plus ancienne, implique que le thérapeute n'intervient qu'après constatation d'un dysfonctionnement qui est un signe de révélation d'une maladie et un signe d'appel du malade : le symptôme. [2] "*Le symptôme est perçu par le malade et s'oppose en principe aux signes ou manifestations objectives découvertes par le médecin.*" [3]

L'individu n'est plus sain, donc il requiert un soignant pour recouvrer la santé. "*La médecine occidentale classique s'est constituée au XIX° siècle sur des bases anatomopathologiques puis biologiques. (...) C'est le malade qui décide de sa maladie, c'est lui qui prend la décision de consulter le médecin parce que quelque chose a dérangé l'ordre de sa vie : de la souffrance, une limitation de son activité.*" [4]

Mais l'individu touché est subjectif, soit qu'il présume de sa santé en étant téméraire, soit qu'il craigne la maladie en étant pessimiste.

Lorsque c'est l'individu lui-même qui constate un dysfonctionnement, il évalue sa maladie par rapport à son mode de vie normale. L'état normal est pour lui celui de santé, l'événement anormal est la survenance d'une maladie. Il est alors tentant de définir la santé par a contrario, par négation des événements qui l'affectent : c'est l'état de "non-maladie", de "non affection", de "non infirmité". Ou encore de se limiter à la description d'un équilibre physique dit normal c'est-à-dire un : "*état de celui dont l'organisme fonctionne normalement en absence de maladie*". (Larousse) L'homme sain sera alors défini comme un homme non-malade par opposition à l'homme malade.

Le but de toute démarche curative sera alors de lutter contre l'exception, la maladie, pour revenir à la situation ordinaire : la santé. Cette conception était déjà celle de Bichat : "*Tout moyen curatif n'a pour but que de ramener au type qui leur est naturel les propriétés naturelles altérées.*" [5] Ainsi, voit-on apparaître que la délimitation des actes curatifs et non-curatifs dépend entièrement de la définition de la santé que l'on adopte. Plus le concept de santé est large, plus l'arsenal des actions thérapeutiques ou curatives sera vaste et inversement.

---

1 AUBY Jean-Marie, *Le droit de la santé*, précité, 1981, p.11.

2 "Symptôme (...) Méd. Phénomène qui révèle un trouble fonctionnel ou une lésion", Larousse.

3 KERNBAUM Serge Dr, *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, 4ème éd°, 1992, V° *Symptôme*, p.802.

4 SINDING Christiane Dr., *Prévoir pour prévenir ? Les concepts de maladie et de santé dans la médecine prédictive.*, Revue Prévenir, n°22, 1992, p.58.

5 BICHAT, *Anatomie générale appliquée à la physiologie et à la médecine*, Paris, Brosson & Chaudé, 1801, Nouvelle éd° Perissé 1821, T.1, p.12.

b) La constatation du dysfonctionnement par le médecin

Les premières interventions médicales n'ont pu avoir lieu que sur l'initiative des malades qui avaient détecté eux-mêmes des symptômes. Mais le perfectionnement des connaissances scientifiques et le développement des autopsies ont progressivement montré que certains individus étaient gravement malades sans jamais s'en être rendu compte par défaut de symptôme. L'absence de symptôme n'est pas l'absence de maladie [1], contrairement à ce qu'affirmait Leriche : "*La santé c'est la vie dans le silence des organes*" [2] et avant lui Jules Renard : "*La meilleure santé, c'est de ne pas sentir sa santé*". [3]

Il y a des affections dont les porteurs ne sont pas conscients et l'autopsie montre parfois que tel accidenté était atteint d'une leucémie au dernier stade dont il ignorait tout ou que telle victime assassinée était envahie par des métastases cancéreuses jusque là inaperçues. Ce qui explique qu'il peut y avoir des maladies sans malade. "*Ce n'est plus la douleur ou l'incapacité fonctionnelle et l'infirmité sociale qui fait la maladie, c'est l'altération anatomique ou le trouble physiologique. La maladie se joue au niveau du tissu et, en ce sens, il peut y avoir maladie sans malade.*" [4] L'être humain est parfois un malade qui s'ignore. [5]

La réciproque existe également puisque le fait de se sentir malade n'est pas la marque d'un état de non-santé. Les hypocondriaques qui perçoivent en permanence des signes de mauvais fonctionnement des organes ne sont pas les meilleurs détecteurs de maladies. Il peut y avoir des malades sans maladie. [6]

L'innovation est importante parce qu'elle entraîne un glissement de la notion de santé par rapport à celle de maladie. Jusque là le sujet était le meilleur juge de sa santé. L'appel au soignant était consécutif du sentiment individuel d'une anormalité principalement fonctionnelle. Le malade appelait le médecin comme l'automobiliste appelle un dépanneur, quand l'impossibilité de fonctionner normalement révèle une panne.

C'est à Claude Bernard que revient le mérite d'avoir affirmé que bon nombre de maladies ne sont que des perturbations latentes de mécanismes biologiques normaux et non des phénomènes extérieurs et patents. [7] Le fait qu'il y ait des maladies sans constatation par le sujet signifie qu'il y a des affections réelles mais imperceptibles. "*La maladie qui n'a jamais existé dans la conscience de l'homme se met à exister dans la science du médecin.*" [8] Le tiers extérieur devient alors le juge de l'état de santé. Ce qui conduit à une approche objective et par suite à l'établissement de normes et de définitions de la bonne santé.

2°) L'évolution des notions de santé et de maladie : l'apparition de normes

Toute l'évolution contemporaine procède de cette tendance à "objectiviser" la notion de santé au détriment de la vision individualiste subjective. Ce n'est plus le sujet qui appelle le soignant parce qu'il ressent l'état de non-santé mais le tiers qui peut déclarer ou reconnaître qu'il y a ou non

---

1 "Le symptôme est perçu par le malade et s'oppose en principe aux signes ou manifestations objectives découvertes par le médecin.", KERNBAUM Serge Dr, *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, précité, V° *Symptôme*, p.802.

2 LERICHE R., *Introduction générale ; De la santé à la maladie*, Encyclopédie française, 1936, t.IV, 6-16-1.

3 RENARD Jules, *Journal 1887-1910*, 14 juillet 1896, Gallimard Pléiade 1965, p.341.

4 CANGUILHEM Georges, *Le normal et le pathologique*, 1ère éd° 1943, P.U.F.- Quadrige 1991, p.53.

5 "Le Docteur - Comment ? Ne m'avez-vous pas dit que vous veniez de passer votre thèse l'été dernier ? - Knock - Oui, trente-deux pages in-octavo : Sur les prétendus états de santé, avec cette épigraphe, que j'ai attribuée à Claude Bernard : «Les gens biens portants sont des malades qui s'ignorent.»", ROMAINS Jules, *Knock*, acte 1, scène 1, Gallimard 1924, Folio 1972, p.31.

6 Sauf lorsque l'hypocondrie est portée au stade de maladie mentale comparable à la paranoïa.

7 "Toute maladie a une fonction normale correspondante dont elle n'est qu'une expression troublée, exagérée, amoindrie ou annulée.", BERNARD Claude, *Leçons sur le diabète et la glycogénèse animale*, Baillière 1877, p.56.

8 CANGUILHEM Georges, *Le normal et le pathologique*, précité, p.53.

maladie. Or, cette implication du regard extérieur entraîne la comparaison de la situation individuelle à une sorte de cahier des charges définissant la bonne santé. La santé n'est plus seulement la non-maladie, définition par la négative, mais un état idéal, définition positive. "*La santé est beaucoup plus que l'absence de maladie.*" [1]

Afin de déterminer si, à l'avenir, la licéité de l'activité médicale dépendra entièrement d'un constat objectif, il convient d'exposer brièvement l'évolution de la notion de maladie (a) avant d'analyser l'évolution du concept de santé (b).

a) L'évolution de la notion de maladie

Le législateur n'a jamais défini la notion de maladie (ni les notions de santé, de vie ou de mort) ce qui impose la consultation des dictionnaires ordinaires qui définissent la maladie comme une : "*altération organique ou fonctionnelle considérée dans son évolution et comme une entité définissable*" [2], ou une "*altération dans la santé, dans l'équilibre des êtres vivants.*" [3] La maladie est "*une altération de l'état de santé*". [4]

L'être humain est un composite d'activités physiologiques et mentales qui interagissent tant que dure la vie de la personne et peuvent au même titre être altérées. La notion de cure peut être assimilée à une tentative de lutte contre la maladie qui altère la santé, encore faut-il définir la maladie.

La médecine distinguait autrefois les maladies du corps et les maladies de l'âme, mais l'observation scientifique ne permet pas d'approuver sans restrictions la présentation théorique d'un dualisme patent entre le corps et l'âme. Il n'y a pas à choisir entre la maladie de l'homme et la maladie d'une partie du corps de l'homme. L'emploi de l'opposition corps/âme est une facilité pédagogique qui ne se retrouve pas aussi évidemment dans les faits. [5] La maladie peut être analysée comme un désordre fonctionnel qui perturbe la vie de la personne qui la subit. "*Si la santé est un état d'équilibre physiologique et biologique, la maladie est la rupture de cet équilibre provoquée soit par une lésion soit par un trouble fonctionnel ; selon les cas, les maladies sont dites «organiques» ou «fonctionnelles».*" [6]

Cette conception a pour principale vertu de considérer l'homme dans son ensemble contrairement à certains mouvements scientifiques trop analytiques qui réduisent trop souvent l'être à ses composantes, pour parler de maladie du cœur, des reins ou du cerveau. Une des dérives reprochée au corps médical par les auteurs contemporains consiste à considérer la personne qui souffre au travers de la partie souffrante de son corps et de réduire l'homme à un de ses organes. Les revendications des "consommateurs de santé" rappellent régulièrement leur demande de prise en charge globale du malade en tant que personne. [7] On a lutté pour l'humanisation des hôpitaux. [8]

---

1 CARREL Alexis, *L'homme cet inconnu*, Plon 1ère éd°1935, Livre de poche 1967, p.428.

2 Le Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2° éd° par Alain REY, 1989, V° *Maladie*.

3 Larousse, *Dictionnaire encyclopédique pour tous*, V° *Maladie*.

4 KERNBAUM Serge Dr, *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, précité, V° *Maladie*, p.527.

5 Ce que CARREL exprime en ces termes : "L'antithèse de la matière et de l'esprit n'est que l'opposition de deux ordres techniques. L'erreur de Descartes a été de croire à la réalité de ces abstractions et de regarder le physique et le moral comme hétérogènes. (...) Certes, on continuera toujours à parler de l'âme comme d'une entité, de même qu'on parle du coucher et du lever du soleil, bien que l'Humanité sache, depuis Galilée, que le soleil est immobile.", CARREL Alexis, *L'homme cet inconnu*, précité, p.173

6 LAZORTHES Guy, *L'homme, la médecine et le médecin*, précité, p.159.

7 "L'hôpital public est aujourd'hui moins humain que jamais car il est envahi par une technique de plus en plus complexe tendant à transformer le malade en un objet livré à la toute puissance de la machine", De FORGES Jean-Michel et SEUVIC Jean-François, *L'hospitalisé*, Berger-Levrault, 2ème éd° 1983, p.321.

8 VILLEY P., *L'Humanisation des hôpitaux*, R.T.D.Soc. 1970, p.251.

Les conceptions modernes tendent heureusement à rappeler que les composantes du corps humain n'ont de sens que par rapport à l'existence d'un tout : l'être humain. [1] La disparition spontanée des mouvements de santé holistes [2], apparus brièvement dans les années 1960-1970, montre que le corps médical a globalement pris conscience d'avoir à soigner des malades avant d'avoir à traiter des maladies. [3] La maladie est donc plus qu'un dysfonctionnement fonctionnel d'un organe : elle est une altération de la qualité de vie de l'homme.

Les maladies elles-mêmes évoluent ; il y a d'anciennes maladies et de nouvelles maladies. Les médecins ont pris l'habitude de distinguer deux grandes familles de maladies, les maladies infectieuses ou microbiennes et les maladies dégénératives. [4] On notera que les progrès de la médecine moderne ont fait très largement diminuer les maladies infectieuses et augmenter indirectement les maladies dégénératives. Les années d'existence gagnées grâce à la suppression de la variole, de la diphtérie, de la typhoïde sont payées par les affections chroniques telles que les maladies cardio-vasculaire ou le cancer. On ne meurt plus de tuberculose à trente ans mais de cancer à soixante. [5]

En mourant moins tôt, en connaissant mieux les causes de la mort, notre civilisation a modifié la définition de la santé et étendu la liste des maladies. La médecine contemporaine a identifié plus d'ennemis de la santé contre lesquels elle a plus d'armes qu'hier. Il n'empêche que les découvertes récentes de nouveaux virus (H.I.V., hépatites B et C) ou de nouvelles souches de tuberculoses, ajoutées aux nouveaux risques de la vie moderne (radioactivité, intoxication chimique), montrent l'apparition de nouveaux objectifs pour l'action thérapeutique.

Il convient d'aborder succinctement la nomenclature et la classification des maladies selon les normes des organismes prestataires de services sociaux. Il existe des maladies professionnelles [6] et des maladies de longues durées [7] dont le régime d'indemnisation est particulier. La constatation de ces maladies et leur identification sont des prérogatives médicales qui reposent entièrement sur la liberté d'appréciation du médecin. Le système social tire des conséquences de l'établissement de la maladie sur le plan des remboursements, sans définir de critères de gravité ou d'évaluation de la maladie. Il n'y a pas de "maladie" définie par la législation sociale qui se fonde sur la seule constatation médicale.

---

1 Chaque organe dans un organisme sert une fin qu'il accomplit par son fonctionnement. La fin englobante, au service de laquelle se trouve la fonction particulière, est la vie de l'organisme en sa totalité.", JONAS Hans, *Le principe responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, Cerf/passages, 1990, p.97.

2 Du grec *Holos*, tout entier. Santé holiste prenant en compte le corps et l'esprit en leur totalité.

3 "Les médecins qui ont exercé ne voient que la maladie ; moi je vois encore le malade (...).", BALZAC H., *Le père Goriot*, Gallimard Pléiade t.II, p.1065.

4 Les premières viennent de la pénétration dans le corps de virus ou de bactéries qui vont détruire ou modifier certaines cellules après avoir brisé les résistances naturelles de l'organisme. Les secondes peuvent être ou non, les conséquences des premières et se caractérisent par des modifications du fonctionnement des cellules qui vont suspendre des secrétions nécessaires (diabète), perturber la nutrition des organes (anémie), modifier la reproduction des cellules (cancer) ou diffuser des substances nocives (affections nerveuses).

5 Cette affirmation devrait être très largement modérée par l'étude simultanée de l'évolution générale des conditions de vie dans les domaines de l'hygiène, de la diététique et de l'environnement.

6 Depuis la loi du 25 octobre 1919, qui étend aux maladies d'origine professionnelle, le régime de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, divers textes réglementaires fixent la liste des maladies et affections concernées (annexe à l'art.D.461-1 C.S.S.) et les obligations de déclaration à l'inspection du travail qui pèsent sur le médecin. Art.L.416-6 du Code de la Sécurité sociale. Les maladies sont définies par rapport à une liste d'agents pathogènes auxquels le malade est susceptible d'avoir été soumis dans le cadre de son activité professionnelle. Agents chimiques, (plomb, mercure, iode etc...), agents physiques (rayonnement, vibrations, bruit etc...), agents infectieux ou parasitaires (tétanos, brucellose, paludisme etc...). Cette réglementation se fonde uniquement sur la recherche d'un lien de causalité objectif entre la profession et l'altération de la santé sans apporter de définition à la notion de maladie. Pour le régime spécial de l'agriculture cf. décret n°73-1012 du 8 octobre 1973.

7 L'art. 322-3 du Code de la Sécurité sociale prévoit une liste de maladies et d'affections (30 à l'heure actuelle), qui donnent droit à l'exonération du ticket modérateur, en raison de la longueur et du coût important du traitement. Font notamment partie de cette liste, le diabète, l'hémophilie, la mucoviscidose, la paraplégie, la tuberculose, etc... Sur ce point cf. O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, T.2, pp.691-692.

Les facteurs de déséquilibre de la vie des personnes qui rendent impossible la vie "normale" sont indubitablement qualifiés maladies, quelles que soient les causes de ces maladies. [1]

Peut-on déterminer rationnellement les paramètres exacts de la santé humaine dans une tentative d'établissement d'une norme scientifique de la santé ? Chaque individu pourrait alors comparer sa situation personnelle à celle d'une sujet-témoin qualifié par la science de sujet sain, correspondant à son sexe et son âge.

Le développement des examens biologiques et des analyses anatomopathologiques tendent vers une "objectivisation" de certains paramètres ou de certaines fonctions. La mesure de certaines performances (l'acuité visuelle et auditive), le dosage d'éléments variables (les globules rouges, la glycémie, le calcul de la vitesse de sédimentation, etc...) sont autant de données quantifiables. Mais ces critères objectifs sont eux-mêmes relatifs en raison de la particularité de chaque organisme et des divergences scientifiques quant à l'interprétation. Les polémiques sur le bon et le mauvais cholestérol ont montré que le dosage n'était pas tout.

Le développement des moyens diagnostiques d'investigations permet également de détecter, de localiser et d'évaluer des altérations du corps (lésions, fractures, tumeurs). En maniant des outils de haute technologie (échographe, endoscope, scanner etc...), il est possible d'établir une assez bonne cartographie de l'état organique du corps du sujet examiné. Peut-on par suite définir une norme de santé pour tout individu ? Peut-on établir des standards de santé, un foie-étalon, un estomac-type, un cerveau-jauge ? Y-a-t-il une norme scientifique établissant de manière globale une définition de la "bonne santé" ?

Une telle tentative est vouée à l'échec en raison de l'aspect qualitatif de santé et de la vie humaine que ne saurait mesurer une méthode essentiellement quantitative. Des études récentes montrent qu' "*il est donc impossible de définir la maladie ou la santé de manière purement biologique et objective.*" [2] La science ne peut donc pas fournir au Droit la norme scientifique absolue permettant la distinction entre l'état de santé et l'état de maladie. Elle peut toutefois apporter des éléments objectifs pour évaluer l'existence et la gravité de l'altération de la santé de l'individu. Le médecin moderne a plus de moyens techniques pour découvrir et identifier les "*maladies ou affections chirurgicales, congénitales ou acquises, réelles ou supposées*". [3]

Mais l'intervention du médecin ne peut pas être subordonnée à une constatation scientifique "objective" d'un état de maladie par référence à une liste exhaustive de maladies ou d'affections et par comparaison entre un sujet témoin-sain et le demandeur de soins. La maladie, dont la constatation permet d'envisager une action médicale à but thérapeutique, est généralement définie comme une altération de la santé personnelle du sujet. Or, le concept de santé est lui-même relatif et évolutif.

---

[1] Il existe de nombreuses autres tentatives de classement des maladies : en fonction de leur cause, endogènes, exogènes ; en fonction du système atteint, circulatoire, nerveux, respiratoire, etc...

[2] SINDING Christiane Dr., *Prévoir pour prévenir ? Les concepts de maladie et de santé dans la médecine prédictive.*, Revue Prévenir, n°22, 1992, p.57. cf. aussi : "La médecine identifie la norme à la moyenne statistique : supposons par exemple que la glycémie «normale» soit celle que l'on trouve chez 95% des sujets sains testés. On peut faire d'emblée trois remarques : 1) il existe toujours un certain nombre de sujets sains qui présentent un écart (variable) à la norme. 2) il faut définir à partir de quel chiffre «seuil» on décide qu'on est dans le «normal» ou le pathologique : cette décision est arbitraire. 3) on remarque enfin et surtout que pour établir une norme statistique on teste par définition des sujets sains, et que du même coup le problème est esquivé, celui de la définition qualitative de la santé réapparait." pp.56-57.

[3] Art. L.372-1°, al.1. C.S.P.

b) L'évolution du concept de santé

La santé, dans sa définition la plus restrictive, est un état de non-maladie et dans sa définition la plus large est : "*l'ensemble des fonctions qui résistent à la mort*".[1]

Mais elle peut aussi être analysée comme une capacité d'action et de réaction. A partir du moment où l'on constate que l'être vivant est matériellement conçu pour prolonger la vie, que le corps humain est armé pour résister aux agressions externes et aux dérèglements internes [2], il faut conclure que le dénominateur commun à toutes les tentatives de définition est que la santé est une propension à vivre. L'homme sain est donc celui dont l'état tant physiologique que psychologique tend vers la vie. [3]

Cet état d'équilibre des forces vitales peut être naturel et inné ou artificiel et acquis par l'action médicale. "*Il y a actuellement d'innombrables exemples de sujets porteurs de maladies indiscutables, mais contrôlées et qui sont en état de santé thérapeutique (sic) parce qu'ils se soignent et tant qu'ils se soignent. (...) Ils passent comme nous tous de l'état de santé à l'état de maladie et reviennent à l'état de santé. (...) Ils sont en état de santé bien que malades et parce que traités.*" [4] Santé originaire ou santé nouvelle, recouvrée naturellement ou médicalement, la santé est un état de propension à la vie qui implique à la fois une capacité d'action, l'autonomie de vie et une capacité de réaction, la faculté de lutter contre les facteurs de morbidité.

Si l'on retient une définition aussi large de la santé, il faut déclarer que tout ce qui nuit à la propension à vivre est une maladie et que tout ce qui favorise la vie est thérapeutique, ce qui est abusif. Le temps n'est pas une maladie, l'alimentation et le sommeil ne sont pas des actes à but thérapeutique.

L'évolution de la réflexion en matière de santé publique semble montrer l'émergence d'une norme "santé". L'Organisation Mondiale de la Santé (en 1947) adopte une conception très extensive de la santé définie comme : "*un état de bien-être complet, aussi bien physique que mental et social, et non pas la seule absence de maladie ou d'infirmité.*" [5]

Cette définition ne peut pas être retenue telle quelle pour définir le but curatif de l'acte médical sous peine d'y inclure la subjectivité de l'idée de bien-être social. [6] Il faut néanmoins admettre que la définition de la santé qui reposait autrefois sur une description de l'état fonctionnel du corps passe désormais par le souci de l'équilibre de vie de la personne. Le médecin était le réparateur du corps-machine en état de dysfonctionnement [7], il devient l'interlocuteur d'une personne dont la vie est perturbée.

---

1 BICHAT, *Recherches physiologiques sur la vie et la mort*, 1800, 1ère partie, art.1.

2 "C'est un fait que l'organisme jouit d'un ensemble de propriétés qui n'appartiennent qu'à lui, grâce auxquelles il résiste à des causes multiples de destruction. Sans ces réactions défensives, la vie s'éteindrait rapidement... L'être vivant peut trouver instantanément la réaction utile vis-à-vis de substances avec lesquelles ni lui ni sa race n'ont jamais été en contact. L'organisme est un chimiste incomparable. Il est le premier des médecins. Presque toujours, les fluctuations du milieu sont une menace pour l'existence. L'être vivant ne pourrait subsister s'il ne possédait certaines propriétés essentielles. Toute blessure serait mortelle si les tissus n'étaient capables de cicatrisation et le sang de coagulation.", GUYENOT E., *La vie comme invention*, 1938, cité par CANGUILHEM Georges, *Le normal et le pathologique*, précité, p.80.

3 "Santé (...) Bon état physiologique d'un être vivant et notamment d'un être humain ; fonctionnement régulier et harmonieux de l'organisme pendant une période appréciable, indépendamment des anomalies ou des traumatismes qui n'affectent pas les fonctions vitales (un aveugle, un manchot peuvent avoir la santé).", Le Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2° éd° par Alain REY, 1989, V° *Santé*.

4 PEQUIGNOT Henri, in *Encyclopedia Universalis*, V° *Santé*.

5 VEIGA de CARVALHO H. Pr., *La définition de la santé et ses aspects moraux*, in 2ème *Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, T.2, p.264. De FORGES Jean-Michel, *Le droit de la santé*, Que-sais-je ? 1986, n°2308, p.6. On pourrait avec ironie déclarer que les seuls moments de bien-être complet, aussi bien physique que mental ou social sont le stade fœtal, l'orgasme et l'euphorie procurée par certaines drogues.

6 Cf. FAGOT-LARGEAULT Anne, *Réflexions sur la notion de qualité de la vie*, Arch.phil.droit 1991, *Droit et science*, p.138.

7 Lorsqu'une panne ou une défaillance se produisait, un technicien spécialiste, le médecin, était appelé. Il cherchait l'origine du problème, le diagnostic, proposait des réparations, le traitement, ou pronostiquait une détérioration définitive, le constat de mort. Or, cette vision réductrice est fausse. Le corps n'est pas une machine, d'une part, parce qu'il est composé de cellules qui évoluent en permanence, et qui contrairement aux pièces d'une machine, sont capables de s'adapter et de se reproduire, d'autre part, parce que

L'inconvénient d'une définition aussi large de la notion de santé est de permettre d'assimiler à une maladie n'importe quel événement affectant l'équilibre de vie du sujet. Si tout facteur de déséquilibre est ainsi une maladie, toute action visant à réinstaurer l'équilibre est alors une action curative ou thérapeutique. La pauvreté, le licenciement, l'ambition insatisfaite seraient alors des maladies sur le plan social. De même, la rupture amoureuse, la perte d'un être cher, le spleen de l'adolescent seraient des maladies psychiques et au même titre, la grossesse, la faim, l'ivresse seraient des maladies physiques. Tous les moyens au service du rétablissement de l'équilibre de ces individus à la vie perturbée seraient alors qualifiés d'actions thérapeutiques.

Cette extension ne correspond pas à la réalité du droit positif qui limite la mission du médecin à la pratique de l'acte médical par nature. Cet acte consiste à prendre part à l'établissement d'un diagnostic et/ou au traitement "*de maladies ou d'affections chirurgicales, congénitales ou acquises, réelles ou supposées.*" [1] Tout ce qui est bon pour le bien-être n'entre pas dans la compétence exclusive des médecins.

Mais la frontière n'en est pas moins ténue et imprécise. Cela est particulièrement vrai pour la distinction entre maladie mentale et inadaptation sociale : "*Le champ de la médecine : (...) certaines catégories sociales en marge - asociaux, délinquants, toxicomanes, etc... flottent, au hasard des civilisations, des pays, des moments et des idées particulières de tel ou tel magistrat, entre la prison et l'hôpital psychiatrique. Parmi ces individus, quels sont ceux que doit prendre en charge la médecine ?*" [2] C'est d'ailleurs dans le domaine de la psychiatrie que la définition de l'O.M.S. semble avoir eu le plus d'influence, si l'on en croit cette définition de la santé mentale : "*Aptitude parfaite à nouer des relations harmonieuses avec ses semblables.*" [3]

Nous conviendrons que la santé est un équilibre de fonctionnement du corps humain permettant une autonomie de l'être humain qui tend vers la vie, la maladie étant une altération de cet équilibre et de cette autonomie. C'est pourquoi la plupart des altérations de la santé, qu'elles soient ou non qualifiées de maladies, permettent indiscutablement l'intervention du médecin. Les altérations mortelles (cancer, leucémie, SIDA), les invalidités naturelles ou accidentelles (cécité, surdité, fracture), les perturbations génétiques ou héréditaires (myopathie, mucoviscidose, hémophilie), sont des maladies au sens où elles justifient le recours à la médecine.

Si le sujet est déclaré malade et que l'acte médical vise à lui faire recouvrir la santé, l'acte projeté a une perspective thérapeutique. Mais il existe de nombreux cas de maladies "discutées".

B) Les maladies discutées

Plusieurs modifications de l'état de santé des individus posent problème sur le plan juridique. Il faut, en effet, déterminer si ces perturbations peuvent être assimilées avec des maladies. Leur refuser le "statut" de maladie équivaut à empêcher l'intervention médicale, leur accorder une assimilation avec les maladies ouvre la possibilité d'une action médicale licite.

Il s'agit généralement d'affections qui touchent à un aspect non mesurable de la santé et en particulier d'atteintes à l'équilibre psychologique de la personne. Autant il est aisé de déclarer malade celui dont on peut constater la maladie par des signes extérieurs (analyse de la tumeur par biopsie, clichés de radiographies du cancer du poumon, dosage des hormones etc...), autant il est délicat de classer dans les rangs des malades celui dont la santé est altérée par un élément non visible.

---

l'être humain est un tout matériel et immatériel, organique et mental qui diffère nettement de la somme des organes et tissus qui le composent.

[1] Art. L.372-1°, al.1. C.S.P.

[2] PEQUIGNOT Henri, *Encyclopedia Universalis*, V° *Santé*

[3] KERNBAUM Serge Dr, *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, précité, V° *Santé*, p.755.

Or, pour pouvoir intervenir médicalement, il faut au préalable constater une cause licite d'intervention, une maladie ou une affection assimilée. Car la simple demande de la personne ne suffit pas, étant donné l'indifférence du droit pénal au consentement de la victime.

C'est pourquoi le médecin ne peut s'en remettre au simple fait que le sujet lui réclame une intervention. Il ne peut agir licitement que s'il est dans son domaine de compétence : le traitement des maladies. Il n'est pas habilité à pratiquer tous les actes demandés par la personne. C'est à ce titre que sont prohibées l'euthanasie et toutes les atteintes à l'intégrité corporelle non fondées sur l'existence d'une maladie. [1]

Cette limitation pose la question de la médecine de confort, c'est à dire des actes médicaux demandés avec insistance par une personne et pour lesquels l'état de maladie est "discuté". Si le cas de la chirurgie esthétique semble aujourd'hui réglé [2], il convient d'évoquer spécialement la question de la douleur (1°), des drogues (2°) et du transsexualisme (3°).

1°) La douleur est-elle une altération de la santé ?

La douleur est-elle une détérioration de la santé contre laquelle on peut lutter dans un but qui devient alors curatif ? La sensation de douleur est un événement qui affecte la vie de l'homme et qui est très personnel et par conséquent très subjectif mais qui peut néanmoins être évalué. [3] Le corps médical est confronté à l'évaluation des mécanismes de la douleur lorsqu'il s'agit d'établir une stratégie adéquate de soulagement et d'apaisement. La définition de la notion de douleur n'échappe généralement pas aux difficultés liées à son caractère de manifestation personnelle non directement observable pour les tiers. [4] Les tentatives d'explication des médecins montrent leur souci de compréhension scientifique. [5] "*La douleur est une sensation anormale et désagréable provoquée par l'excitation excessive d'une partie vivante de l'organisme, perçue et intégrée au niveau le plus élevé du cortex cérébral, qui lui confère son caractère de «vécu personnel» et sa tonalité émotionnelle et affective.*" [6]

Le phénomène de souffrance pose deux questions au juriste, la première concerne l'indemnisation de la douleur causée à autrui, la seconde est de déterminer si la douleur est une altération de la santé, ce qui peut signifier alors que la lutte contre la douleur serait une démarche curative. Les civilistes considèrent la douleur a posteriori pour indemniser, alors que les pénalistes visent la douleur a priori, comme élément de justification possible de l'intervention médicale au titre du but curatif.

---

1 Cf. supra l'excision, p. 114 et s., et infra la stérilisation. p.196 et s.

2 Cf. infra : §2, l'utilité indirecte, p.203.

3 "Bien qu'elle présente un aspect subjectif, la douleur physique est essentiellement un phénomène nerveux qui, au moment où il est ressenti, peut être observé et même, paraît-il mesuré avec une assez grande précision grâce à un appareil, le dolorimètre (...). Il peut donc rendre de grands services aux médecins-experts et, par contrecoup aux juges chargés d'évaluer le «pretium doloris», tout au moins en ce qui concerne les souffrances qui persistent au moment où ils sont appelés à intervenir.", *Traité de droit civil* sous la direction de Jacques GHESTIN, *les obligations, la responsabilité : effets*, par Geneviève VINEY, L.G.D.J. 1988, pp.202-203.

4 "Sorte de sentiment dont sont susceptibles toutes les parties du corps, (...), dans lesquelles se fait une distribution des nerfs qui aient la disposition naturelle de transmettre au cerveau les impressions qu'ils reçoivent. (...) Ce sentiment est une modification de l'âme qui consiste dans une perception désagréable, occasionnée par un désordre du corps." article DOULEUR, D'AUMONT Arnulphe, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société des gens de lettres, mis en ordre et publié par M.DIDEROT et quant à la partie mathématiques par M.D'ALEMBERT.* t.5, p.83 a, Paris Brisson, David, La Breton; puis Neufchatel, S.Fauche, 1751-1765, 17 vol.

5 "La douleur est cet état d'âme qui comparant sa situation présente à son état passé juge que le corps éprouve, dans quelques unes de ses parties sensibles ou dans son ensemble, des déchirements ou des altérations qui en dérangent l'harmonie. (...) Ne l'appréciez jamais par ce qu'elle vous paraît être, mais par ce que le malade vous paraît souffrir. Il n'est point de petite douleur pour celui qui souffre.", M.A.PETIT, "Discours sur la douleur", prononcé à l'ouverture des cours d'anatomie et de chirurgie de l'hospice général des malades de Lyon, le 28 brumaire an 7, (1799), Lyon, Reymann & Cie, p.93 cité par REY Roselyne, in *Le corps et la douleur au temps de la révolution, le point de vue des médecins et des chirurgiens*, Conversciences, *La douleur, approches pluridisciplinaires* sous la direction d'Arlette LAFAY, L'Harmattan, 1992, p.53.

6 KERNBAUM Serge Dr., *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, précité, V° *Douleur*, p.276.

Les civilistes sont confrontés au concept de douleur à propos de la demande d'indemnisation quand une victime demande en justice une réparation pour une douleur subie. [1] Il s'agit alors de déterminer si la douleur était un préjudice juridiquement réparable et d'autre part d'en évaluer la valeur. Dès lors que la jurisprudence a admis de réparer le préjudice moral aussi bien que le préjudice matériel, il n'y a plus eu d'obstacle à l'indemnisation de la douleur.[2]

Les médecins experts hiérarchisent l'intensité des douleurs en utilisant des recueils de modèles d'indemnisation. [3] Les médecins, en tant que scientifiques, ont dû méthodiquement essayer de classer les perceptions de souffrance, de peine et d'affliction que, du jeune enfant au vieillard, on exprime par le fait d'être ou d'avoir mal. "*La sémiologie médicale, (...) distingue des qualités de douleurs (douleur pulsative, fulgurante, tormineuse, térébrante, exquise, etc...) et des intensités de douleur (une céphalée pulsative peut être plus ou moins forte). (...) On admettra ci-après que le bien-être peut avoir plusieurs composantes («dimensions»), mais qu'à l'intérieur de chaque composante il admet le plus et le moins.*" [4] On trouve au gré des ouvrages médicaux d'autres qualificatifs de la douleur, sourde, aiguë, constrictive, gravative, lancinante, pongitive, etc...

On ne peut néanmoins comparer la situation du médecin-expert qui apprécie a posteriori le quantum de douleur subie pour proposer une valeur monétaire d'indemnisation et celle du médecin confronté à un être humain souffrant. Ce dernier à un rôle d'action et non pas d'évaluation. Il lui faut savoir s'il peut agir licitement pour lutter contre la douleur.

Les poètes ont longuement analysé et exprimé le sentiment de la douleur démontrant parfois que cet attribut de la vie humaine pouvait être une source d'inspiration de réflexion et de désespoir créatif. [5] Le commun des mortels y trouve pourtant plus de désagréments que de félicités. "*Les pessimistes avec Schopenhauer considèrent que seule la douleur est réelle et le plaisir n'en est que l'absence passagère, alors que les optimistes avec Epicure voient dans la douleur le mal qu'il convient de réduire par un constant exercice de la volonté et de l'intelligence.*" [6]

La douleur est souvent le signe d'une altération de la santé, un signal d'alerte qui révèle une maladie ou une affection "classique" (déplacement de vertèbre, claquage musculaire, appendicite). L'intérêt d'une classification médicale des douleurs est de permettre des tentatives de modélisations des signes symptomatiques de tel ou tel diagnostic. L'interrogatoire du médecin "au lit du patient" porte généralement sur le type de douleur ressentie, son intensité, sa durée. Une douleur est parlante

---

[1] Une commission de réflexion sur la doctrine et la méthodologie de l'évaluation du dommage corporel en droit commun, a siégé au Palais de justice de Paris en 1986 et 1987. Elle fut présidée par le haut-conseiller OLLIVIER, et a proposé de nombreuses recommandations tendant en particulier à remplacer les termes de pretium ou de quantum doloris par celui de souffrances endurées. HAMONET Claude, *Quantum doloris, aspects médico-légaux de la douleur*, Conversciences, *La douleur, approches pluridisciplinaires*, précité, p.167.

[2] "Il est rare qu'un préjudice moral ne soit pas doublé d'un préjudice matériel. Une blessure cause des souffrances à la victime : préjudice moral, mais aussi un préjudice pécuniaire.", MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, T.II, 1er volume, obligations théorie générale, Montchrestien, 1985, 20ème leçon, n°416, p.404. cf. jurisprudence citée en référence, notamment Cass.Ch.réunies 15 juin 1833, S.1833-1-458, Cass.civ. 13 fév. 1923, D.P. 1923, I, 52 note LALOU.

[3] Cf: THIERRY Michel et NICOURT Bernard, *Réflexions sur les «souffrances endurées»*, Gaz.pal.1981, p.480., "Les médecins-experts ont, (...) établi des barèmes en classant les blessures les plus courantes (...). Aujourd'hui le barème le plus utilisé, celui du Docteur THIERRY en compte sept. D'après la nature du traumatisme constaté le pretium doloris est qualifié de «très léger», «léger», «modéré», «moyen», «assez important», «important», «très important».", *Traité de droit civil* sous la direction de Jacques GHESTIN, *les obligations, la responsabilité : effets*, par Geneviève VINEY, L.G.D.J. 1988, p. 203.

[4] FAGOT-LARGEAULT Anne, *Réflexions sur la qualité de la vie*, précité, p.138.

[5] "Sois sage, ô ma douleur, et tiens toi plus tranquille
Tu réclamais le soir ; il descend ; le voici"
BAUDELAIRE Charles, *Recueillement*, 1868, Les fleurs du mal, livre de poche, 1972, p.273.

"Tout sera dit. (...)
Les douleurs finiront dans toute l'ombre ; un ange
Criera : Commencement !"
HUGO Victor, Les contemplations, *Ce que dit la bouche d'ombre*, Jersey 1855, v.781-786, nouveaux classiques Larousse, 1971, p.100.

[6] THIERRY Michel et NICOURT Bernard, *Réflexions sur les «souffrances endurées»*, précité, p.480.

à l'oreille du praticien habitué à traquer l'affection derrière ses signes apparents. L'analyse des sensations de douleur est pour lui une aide au diagnostic.[1]

La douleur est donc un indicateur de maladie "classique" mais elle peut aussi devenir une véritable "maladie". Il est souvent impossible de différencier la perception de douleur, de l'affection qui cause cette douleur. Le patient qui sollicite un acte médical demande simultanément que l'on supprime sa douleur et que l'on restaure sa santé. Les conceptions modernes de la médecine apprécient le patient dans sa globalité d'être humain souffrant et non comme une addition d'organes indépendants. Si la santé est un équilibre tant physiologique que psychologique, il est incontestable que la douleur est parfois un facteur d'altération de la santé.

Chaque fois que la douleur perturbe la vie de la personne on peut assimiler la douleur à une maladie. La personne signale sa douleur au médecin qui l'évalue et détermine si il s'agit d'une altération de la santé qui justifie une intervention médicale. [2] En conséquence, les actes qui visent à rétablir cet équilibre en atténuant ou en supprimant la perception de cette douleur peuvent être des actes curatifs. Ce raisonnement vaudra pour l'acte d'anesthésie qui vise à prévenir la douleur. Accessoire de l'acte médical principal il est néanmoins utile pour la restauration de la santé. Les autres critères de justification fondés sur le caractère thérapeutique, tels que l'utilité et la proportionnalité, empêcheront de pratiquer l'euthanasie mais permettront des soins palliatifs. [3]

2°) L'intoxication par une drogue est-elle une altération de la santé ?

Le droit entretient des rapports ambigus avec les drogues. Les drogues sont des substances qui ont un "*effet analgésique, euphoristique ou dynamique (...). Ces substances sont toxiques du fait d'une grande nocivité propre et en quelque sorte spécifique que certains auteurs appellent le pouvoir toxicomanogène ou d'un usage trop intensif ou prolongé, provoquant dans l'organisme des réactions d'adaptation qui se traduisent par une tolérance paradoxale, par un état de besoin impérieux et par des accidents plus ou moins impressionnants en cas de sevrage brusque.*" [4]

Certaines drogues sont licites (alcool, tabac...) et d'autres sont illicites (opium, cocaïne, cannabis...), alors que les unes et les autres correspondent pourtant à une définition unique. "*On peut caractériser la notion juridique de drogue par la définition suivante : Est drogue toute substance naturelle ou synthétique susceptible de créer : 1° un effet sur le système nerveux central, 2° une dépendance physique ou psychique, 3° un danger sanitaire et social.*" [5]

Le droit pénal est spécialement et directement concerné par la répression du trafic de drogues illicites. Déjà qualifié délit dans le Code pénal [6], le trafic de stupéfiants est hissé au rang des crimes dans le nouveau Code pénal. [7] La règle principale en droit français est celle de la répression du trafic de stupéfiants. En ce qui concerne la consommation de stupéfiants [8], le droit est plus hésitant

---

1 "Si l'arsenal thérapeutique permet, dans la majorité des cas, de supprimer ou d'atténuer la plupart des douleurs, l'indication d'une telle suppression ou atténuation immédiate n'est pas toujours pertinente car elle peut masquer un tableau évocateur.", THIERRY Michel et NICOURT Bernard, *Réflexions sur les «souffrances endurées»*, ibidem. D'où l'intérêt de connaître l'origine d'une douleur avant d'en masquer les effets par des drogues analgésiques. Un abdomen douloureux peut être le signe d'une péritonite, or l'apaisement systématique de la douleur peut faire perdre un temps précieux dans le diagnostic et la cure d'une affection grave et même mortelle. Pour un exemple de rupture de l'utérus masquée par l'injection de produits calmant la douleur des contractions cf. Cass.crim. 21 mars 1989, lexilaser, Pourvoi n°87-80545.

2 En fonction de son intensité (forte migraine par exemple) et/ou de sa durée (brûlure d'estomac par exemple).

3 Cf. infra l'euthanasie et le soulagement de la douleur, les soins palliatifs, p.207 et s.

4 POROT Antoine et POROT Maurice, *Les toxicomanies*, Que-sais-je ? n°586, 5ème éd° 1976, p.5.

5 CABALLERO Francis, *Droit de la drogue*, Dalloz 1989, n°6, p.7.

6 " Seront punis d'un emprisonnement de deux ans à dix ans (...)" Art.L.627 C.S.P.

7 "Le fait de diriger ou d'organiser un groupement ayant pour objet la production, la fabrication, l'importation, l'exportation, le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi de stupéfiants est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et de 50 000 000 F d'amende." Art.222-34 al.1. N.C.pén.

8 "Stupéfiants Subst.plur. - De stupéfier, lat. *stupefacere, stupeferi* : être étonné, interdit. Ensemble des substances ou plantes classées comme telles par voie réglementaire (C.sant.publ., a.L.626), parce que reconnues vénéneuses et de nature à provoquer chez

car il apparaît que le drogué est au moins autant un malade qu'un délinquant. C'est pourquoi la loi consacre un principe de répression [1] qui est tempéré par une possible prise en compte de l'aspect médical par la procédure de l'injonction thérapeutique. [2]

Le fait de déclarer que la toxicomanie est une forme de maladie est très important parce que cela signifie que des actes médicaux peuvent être entrepris licitement pour soigner les toxicomanes. "*La toxicomanie constitue-t-elle une altération organique ou fonctionnelle définissable ? (...) Il peut s'agir d'une maladie diagnosticable curable.*" [3] Or, il existe des moyens de désintoxication qui permettent au malade de combattre la maladie. La toxicomanie peut être "guérie" par des moyens thérapeutiques. Quant à la licéité de l'emploi des traitements des toxicomanes, produits de substitution, etc..., elle est soumise aux règles ordinaires de justification des actes médicaux. [4]

Le caractère licite ou non du produit ne modifie en rien la possibilité d'intervenir médicalement. Le médecin peut agir s'il y a une altération de la santé de l'individu du fait d'une intoxication par le tabac, l'alcool ou des stupéfiants. La dépendance est assimilée à une maladie contre laquelle il est licite d'intervenir médicalement par une désintoxication qui est le : "*processus par lequel l'organisme est débarrassé des toxines qui l'imprègnent. Actuellement : traitement ou cure appliqué à un alcoolique ou à un toxicomane pour le libérer de sa dépendance à l'égard de la drogue.*" [5]

La dépendance à un produit qui perturbe la santé de l'individu est assimilée à une maladie, ce qui justifie une intervention médicale. Il faut toutefois noter que la dépendance peut être liée à la consommation de médicaments, ce qui doit inciter les médecins à être vigilants dans leurs prescriptions car l'acte médical peut être parfois lui-même iatrogène. Le médecin peut involontairement causer une maladie ou une affection qui justifiera alors une nouvelle intervention médicale. On retrouve parfois cette écueil en matière de transsexualisme.

3°) Le transsexualisme est-il une altération de la santé ?

Le phénomène de la transsexualité est généralement observé d'abord par le personnel médical qui est confronté à la demande d'un individu qui réclame qu'on l'aide à adapter son corps à l'idée qu'il en a. [6] La question qu'il nous faut considérer est celle de l'étendue des possibilités d'actes médicaux qu'un médecin peut entreprendre pour aider celui ou celle qui souffre incontestablement. La justice n'aborde, d'ordinaire, le transsexualisme qu'après la médecine et, le cas échéant, sous deux angles fondamentalement différents. Soit il s'agit d'un contentieux de l'acte médical, soit il s'agit d'une requête en modification de l'état civil. Il n'est pas question de traiter ici de la possibilité juridique de changer de sexe, ce qui peut faire l'objet d'un débat en soi, mais de la licéité de ces

---

l'utilisateur une sorte d'ivresse intoxicante. Ex. chanvre indien, kât, etc... se distinguent des substances dangereuses et des substances toxiques (...).", CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Stupéfiants*, p.783.

[1] "Seront punis d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 500 F à 15 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement, ceux qui auront, de manière illicite, fait usage de l'une des substances ou plantes classées comme stupéfiants.", Art. L.628 C.S.P. (L. 31 déc. 1970) Le nouveau Code pénal ne modifie pas cette disposition. "La répression du simple usage de stupéfiants ou de la provocation à l'usage (...) demeurant dans le Code de la santé publique.", VERON Michel, *Réflexions sur le «nouveau» droit pénal spécial. Essai d'une typologie des infractions*, Dr.pén. 1993, n°4, p.3.

[2] Cf. infra 2ème Partie, Titre 2, Les dérogations au consentement, p.476 et s.

[3] DUGARIN Jean et NOMINE Patrice, *La prescription de méthadone*, in *D'une toxicomanie à l'autre*, Centre National de Prévention d'Etudes et de Recherches en Toxicomanies, éd° les empêcheurs de tourner en rond 1990, p.108.

[4] Cf. infra le traitement, p.230 et s.

[5] KERNBAUM Serge Dr., *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, précité, V° *Désintoxication*, p.256.

[6] Phénomène ancien ou nouveau ? "Comment les transsexuels anonymes des temps passés se débrouillaient-ils, se suicidaient-ils, vivaient-ils tous dans un malheur insurmontable ou trouvaient-ils un ajustement, le moins mauvais possible avec la réalité. (...) Il y a de par le monde un certain nombre de chirurgiens qui opèrent n'importe qui, n'importe comment si les honoraires sont payés...", CHILAND Colette, *Enfance et transsexualisme*, Revue psychiatrie de l'enfant, 1988, vol.XXXI, 2, pp.326-327. L'histoire connaissait certainement le phénomène sous d'autres noms, invertis, hermaphrodisme, etc...

mutilations. Nous n'envisagerons pas les problèmes d'état des personnes et en particulier la question de la modification de l'état civil car il s'agit d'un contentieux très spécifique. [1]

Dans les deux hypothèses, le premier souci du juge est de déterminer si l'individu est, ou non, transsexuel. [2] La question fondamentale et sous-jacente est de savoir si le transsexualisme est une maladie.

La loi française ne contient pas de définition du sexe alors même que le Droit des personnes repose sur le principe essentiel que les êtres humains sont rattachés à l'un ou l'autre sexe. [3] Cette lacune a contraint les auteurs [4] et la jurisprudence [5] à tenter de définir la notion de sexe. [6] L'utilisation de certaines définitions médicales, morphologiques et psychologiques, par exemple, permet au médecin de parler techniquement de changement de sexe. La chirurgie moderne a les moyens de changer l'image sexuelle de l'être humain. Le progrès scientifique peut, ainsi, être un facteur de perturbation de la notion de sexe, la technique permettant de modifier ce qui, autrefois, tenait lieu de critère de différenciation : l'apparence.

Les définitions juridiques, tant doctrinales que jurisprudentielles, se fondent essentiellement sur les deux critères de la morphologie et de la génétique. L'examen des organes génitaux externes permet dans l'immense majorité des cas de déterminer, au premier regard, le sexe d'un enfant en référence à son apparence. [7] Mention de son sexe est portée en marge de l'acte de naissance. En cas d'hésitation, c'est la référence au sexe génétique ou chromaticien qui permettra l'identification du sexe. [8] Malgré certaines contestations des juridictions du fond, il semble que la référence au sexe génétique recueille les faveurs de la Cour de cassation. [9] Le sexe génétique a pour principale caractéristique d'être immuable.

Contrairement au concept juridique de sexe qui connait un grand nombre de définitions, la notion de transsexualisme fait, aujourd'hui, l'objet d'un large consensus. [10] Le transsexualisme se

---

1 En ce qui concerne la rectification des actes de l'état-civil cf. les très sévères critiques envers l'évolution de la jurisprudence française qui semble abandonner le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, (Cass. Ass.Plén. 11 déc. 1992), faisant suite à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 mars 1992, MASSIP Jacques, *Le Transsexualisme*, Defrénois 1993, art.35502, p.414.

2 Pour la Cour de cassation, la rectification des actes de l'état-civil du transsexuel dépendra de la réalité du syndrome établi par un diagnostic scientifique et du caractère thérapeutique des opérations subies. "Attendu que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine (...) le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état-civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence.", Cass.Ass.plén., 11 déc. 1992, 1ère esp., même attendu dans la seconde espèce, Defrénois 1993, art.35505, pp.431-432.

3 Cf. LINOSSIER Lucien, *Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique*, D.1981 chron. p.146.

4 Cf. THOUVENIN Dominique, *Le transsexualisme une question d'état méconnue*, R.T.D.Soc. 1979, p.306-307, LINOSSIER Lucien, *Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique*, précité, p.143, FAURE Georges-Michel, *Transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes*, R.T.D.Soc. 1989, p.3 à 6, RASSAT Michèle-Laure, *Sexe, médecine et droit*, in Mélanges Pierre RAYNAUD, Dalloz 1985, pp.655-656, GOBERT Michèle, *Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister*, J.C.P. 1990-I-3475, n°17-18, Rapport MASSIP sous Cass.civ. 21 mai 1990, J.C.P. 1990-II-21588.

5 "Le sexe, non défini par la loi, est la résultante de composantes diverses : génétique, morphologique, hormonale, mais aussi psychologique, (vécu personnel), et psycho-sociale, (vécu relationnel)." C.A. Agen 2 fév. 1983, J.C.P. 1984-II-20133.

6 Bien que chacun s'accorde à expliquer que le terme de sexe est polysémique en ce qu'il recouvre des notions différentes. Sexe génétique, morphologique, hormonale, psychologique, social. Nous pensons, à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de cassation, pouvoir affirmer qu'il n'y a pas une définition du sexe, mais plusieurs. Il y a au moins deux groupes de définitions de la notion de sexe : les définitions médicales, et les définitions juridiques. Les définitions médicales sont fondées sur les différents moyens scientifiques de distinction des individus mâles et des individus femelles.

7 Le critère morphologique était jadis, déjà, source d'erreur : "Hier, un sujet porteur de testicules féminisants, génétiquement mâle, était déclaré du sexe féminin, sur un morphotype sans équivoque. Une authentique fille, capable de procréer, atteinte d'hyperplasie congénitale des surrénales était déclarée de sexe masculin, à la seule vue des organes génitaux externes.", HERVET Emile, *Transsexualisme. Actualité du problème médico-légal*, Bull.Acad.Nat.Méd. 1980, 164, n°6, p.530.

8 "Le caryotype masculin «XY» est composé d'un chromosome «X» et d'un chromosome «Y», le caryotype féminin de deux chromosomes «X».", FAURE Georges-Michel, *Transsexualisme et indisponibilité de l'état de personnes*, R.T.D.Soc. 1989, p.4.

9 "Attendu que si le sexe génétique est immuable, la définition du sexe réel n'est pas obligatoirement liée à cette seule notion", T.G.I. Saint-Etienne, 11 juill. 1979, D.1981 p.270, voir aussi C.A.Paris 22 oct. 1987, D.1987, I.R. 231.

10 "Nous ne devons pas oublier que les transsexuels ont toujours existé, mais que l'expression et la sublimation de leur désir n'entraînaient aucune intervention médicale proprement dite. Ils ne se sont manifestés que depuis l'indiscrétion historique du Daily News qui le 3 décembre 1952, avant toute publication scientifique, a révélé l'intervention pratiquée la veille par Hamburger, Sturup et

définit comme :"*le sentiment éprouvé par un individu normalement constitué d'appartenir au sexe opposé, avec désir intense et obsédant de changer d'état sexuel, anatomie comprise, pour vivre sous une apparence conforme à l'idée qu'il s'est faite de lui même.*" [1]

"*Le transsexualisme se caractérise par l'existence d'une discordance entre le vécu psychologique et psycho-social du sujet et les éléments somatiques qui l'ont fait désigner à sa naissance comme appartenant à un sexe déterminé. Il y a transsexualisme vrai dans la mesure où cette évolution échappe à la volonté du sujet et n'est pas le résultat d'une attitude délibérée qui serait adoptée à des fins plus ou moins utilitaires, voire perverses. La requête du véritable transsexuel tend à la constatation de cette discordance et à sa prise en considération sur le plan juridique.*" [2]

Les magistrats veillent à utiliser toutes les possibilités d'investigation scientifique que leur fournissent les expertises pour former leur conviction. La première question, dont la réponse conditionne largement l'issue de la procédure, est : s'agit-il d'un vrai transsexuel ? Aucune confusion ne doit rester possible, entre le transsexualisme et d'autres troubles du psychisme ou de la sexualité. "*Il est à peine besoin de relever, car il y a consensus général sur ce point, que le transsexualisme n'est pas une anomalie sexuelle génétique comme l'hermaphrodisme ou l'androgénie, ni une «dérive» sexuelle comme l'homosexualité ou le travestisme. Le transsexualisme, c'est une conviction. C'est la conviction d'être une femme alors qu'on est homme et réciproquement. (...) C'est l'idée prévalente qu'on appartient en réalité au sexe opposé au sien.*" [3]

Il apparaît que la recherche d'un transsexualisme vrai, en tant qu'indication médicale est le signe que certaines formes de transsexualisme sont assimilées à des maladies.

On retrouve en doctrine et en jurisprudence, avec une remarquable permanence, cette volonté de trier les "vrais" transsexuels des "faux". [4] Il faut s'assurer que l'espèce est : "*un cas de transsexualisme parfaitement authentifié au terme d'expertises dont la mission est très rigoureusement définie et qui sont confiées à des spécialistes très au fait de ces questions. Ce point est en effet capital : il faut insister sur la spécificité du transsexualisme par rapport à des états avec lesquels il n'a, malgré de grossières apparences, aucune parenté.*" [5]

Il est tout à fait remarquable, à ce sujet, de constater que dans ses quatre décisions du 21 mai 1990, la Cour de cassation distingue nettement, en reconnaissant que dans les affaires Jocelyn A., Michèle V., et Dominique N., les demandeurs sont de réels transsexuels alors que dans l'affaire Suzanne Joséphine J., le transsexualisme était invoqué mais pas établi. "*Mais attendu que la Cour d'appel a estimé au vu du rapport des experts et par une appréciation qui est souveraine, que les circonstances de l'espèce ne permettait pas de parler, à propos de Suzanne J. d'état transsexuel et que le changement physiologique intervenu était le résultat d'opérations chirurgicales qu'elles a voulues ; (...) l'état de transsexualisme n'étant pas établi.*" [6]

Pour Monsieur SOUTOUL, il ne fait aucun doute que les véritables transsexuels sont atteints d'une altération de la santé, "*les indications du traitement des transsexuels paraissent en France*

Iversen. Dans la seule année 1953, les auteurs avaient reçu 465 demandes du monde entier.", VAGUE J., in *Discussion au sujet de Transsexualisme. Actualité du problème médico-légal*, Bull.Acad.Nat.Méd. 1980, 164, n°6, p.533.

[1] ALBY, *Contribution à l'étude du transsexualisme*, Thèse Médecine Paris, 1956, cité par RASSAT Michèle-Laure, *Sexe, médecine et droit*, précité p.656.

[2] C.A.Agen 2 fév. 1983, J.C.P. 1984-II-20133.

[3] Conclusions. Françoise FLIPO, Avocat général, sous Cass.civ. 21 mai 1990, J.C.P. 1990-II-21588.

[4] "Bien entendu est exigé avant tout un diagnostic le plus strict possible du transsexualisme vrai.", SOUTOUL J.H., TOUZE M. et FROGE E., *Le médecin et le juge français face aux transsexuels en 1986*, J.Gynecol.Obstet.Biol.Reprod., 1986, 15, p.1011.

[5] PENNEAU Jean, note sous C.A. Agen 2 fév. 1983, J.C.P.1984-II-20133.

[6] Cass.civ. 21 mai 1990, J.C.P. 1990-II-21588.

bien codifiées par J.Breton depuis 1983 et s'avèrent défendables sous réserve du respect rigoureux des conditions générales et médicales détaillées par cet auteur." Leur prise en charge médicale doit être confiée à des "*spécialistes scrupuleux avant tout motivés par le souci de réduire de vrais états de détresse psychologique chez des transsexuels authentiques.*" Afin de respecter les principes essentiels de la justification pénale de l'acte médical : "*la justification thérapeutique lors d'une poursuite pénale n'est admissible (...) que si le consentement parfaitement éclairé du patient peut être clairement obtenu.*" [1]

C'est également le raisonnement suivi par Madame THOUVENIN "*La fonction du médecin est d'ordre curatif. (...) Le point est donc de savoir si le transsexualisme doit être considéré comme une maladie (...). Si les médecins convainquent les magistrats qu'il faut considérer le transsexuel comme un malade, ces derniers ne s'arrogeront pas le droit de le traiter autrement.*" [2]

La plupart des experts médicaux s'entendent aujourd'hui pour affirmer : "*le transsexualisme est une maladie ou plutôt un syndrome. Sa fréquence peut être appréciée, la définition en est précise, ses symptômes principaux ont été isolés (...). Toutes les tentatives faites pour harmoniser le psychisme du sujet avec son apparence physique sont vaines. Toute psychothérapie est inefficace. (...) L'action du médecin est donc justifiée (sic) et il est capable de garantir suffisamment son diagnostic pour que la justice ne se fourvoie pas dans de sombres histoires de mœurs ou de folie.*" [3]

Ainsi peut-on constater que le diagnostic de transsexualité est scientifiquement difficile à établir en raison de nombreux états voisins. Le corps médical préconise d'ailleurs une longue phase d'observation d'au moins deux années [4], afin d'éliminer les "fausses" demandes. Il doit apparaître que, à défaut d'intervention médicale, le vrai transsexuel est engagé dans un processus morbide (dépression nerveuse [5] ou risque de suicide [6]). C'est pourquoi le transsexualisme "vrai" peut être assimilé à une véritable maladie qui peut licitement susciter une intervention médicale.

Il subsiste cependant une ambiguïté sur la question de la licéité du traitement chirurgical des transsexuels en raison du rôle possible de l'hormonothérapie. Le diagnostic de transsexualisme ne peut être réellement effectué qu'avant toute acte médical.

Or, les médecins distribuent relativement facilement les hormones qui leur sont demandées par des patients incertains quant à leur identité sexuelle. [7] Ces hormones modifient gravement l'aspect extérieur de la personne qui se rapproche ainsi du modèle sexuel souhaité. [8] Il n'y a pas de véritable contrôle juridique à ce stade de la relation médicale. Ce n'est qu'ensuite que le sujet demande au médecin de lui faire franchir le dernier cap en modifiant chirurgicalement les vestiges du sexe qu'il veut abandonner. Déjà transformé par les hormones, le patient sollicite la transformation des dernières discordances apparentes : la mutilation des organes sexuels externes.

---

1 SOUTOUL J.H., TOUZE M. et FROGE E., *Le médecin et le juge français face aux transsexuels en 1986*, précité pp.1011 et 1013.

2 THOUVENIN Dominique, *Le transsexualisme, une question d'état méconnue*, précité, p.291.

3 VEDRINNE J. et ELCHARDUS J.M., *Evolution des réponses médico-juridiques à la question du transsexualisme*, in *Droit de l'homme et médecine*, Masson, 1984, p.162. Contra, pour les quelques médecins opposés à la notion de maladie cf. BON Isabelle, *Le transsexualisme, l'émergence conjuguée de pratiques médicale et judiciaire*, Thèse Droit Lyon 1989, pp.68-69.

4 BRETON J. in *Le transsexualisme. Droit et éthique médicale*, DIAMANT-BERGER O., Masson 1984, n°127.

5 Comme dans le cas de Norbert B. "angoissée par sa féminité, elle souffrait de dépressions nerveuses qui culminèrent en 1967, époque à laquelle elle fut hospitalisée pendant un mois.", Cour européenne des droits de l'homme, 25 mars 1992 aff.B. c. France, J.C.P. 1992-II-21955. La Cour condamna la France pour violation de l'art.8 de la C.E.D.H. qui garantit le droit au respect de la vie privée à l'occasion du rejet d'une demande de rectification d'état civil de Norbert B. cf. D.1993 p.101 note MARGUENAUD Jean-Pierre et LOMBOIS Claude, *La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme*, D.1992, chron. p.323.

6 Il faut noter "que le risque suicidaire, parfois associé à des auto-mutilations, est très souvent avancé pour justifier des traitements parfois d'urgence visant à obtenir une conversion sexuelle.", SOUTOUL J.H., TOUZE M. et FROGE E., *Le médecin et le juge français face aux transsexuels en 1986*, précité, p.1011.

7 Ce qui pose à nouveau la question de la liberté de prescription et surtout l'omnivalence du diplôme de docteur en médecine. Tous les omni-praticiens sont-ils conscients des effets irréversibles des hormones...

8 "Aussi ne peut-on savoir comment G... se présentait avant l'opération alors que, pour parvenir à ses fins, il avait déjà cru devoir, six ans plutôt, faire grossir, par des procédés spéciaux, sa poitrine et ses hanches.", C.A.Paris 18 janv. 1974, D.1974 p.196, Concl. GRANJON, très hostiles à la rectification d'état civil, p.197.

Le médecin doit veiller au piège qui consiste à créer lui-même le transsexuel, alors qu'une psychothérapie est encore possible pour celui qui a un équilibre perturbé mais pas encore altéré. Les hormones "*sont beaucoup trop précocement prescrites, ce qui risque de créer les conditions d'un véritable chantage lors des demandes d'interventions chirurgicales plastiques remodelantes. (...) Le même chantage, qui pousse de l'hormone au bistouri, se retrouvera d'ailleurs lorsque, déformé par des traitements hormonaux et mutilé par des interventions successives, le sujet sollicitera d'une juridiction l'obtention d'un certificat modifiant son état juridique.*" [1]

Le médecin doit donc veiller à mettre en œuvre tous les moyens diagnostiques utiles pour distinguer les "vrais" transsexuels des "faux" avant toute action médicale. Seuls les premiers sont "malades" et pourront à ce titre être traités médicalement. La prudence doit animer le praticien qui, par son diagnostic, attribue ou non au patient l'étiquette de malade. L'Ordre des médecins insiste sur ces malades particuliers : "*Avant d'accéder aux demandes des transsexuels, il est recommandé de prendre de grandes précautions : - observation clinique très compétente (...) - période probatoire d'au minimum une ou deux années avec psychothérapie d'essai, - l'indication d'intervenir chirurgicalement ne peut être envisagée qu'après consultation de plusieurs spécialistes.*" [2]

Le médecin confronté à un cas de transsexualité doit s'entourer des plus grandes précautions scientifiques avant d'envisager un traitement médical. La justice ne lui pardonnerait pas d'agir sans avoir la certitude que le sujet-demandeur entre bien dans la catégorie des "malades".

Traiter un "faux" transsexuel est illicite car non-curatif. Seul l'acte accompli sur le corps du "vrai" transsexuel peut être justifié. Le diagnostic doit être étayé d'arguments solides pour éviter toute confusion ultérieure, comme ce fût le cas dans l'affaire Jean-Eric O., jeune homosexuel de 25 ans qui fut opéré deux mois après sa première consultation, malgré les réticences des rédacteurs du bilan psychologique. L'intéressé supporta si mal le bouleversement de son apparence physique d'homme qu'il se suicida.

La Cour d'Appel d'Aix-en-Provence condamna les chirurgiens pour coups et blessures volontaires avec préméditation : "*Attendu (...) que le médecin jouit ainsi d'une impunité légale dans la mesure où son intervention est justifiée par un intérêt thérapeutique. (...) qu'il n'est pas établi que la conservation par la partie civile de ses organes sexuels masculins était de nature à compromettre gravement son équilibre mental.*" [3]

Pour bénéficier d'un régime pénal exorbitant par rapport au droit commun, le médecin doit démontrer que son action vise à rétablir la santé d'un malade. Jean-Eric O. n'était pas malade, l'acte accompli n'avait donc objectivement aucune finalité thérapeutique.

Les médecins régulièrement diplômés agissant avec le consentement du sujet n'étaient pas pénalement justifiés puisqu'ils n'ont pas pu établir que la finalité objective de leur action était de rendre la santé à un "vrai" malade. Il manquait à leur démonstration du fait justificatif propre à l'exercice de l'art médical la preuve du but thérapeutique de leur action.

Nous approuvons sans réserve le raisonnement suivi par la Cour et résumé ainsi par Madame THOUVENIN : "*ou bien la démarche des médecins s'inscrivait dans leurs fonctions thérapeutiques et, dans ces conditions, les coups et blessures étaient justifiés, ou bien leur démarche n'était pas de nature thérapeutique et constituait alors une violence punissable.*" [4] D'autant plus que l'arrêt révèle incidemment : "*qu'il est reproché en l'espèce aux praticiens d'avoir oublié l'intérêt du patient pour satisfaire leur curiosité scientifique ; que le Dr M. a d'ailleurs déclaré aux Services de Police le 20*

---

1 SOUTOUL J.H., TOUZE M. et FROGE E., *Le médecin et le juge français face aux transsexuels en 1986*, précité p.1011.
2 O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, T.1, p.127.
3 C.A. Aix-en-Provence 23 avril 1990, J.C.P. 1991-II-21720 note MEMETEAU Gérard, (pourvoi rejeté Cass.crim., 30 mai 1991, D.1991 IR.197).
4 THOUVENIN Dominique, *De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle*, D.1991, chron., p.224.

novembre 1984 : «J'ai assisté... à titre d'intérêt scientifique, en aidant ce dernier (Dr V.)», ce qu'il a confirmé dans ses conclusions devant la Cour : «le concluant a assisté à l'opération qui présentait pour lui un intérêt scientifique»." [1]

La finalité thérapeutique ne peut être que l'intérêt exclusif de la santé personnelle du sujet de l'acte médical considéré comme un "vrai" malade. En matière de transsexualisme, sont des malades les personnes qui souffrent d'un syndrome d'origine biologique ou psychiatrique, en tout cas extérieur à leur volonté. [2] Les travestis et les homosexuels ne peuvent rendre licite une intervention chirurgicale, du seul fait de leur volonté, parce qu'ils ne sont pas malades. Encore une fois, le consentement ne justifie pas tout acte médical.

Mais la constatation d'une altération de la santé d'une personne ne suffit pas à justifier une intervention médicale au titre du but curatif. Pour pouvoir justifier l'action du médecin sur le plan pénal, il faut, après avoir établi une altération de la santé - maladie ou affection assimilée - comparer la situation du sujet avant toute intervention avec celle que l'acte médical envisage de créer. L'acte médical licite est celui qui offre un projet d'utilité pour le malade.

§2) Un projet global : être utile à la santé du sujet

Il est acquis que pour être justifié, l'acte médical d'atteinte au corps doit être fait dans un but thérapeutique. Mais aucune loi ne définit ce qu'il est permis de faire dans l'intérêt de la santé des malades. C'est pourquoi la référence consensuelle au but curatif de tout acte médical licite mérite d'être explicitée. Monsieur André DECOCQ divise la notion de but curatif en plusieurs sous-objectifs possibles : guérison, soulagement, prévention. "*Le traitement des maladies du corps humain, en vue d'obtenir la guérison ou le soulagement du malade, ou leur prévention peuvent exiger soit des atteintes à l'intégrité corporelle de la personne, soit des atteintes à sa liberté.*" [3]

Cette analyse semble avoir perduré puisque l'Ordre National des médecins, par la plume du président Louis RENE, adopte exactement la même énumération des finalités essentielles de tout acte médical. "*Il existe un usage pervers des techniques médicales qui détourne la médecine de ses fins normales : guérir, soulager, prévenir.*" [4] Il faut ajouter à cette liste les actes à visée diagnostique dans la mesure où ceux-ci peuvent être entrepris quel que soit l'état de santé du patient parfois dans un but curatif direct, parfois dans un but curatif indirect, chercher l'origine d'un mal ou chercher un mal possible, par exemple.

Il existe donc une distinction possible entre les actes à utilité directe pour la santé du sujet, ceux qui visent à traiter un cas de maladie (A), et les actes à utilité indirecte, ceux qui visent plus largement à améliorer la vie du sujet (B).

Nous nous efforcerons de démontrer qu'un acte ne peut être qualifié de curatif que dans la mesure où il a une utilité dans la recherche soit de la guérison, soit du soulagement de la douleur, soit d'un diagnostic, soit de la prévention. Un acte qui ne viserait pas une action efficace dans l'une de ces quatre perspectives ne pourrait pas être curatif. L'absence d'utilité pourra résulter soit d'un défaut d'efficacité par absence de principe actif, soit par une disparition définitive ou temporaire

---

[1] C.A. Aix-en-Provence 23 avril 1990, J.C.P. 1991-II-21720.

[2] Sur la bienveillance de la Cour de cassation à l'égard d'un homme "féminisé" du fait d'expérimentations nazies au camp de Struthof cf. Cass.civ 16 déc. 1975, 2ème espèce, D.1976, p.397. La Cour casse la décision de refus de changement de prénom (Georges, Marie, André en Marie-André). La question ne portait pas sur la licéité d'un acte médical. La Cour aurait elle sanctionné, le cas échéant, un acte chirurgical visant à conformer l'état-civil avec l'apparence mutilée par les nazies ? Nous ne le pensons pas. En ce sens cf. MEMETEAU Gérard, *Droit médical*, précité, n°459-460, pp.302-303.

[3] DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, précité, n°430, p.295.

[4] O.N.M., Dr.Louis RENE, *Guide d'exercice professionnel à l'usage des médecins*, précité, Tome 1, p.35.

d'efficacité pour le sujet. Il y des actes qui ne sont pas utiles et d'autres qui sont devenus inutiles, ce que le vocabulaire commun traduit par les expressions : tel acte ne se justifie pas ou tel acte ne se justifie plus. Le langage commun se situe parfaitement dans notre démarche de recherche de la justification pénale de l'activité médicale.

A) L'utilité thérapeutique directe : le traitement de la maladie

Le but curatif, c'est-à-dire l'utilité de l'acte médical pour la santé personnelle du malade, est un des fondements du fait justificatif bénéficiant au médecin. "*Une prestation de soins ne présentant aucune utilité potentielle, étant donné les connaissances actuelles, pour la conservation ou l'amélioration de la santé du malade rend sans cause les lésions physiques qu'elle entraîne et les prive par la même de toute justification objective.*" [1] La prestation de soins peut avoir une utilité directe préalable : le diagnostic (1°) ou une utilité directe immédiate : le traitement (2°). La chirurgie esthétique oscille entre utilité directe et indirecte (3°).

1°) L'utilité directe préalable : le diagnostic médical de la maladie

Le diagnostic est cette phase préalable et incontournable qui consiste pour le médecin à confronter la réalité de la situation qui se présente à la somme de son savoir et de son expérience afin de pouvoir ultérieurement agir. "*L'art de guérir comprend lui-même l'art du diagnostic et l'art du traitement. - L'art du diagnostic est fait de deux temps : 1° Le temps de la documentation consiste à rechercher, puis à rassembler les données, signes et symptômes. (...) 2° Le temps du raisonnement est l'étude critique de la documentation recueillie.*" [2] Premier moment de la relation médicale, le diagnostic est en soi un acte médical qui entre dans le monopole des médecins. [3] Il convient d'étudier le contentieux du diagnostic (a) avant d'analyser le problème du diagnostic d'affection psycho-somatique (b).

a) Le contentieux du diagnostic

L'acte diagnostique est au cœur d'un important contentieux judiciaire car il est courant que des patients réclament en justice la réparation d'un préjudice qu'ils estiment causé par un mauvais diagnostic. Il s'agit alors de poursuites fondées sur d'éventuelles fautes d'imprudence que l'on qualifiera, le cas échéant, d'infractions involontaires.

L'analyse que nous menons ici porte plus spécialement sur la question de l'opportunité de l'acte entrepris que sur sa qualité. Il faut néanmoins préciser que c'est principalement au sujet de l'acte diagnostique que la doctrine a élaboré la distinction essentielle entre faute et erreur. "*Le diagnostic est le résultat d'un jugement. Comme tel, il peut être erroné si le jugement est faux (...). La question n'est pas de savoir si un médecin avisé n'aurait pas ou aurait commis cette erreur de diagnostic ; elle est de savoir quels moyens il aurait employé pour parvenir au diagnostic exact.*" [4] La juridiction saisie tentera d'établir si le médecin a eu un comportement normalement prudent en comparant abstraitement avec ce qu'aurait fait "*à sa place, dans les mêmes circonstances, un autre praticien consciencieux et averti.*" [5]

---

[1] VERHAEGEN J., *La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance à l'autorité légitime*, Bruxelles, Bruylant 1969, p.20.

[2] LAZORTHES Guy, *L'homme, la médecine et le médecin*, précité, p.267.

[3] "Tout médecin est habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. Mais un médecin ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions, dans les domaines qui dépassent sa compétence ou ses possibilités.", décret du 28 juin 1979, précité, art.17.

[4] PENNEAU Jean, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Thèse Droit Paris 1973, n°220, p.147.

[5] C.A. Paris, 18 oct. 1949, D.1949, p.538.

"*Le médecin doit toujours élaborer le diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant, dans toute la mesure du possible, des méthodes scientifiques les plus appropriées et s'il y a lieu en s'entourant des concours les plus éclairés.*" [1] Sachant que les règles déontologiques imposent une procédure scientifique rigoureuse pour l'établissement d'un diagnostic, la Cour de cassation approuve cette distinction entre faute et erreur en matière de diagnostic. "*Les juges du fond justifient leur décision exonérant le praticien de toute responsabilité dès lors qu'ils énoncent que l'erreur de diagnostic était explicable et non fautive, et que l'intervention avait été conduite suivant les règles de l'art et conformément aux données actuelles de la science, que le chirurgien avait adopté la technique que lui dictait son diagnostic (...).*" [2] "*Attendu que pour relaxer le prévenu et débouter les parties civiles de leurs demandes, la cour d'appel énonce que les signes cliniques que présentait la malade étaient frustes et que le médecin a cru pouvoir éliminer de façon absolue le diagnostic d'une occlusion intestinale, (...) que les juges en déduisent que cette erreur de diagnostic ne constitue pas en elle-même une faute pénalement punissable, dès lors qu'elle s'explique par la complexité et l'équivoque des symptômes, la difficulté de leur constatation et de leur interprétation.*" [3]

Le droit prohibe les fautes mais pas les erreurs non fautives car la vie est une permanente évolution que l'observateur ne peut pas scruter comme une donnée scientifique fixe mais au contraire une dynamique constante. [4] Il faut une attention et une compétence presque hors du commun pour réussir à comprendre l'ensemble des phénomènes biologiques, leurs causes et leurs conséquences. "*Pour faire des diagnostics brillants, il faut réunir au moins deux qualités : être un héros et avoir une bonne mémoire*". [5]

Le médecin ne sera pénalement sanctionné qu'en cas de faute et pas en cas d'erreur. "*Toute erreur de diagnostic ne constitue pas par elle-même une faute pénalement punissable, notamment lorsqu'elle s'explique par la complexité et l'équivoque des symptômes, la difficulté de leur constatation et de leur interprétation ; une telle erreur engage la responsabilité du médecin, notamment lorsqu'elle procède d'une ignorance grave et dans le cas où elle résulte d'une négligence dans l'examen clinique, conduit de manière rapide, superficielle ou incomplète.*" [6]

En dehors de la question de la qualité technique de la démarche, l'acte diagnostique est un acte médical soumis aux règles classiques et en particulier à celle du consentement libre et éclairé. Le développement des actes d'investigation à caractère agressif (gastroscopie, arthroscopie, coloscopie, cœlioscopie, maniement d'isotopes radio-actifs...) n'a pas toujours été accompagné d'une information claire et loyale des sujets par les médecins. [7] Ce défaut de consentement peut priver le médecin de justification pénale.

Mais la condition fondamentale à rappeler ici est qu'un acte médical, pour être pénalement justifié, doit aussi avoir une finalité thérapeutique. Ce qui signifie que l'acte diagnostique entrepris sans qu'il ait aucune utilité pour le sujet ou sans qu'il n'ait plus aucune utilité pour le sujet est un acte injustifié, donc pénalement sanctionnable. [8]

---

1 Décret 28 juin 1979, précité, art.36.

2 Cass.civ. 4 janv. 1974, Bull.civ. n°4.

3 Cass.crim., 17 janv. 1991, lexilaser, Pourvoi N° 90-82.009.

4 Les expériences montrèrent que, contrairement aux observations pratiquées sur les cadavres, de nombreux organes sont mobiles, souples et évolutifs, ce qui, à l'époque, révolutionna les conceptions scientifiques : "la maladie n'était plus un état anatomique donné qui déterminait des perturbations dans les fonctions de vie, mais un phénomène dynamique dans lequel la perturbation de la fonction était initiale ; la modification anatomique finale était le résultat du désordre fonctionnel". VON UEXKULL Thure, *La médecine psychosomatique*, Gallimard, NRF, 1966, p.25

5 COHEN Jean-Marie, *Le diagnostic biologique informatique*, Rev.Autr.1985, n°68, *Les médecins*, p.158.

6 C.A. Lyon 1 déc. 1981, D.1982, I.R. 276, note PENNEAU.

7 Pour un cas de cœlioscopie ayant entraîné une embolie gazeuse sur une patiente conviée à "un petit examen" (sic), T.G.I. Poitiers 29 oct. 1982 inédit, cité par MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, pp.351-352.

8 Le Cour de cassation ne manque pas d'étudier l'utilité de l'acte diagnostique : "que si «l'artériographie n'était pas indispensable au sens strict du terme... logiquement elle faisait partie des différents éléments d'un bilan général» et ce«dans le but de fournir au chirurgien le maximum de renseignements sur la cartographie artérielle du membre blessé, dans le cadre d'un bilan, conditionnant la

Pourquoi accomplir des actes diagnostiques s'ils n'ont pas d'utilité ? Il existe une double tentation, la première est financière, la seconde "sécuritaire". En effet, l'acte diagnostique est parfois bien rémunéré, très "côté", ce qui explique la multiplication des échographies qui sont sans danger mais aussi des radiographies et surtout des explorations plus dangereuses telles que les endoscopies. [1]

D'autre part, la volonté poussée à l'extrême de tout envisager peut incliner le praticien à multiplier les examens même si sa conviction est déjà faite et confirmée. L'Ordre des médecins est conscient de cette dérive puisqu'il affirme que "*les examens inutiles et les examens dangereux ou pénibles, s'ils ne sont pas indispensables, doivent être évités. Un «acharnement diagnostique» est très louable en principe, mais peut être déraisonnable surtout s'il a seulement pour mobile la curiosité scientifique.*" [2] Le terme d'"acharnement" illustre le fait que certains praticiens abusent des moyens diagnostiques.

Or, si l'on peut débattre de l'utilité éventuelle d'un examen supplémentaire pour infirmer ou confirmer une hypothèse scientifique, il faut condamner les pratiques ostensiblement inutiles. Outre qu'elles coûtent cher à la collectivité, ces investigations peuvent nuire à la santé individuelle du sujet, ce qui est contraire à la notion de finalité thérapeutique. Multiplier les prises de sang chez un vieillard, entreprendre une ponction lombaire sur un comateux condamné ou pratiquer un prélèvement placentaire sur une femme dont la grossesse ne montre aucune complication ou facteur de risque sont autant d'actes illicites par défaut de but curatif. On ne peut porter atteinte au corps "pour voir".

L'acte diagnostique, comme tout acte médical, doit, pour être pénalement justifié, apporter une utilité pour la santé individuelle du sujet. Il ne semble cependant pas y avoir de contentieux pénal sur cet aspect de l'activité médicale. Un litige portant sur l'utilité d'un acte diagnostique pourrait néanmoins survenir dans le domaine des affections psychosomatiques.

b) Le diagnostic d'affection psychosomatique

Les progrès scientifiques dans l'étude de la santé humaine obligent les médecins contemporains à élargir leur recherche diagnostique en ajoutant à l'étude des causes organiques des maladies la prise en compte des mécanismes psychologiques.

Le XX^{ème} siècle a vu se développer, sous le nom de médecine psychosomatique, l'étude des liens entre l'esprit et la santé du corps. "*On désigne du nom de médecine psychosomatique une branche de la médecine qui concerne l'étude de phénomènes de l'esprit et de leur signification dans l'apparition et le développement de maladies affectant le corps*". [3] Cette nouvelle approche des sciences médicales a pour principal intérêt de considérer l'être humain dans sa globalité et sa complexité, tout en conservant l'idée de cure.

L'apport des découvertes scientifiques a fait croire un instant aux médecins que la recherche fondamentale leur fournirait un jour les moyens chimiques ou pharmacologiques de traiter toutes les maladies que l'on aurait au préalable identifiées grâce au développement des moyens exploratoires. Ce fol espoir d'une panacée thérapeutique "technique" négligeait une spécificité fondamentale du terrain particulier qu'est l'être humain. On ne peut dissocier le psychologique du physiologique, dans

---

conduite thérapeutique»; qu'il s'agissait donc d'«un bilan de principe pré-opératoire, avant d'envisager une intervention majeure destinée à conserver le membre inférieur gauche»; qu'afin de pratiquer cette artériographie,«il paraissait légitime de demander une anesthésie générale», laquelle se trouvait «justifiée encore davantage» par le jeune âge du sujet et son anxiété.", Cass.crim., 10 déc. 1985, Lexilaser, Pourvoi N° 84-92.465.

1 "Endoscope (gr.endon, à l'intérieur et skopein, examiner), Appareil photophore destiné à l'exploration visuelle des cavités naturelles non accessibles à l'inspection immédiate", KERNBAUM Serge Dr., *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, précité, V° *Endoscope*, p.307. Les risques sont d'une part, les infections et contaminations, d'autre part, les irritations et perforations de muqueuses.

2 O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, T.1, p.147. Les praticiens dénoncent parfois oralement des collègues à l'endoscope ou à l'arthroscope "entre les dents" (sic).

3 VON UEXKULL Thure, *La médecine psychosomatique*, précité, p.15.

les évolutions de la santé humaine. Causes et conséquences des évolutions positives aussi bien que négatives sont liées de manière complexe.

"*Le corps étant inséparable du psychisme, toute affection d'une des parties de l'ensemble retentit sur l'autre. (...) Quel rôle l'atteinte organique a-t-elle vis-à-vis du psychisme ? Il semble que toute affection organique est susceptible de suivre - ou de précéder - une atteinte psychique.*" [1] C'est pourquoi le médecin doit veiller à identifier dans l'analyse des symptômes présentés par un patient la part des causes organiques et la part des causes psychiques. Cette analyse dépasse la simple méthode d'approche ou la conception de la mission médicale, il s'agit de rechercher le maximum d'utilité de l'acte médical. "*Le médecin idéal devrait être capable de diagnostiquer et de traiter les maladies qui s'inscrivent dans les structures anatomiques ou les fonctions psychologiques mesurables de chaque individu, mais aussi simultanément de replacer ces problèmes somatiques dans la situation psychologique, familiale, professionnelle, sociologique réelle de l'individu.*" [2]

Or si les affections sont indissociablement liées au psychisme et à l'anatomie du patient, l'analyse psychosomatique a pour but l'efficacité thérapeutique. Négliger l'origine psychologique d'un mal pourrait priver le médecin du fait justificatif fondé sur le but curatif et l'incliner à employer des moyens médicaux technologiques inutilement.

Les ouvrages médicaux fourmillent d'exemples montrant les origines psychiques de certaines maladies, en particulier dans le domaine des atteintes de la sphère digestive ou génitale [3] et en matière de dermatologie. [4] L'intérêt premier de la découverte de l'origine psychosomatique de certains maux est préventif. On peut, en effet, anticiper sur la maladie en proposant des précautions d'hygiène, de diététique et de mode de vie, y compris psychologique. Le second intérêt est d'éviter d'entreprendre des cures inutiles.

L'exemple le plus frappant est celui du traitement de l'ulcère de l'estomac qui fut, pendant longtemps, traité comme un mal organique justifiant des actes de chirurgie très mutilants, jusqu'au jour où l'on se rendit compte de l'origine psychosomatique de ces lésions qui donnaient presque toujours lieu à des rechutes récidivantes. On traite aujourd'hui l'hyperacidité gastrique sans négliger de juguler les facteurs psychologiques qui causent cette hyperacidité. [5] La cause de maladie étant mieux connue, on peut mieux la soigner. La meilleure connaissance et la prise en compte des données psychosomatiques permettent de choisir, entre tous les moyens thérapeutiques, le moyen utile pour tel ou tel patient.

Le projet du médecin d'améliorer la santé personnelle du patient nécessite donc de la part du praticien la connaissance des mécanismes psychosomatiques afin d'adapter son arsenal thérapeutique aux causes les plus vraisemblables de la maladie. "*Il est légitime d'attendre du médecin qu'il prenne en considération le pouvoir de l'esprit dans la lutte contre la maladie, étant*

---

[1] BERTRAND Daniel, *La psychologie et le médecin praticien*, la pensée universelle, 1975, pp.173-174.

[2] PEQUIGNOT Henri, *Hommes et santé*, supplément de médecin de France, mars 1971.

[3] BERTRAND Daniel, *La psychologie et le médecin praticien*, précité, p.100. UEXKULL rapporte une étude sur 2073 conscrits visant à pronostiquer des ulcères du duodénum à la lumière de tests psychologiques, les résultats montrèrent que 70% des appelés placés dans la catégorie des pré-disposés développèrent un ulcère pendant leur service militaire, UEXKULL Von Thure, *La médecine psychosomatique*, précité, pp.94-95.

[4] "Pathonimie, parasitophobie, glossodynie, trichotillomanie... sont des exemples types de manifestations cutanées directement liées au psychisme. L'apparition de lésions cutanées comme la pelade, l'urticaire chronique, le prurigo est également très influencée par les facteurs nerveux. (...) L'association lésions cutanées-atteintes psychiatriques se rencontre également dans certaines maladies systémiques comme le lupus érythémateux disséminé ou encore la porphyrie variegeta.", DOUTRE M.S. Pr. et BEYLOT C. Pr., *Peau et psychisme*, Conc.Méd. 1992, p.3286.

[5] La découverte des rayons X a rendu plus facile le diagnostic d'ulcère de l'estomac puisqu'on peut voir la paroi interne de l'estomac. "On recourut d'enthousiasme à la chirurgie pour supprimer l'ulcère, cause organique de la maladie. Mais il s'avéra bientôt que, ce faisant on ne rendait pas un bon service aux malades. D'autres ulcères faisaient leur apparition, et quand on eut procédé à l'ablation de la plus grande partie de l'estomac, on observa - non plus des ulcères - mais fréquemment d'autres symptômes souvent plus douloureux encore. (...) La muqueuse lésée peut être attaquée et détruite par l'acide gastrique On peut dire dans ce cas que l'estomac dirige sa fonction digestive contre lui-même. Nous voyons évoluer de cette manière de simples troubles fonctionnels vers des ulcères caractérisés et nous conduisons notre action thérapeutique en premier lieu en vue d'une amélioration des troubles. Nous combattons l'hyperacidité et les spasmes, et n'avons recours qu'en dernier ressort à l'ablation chirurgicale." UEXKULL Von Thure, *La médecine psychosomatique*, précité, p.94-95.

donné qu'il a été démontré expérimentalement et cliniquement que la volonté ou l'état affectif influe sur la biochimie humaine." [1]

Ainsi, un médecin confronté à une claudication ou à un ulcère d'origine psychosomatique ne recherche aucune utilité pour la santé du patient en prescrivant une arthroscopie ou gastroscopie. L'acte diagnostique agressif n'a aucune perspective d'utilité objective si le médecin sait qu'il ne trouvera aucune explication organique à la maladie, par ailleurs réelle. Sur le plan pénal, c'est un acte sans but curatif. L'acte diagnostique inutile n'est pas pénalement justifié.

Les médecins défendent généralement ce type d'acte en affirmant d'une part, que l'on est jamais certain de l'origine psychosomatique et que l'exploration a une utilité : confirmer le diagnostic, d'autre part, en invoquant l'effet placebo qui est une forme de traitement de la maladie.

2°) L'utilité directe immédiate : le traitement médical

L'utilité peut, selon nous, être qualifiée de directe et immédiate lorsque le but poursuivi est de sauver la vie en tentant de s'opposer au processus morbide. Il apparaît comme essentiel que le rôle initial du médecin est de diagnostiquer un phénomène mortel et de proposer des moyens de s'y opposer. On distinguera toutefois pronostic fatal corollaire d'urgence et pronostic fatal non-révélateur d'urgence. [2]

L'utilité directe du traitement médical est de recouvrer la santé (a), ce qui pose le problème du lien entre utilité et efficacité à propos de l'effet placebo (b) et la question des limites de l'utilité (c).

a) L'utilité du traitement : recouvrer la santé

La science rejoint la sagesse des adages populaires pour exprimer le fait que la mort est l'issue normale de la vie. [3] Chaque être humain vivant étant, par définition, condamné à mort, il serait absurde de considérer que l'approche de la mort est en soi une justification de tous les actes médicaux.

C'est pourquoi il est fondamental de préciser où finit le but curatif d'un acte médical. Lorsque la santé est en péril, il est aisé de distinguer les actes qui visent à la rétablir directement. Un patient est victime d'une inflammation de l'appendice, l'opération d'appendicectomie a un but curatif puisqu'elle a pour but de faire recouvrer la santé au patient. Mais il est n'est pas possible de conclure que toute appendicectomie a un but curatif, à moins d'inclure dans la finalité curative, le but préventif.

Le terme de "traitement médical" est intimement lié à la notion de guérison qui est un des buts curatifs principaux. L'acte médical vise à guérir le malade, c'est-à-dire à lui faire recouvrir le niveau de qualité de vie, de santé, antérieur à la survenance de la maladie ou à l'affection. Ainsi, la réduction d'une fracture tend à consolider la blessure pour permettre à la personne de remarcher, l'opération de la cataracte vise à redonner la vue, la prescription d'un purgatif sert à réinstaurer le transit.Le traitement a pour premier but la guérison, c'est-à-dire le retour à l'état de santé tel qu'il était *ex ante*.

Mais le traitement ne permet pas toujours de guérir, il est également utile lorsqu'il a pour but la survie de la personne avec une lésion ou un handicap inéluctable. L'amputation d'un membre

---

[1] COUSINS Norman, *La volonté de guérir*, Points-Actuel Seuil, 1981, p.105. L'auteur expose dans son ouvrage la méthode qu'il s'est appliqué à lui même avec succès pour guérir d'une maladie mortelle incurable. Sa thérapie est fondée sur le rire! Au sujet de quoi il a été écrit opportunément : "Il faut être borné, prétentieux, suffisant et mégalomaniaque pour affirmer que les progrès effectués couvrent tout le champ de la pratique médicale. Non la médecine scientifique n'est toujours pas assez scientifique.(...) Mais les médecins ne savent pas dire : «Je ne sais pas.» Eh bien, je le dis comme je le pense, l'affaire Cousins me fait déclarer : «Je n'en sais rien»".ESCANDE Jean-Paul, *La pédale douce*, in Rev.Autr.1985, n°68,*Les médecins*, p.122.

[2] Cf: infra 2ème Partie, Titre 3, les dérogations liées à la notion d'urgence.

[3] "Vulnerant omnes, ultima necat", toutes blessent, la dernière tue. Locution latine souvent gravée sur les cadrans solaires.

gangrené, l'ablation d'une tumeur et des tissus nécrosés, la pose d'un stimulateur cardiaque, sont des actes à utilité directe immédiate parce qu'ils tendent à permettre la survie, sans pour autant viser la guérison. L'utilité consiste alors à donner au malade une qualité et une espérance de vie meilleures que l'absence de traitement. Le but n'est plus la guérison et la "récupération" de l'état de santé antérieur, mais le maintien d'un meilleur niveau de santé que celui qui résulterait d'une absence de traitement.

Les deux but de "guérison" et de "maintien" sont parfois considérés comme la médecine toute entière : "*Science qui a pour objet l'étude, le traitement, la prévention des maladies ; art de mettre, de maintenir ou de rétablir un être vivant dans les meilleures conditions de santé.*" [1]

Les médecins emploient parfois le terme de "thérapie" ou même de "thérapeutique" comme synonyme de traitement. Ce faisant, ils assimilent traitement et utilité thérapeutique directe immédiate. La thérapeutiaue est la "*partie de la médecine qui étudie et met en application les moyens propres à guérir et à soulager les malades. Synonyme de traitement.*" [2] Or, il est des situations dans lesquelles un traitement médical ou une "thérapeutique" n'a aucun but curatif. Il apparaît en effet que l'utilité du traitement est fonction de son efficacité potentielle pour la santé personnelle de la personne soignée. Lorsque le traitement vise un autre but, expérimental ou punitif, par exemple, il n'a plus d'utilité directe pour le soigné : il est injustifié. [3]

Il convient d'étudier une autre question : la question du lien entre l'efficacité du traitement et son utilité.

b) Acte médical utile et acte médical efficace

Il faut distinguer l'utilité de l'acte médical et son efficacité. Car ces deux notions ne sont pas strictement équivalentes. A ce propos, il convient d'étudier succinctement l'effet placebo (α) et le rôle des relations humaines dans la réussite du traitement (β).

(α) Utilité du traitement et effet placebo

"*Placebo : du latin je plairai. Préparation pharmaceutique dépourvue de tout principe actif et prescrite dans un but psychothérapeutique. On décrit des sujets placebo-résistants, placebo-sensibles, ou placebo-négatifs qui accusent des effets secondaires nociseptifs : on parle alors d'effet nocebo.*" [4] Il est intéressant d'aborder l'effet placebo pour deux raisons principales. La première tient à ce que la médecine a fonctionné pendant des siècles sur son principe. En effet, longtemps on a administré sans trop le savoir des produits inefficaces : par exemple des tisanes, des emplâtres, des décoctions à partir de racines ou de produits d'origine animale. [5] La seconde raison est que cet effet placebo remet en cause certaines conceptions de la thérapie.

Sans entrer dans des considérations scientifiques, on constate que l'administration d'un produit inerte présenté à une personne comme un produit actif entraîne souvent des effets observables. "*Que recouvre l'effet placebo ? Sûrement une cascade de réactions chimiques complexes se déroulant dans le cerveau puis dans les organes et aboutissant à un nouvel équilibre, favorable au malade.*" [6]

---

1 C.N.R.S., *Trésor de la langue française*, Gallimard 1985, T.11, V° *Médecine*, p.560.

2 KERNBAUM Serge Dr., *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, précité, V° *Thérapeutique*, p.820.

3 Cf. supra p. 142, les expériences d'électrothérapie sur les blessés de la Première Guerre Mondiale. Le but de ces traitements n'était pas de guérir les malades mais d'éprouver une nouvelle méthode et de détecter des simulateurs.

4 GROMB Sophie Dr., *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, Litec 1992, n°14, p.31.

5 Sur ce point cf. l'étonnante liste citée par Norman COUSINS, *La volonté de guérir*, précité, p.55, "on a prescrit de la bouse de vache, de la poudre de momie, de la sciure de bois, du sang de lézard, (...), des substances grumeleuses extraites des intestins de ruminants. (...). On se demande comment les médecins ont pu conserver honneur et respect en dépit des médications inutiles et souvent dangereuses qu'ils ont prescrites des milliers d'années durant."

6 ESCANDE Jean-Paul, *La pédale douce*, précité, p.123. Bien que l'on ne connaisse pas encore parfaitement le mode de fonctionnement du placebo, certains chercheurs émettent l'hypothèse qu'il active le cortex et que celui-ci stimule à son tour tout le

Certaines expériences ont pu démontrer l'impact direct du placebo sur l'une ou l'autre fonction du corps humain mais aussi l'apparition des effets secondaires prêtés au produit. Une de ces expériences consista à injecter à des étudiants en médecine un placebo présenté à certains comme un sédatif et à d'autres comme un stimulant. "*Des réactions physiologiques spécifiques se produisirent chez tous les étudiants. Un ralentissement du pouls se produisit chez 66% des sujets, un abaissement de la pression artérielle chez 71% d'entre eux. Les effets secondaires adverses comprenaient le vertige, la tension abdominale et le larmoiement.*" [1]

Cet état de fait ne peut pas être ignoré lorsque l'on veut analyser la relation médecin/malade en terme d'utilité de l'acte médical. Une prescription techniquement neutre a un impact sur l'organisme humain vivant. Cette extraordinaire sensibilité doit inciter le prescripteur à la prudence la plus grande à l'heure du choix thérapeutique. Les équilibres complexes qui contribuent à la santé humaine sont fragiles et les attaques incessantes du milieu extérieur contribuent à les perturber.

Or l'organisme sait, dans la plupart des cas, se défendre seul. Les mécanismes internes de régulation font en permanence de l'auto-thérapeutique. [2]

Le médecin peut donc choisir, dans l'intérêt exclusif de la santé du patient, d'employer un moyen thérapeutique utile et pourtant inefficace. Vouloir atteindre l'auto-guérison fait partie de la notion de but curatif sur le plan pénal.

La limite de cette liberté thérapeutique est l'incrimination de l'omission de porter secours. L'article 63 du Code pénal (art. 223-6 du N.C.pén.) pourrait s'appliquer au médecin qui répondrait à une demande de soins par l'administration d'un placebo si la juridiction saisie considérait que l'emploi d'un moyen inefficace était un refus de l'assistance que le praticien pouvait prêter au malade. L'emploi de placebo n'est jamais tenté en phase d'urgence où il semble d'ailleurs n'avoir aucun effet, ce qui limite les hypothèses de contentieux. [3]

Enfin, il faut noter que le placebo entre dans la définition du médicament par présentation (art.L.511 C.s.p.), car celle-ci se fonde sur l'apparence d'efficacité et non sur l'efficacité réelle. "*Le médicament est avant tout quelque chose qui est présenté comme ayant des propriétés thérapeutiques (...) des maladies. ; il n'est pas indispensable que le produit possède réellement les propriétés annoncées, il suffit qu'il soit présenté comme les possédant. (...) Le médicament n'est donc pas tant la chose faite pour guérir que la chose offerte pour guérir.*" [4]

L'utilité thérapeutique se distingue donc de l'efficacité scientifique, puisque tout ce qui est efficace n'est pas forcément utile (électrothérapie pour détecter des simulateurs, par exemple), et que ce qui est inefficace est parfois utile (effet placebo). Le raisonnement peut être prolongé au sujet de l'utilité du médecin lui-même dans le traitement du malade.

(β) Utilité du traitement et importance de la personnalité du médecin

L'effet placebo met l'accent sur l'aspect relationnel et humain des soins. "*Le placebo est un processus bien plus qu'une pilule. Ce processus commence par la confiance du patient en son médecin et se poursuit par le bon fonctionnement de son système d'immunisation et de*

---

système endocrinien. Les scientifiques contemporains ont démontré la puissance de ses effets sur des affections aussi patentes que les rhumatismes articulaires, la fonction vaso-motrice, la crise de manque du morphinomane et même le cancer.

1 COUSINS Norman, *La volonté de guérir*, précité, p.53-54.

2 "Nous ne pouvons pas éviter d'être exposés à un grand nombre d'agents physico-chimiques et biologiques de la maladie. Nous ne survivons que parce que nous sommes dotés de mécanismes biologiques et psychologiques qui nous permettent d'avoir des réaction adaptées à des dangers nombreux et variés. cette réaction adaptée peut être si efficace que la plupart des agressions n'aboutissent pas à la maladie. En cas de maladie, la réaction adaptée mène habituellement à une guérison spontanée ne nécessitant pas l'intervention médicale. Les médecins d'autrefois connaissaient si bien ce pouvoir naturel de l'organisme à maîtriser la maladie qu'ils inventèrent à cet effet la très belle expression: *vis medicatrix naturæ*, le pouvoir guérisseur de la nature", DUBOS René, préface de *La volonté de guérir*, par COUSINS Norman, précité, pp.12-13.

3 Sur ce point, cf. infra 2ème Partie, Titre 3, les dérogations liées à l'urgence.

4 TISSEYRE-BERRY Monique, *Abrégé de législation et de déontologie pharmaceutique*, Masson 1983, pp.49-50.

rétablissement. (...) En l'absence d'une relation étroite entre médecin et patient, l'utilisation du placebo peut être dénuée de toute signification et de toute perspective de succès. En un sens, c'est donc le médecin lui même qui est le plus puissant des placebos." [1]

La confiance dans le médecin a un effet thérapeutique ! Les études sur l'effet placebo montrent une plus grande efficacité du produit présenté au médecin comme utile par rapport à celui présenté comme placebo."*Un soignant sûr de son pouvoir thérapeutique sur l'autre pourra être efficace grâce à cette foi. L'expérience suivante le prouve : un médecin anglais soignait une asthmatique sévère. Il se trouvait démuni de médicament efficace lorsqu'un laboratoire lui en fournit un, très puissant, issu de recherches récentes. Il l'injecta à sa patiente lors d'une crise et obtint un résultat très positif. Puis le laboratoire envoya à ce médecin un second produit à tester en annonçant : « C'est un placebo». Aucun effet sur la crise. En réalité, les deux produits étaient des placebos..."* [2]

Il y a incontestablement un abandon du malade entre les mains du médecin, en tout cas sur le plan des moyens scientifiques. Or cet abandon peut être un gage de guérison. Certains n'hésitent pas à parler de médecin-placebo. Cette affirmation non suivie d'ajouts et d'explications risque, toutefois, de confiner au paternalisme le plus désuet. Il nous semble moralement choquant de prétendre que la guérison de la maladie dépend uniquement de la confiance du patient dans la thérapeute. Et si certaines personnalités [3] affirment un besoin d'abandon et une efficacité thérapeutique personnelle de leur adhésion confiante et volontairement aveugle, il nous semble déraisonnable d'en déduire un cadre général. D'autres éléments d'analyse scientifique tendent, en effet, à démontrer que la guérison dépend fondamentalement de la volonté du malade de surmonter sa maladie.

Un des phénomènes les plus troublants lorsque l'on observe le rapport médecin-patient est l'importance du psychisme du patient dans la lutte contre la maladie. Il apparaît en effet que ce que la conscience populaire véhicule dans l'expression imagée : "se battre contre la maladie" est proche de la réalité médicale. Le patient contribue par lui même à être son propre thérapeute. Le déploiement d'une énergie interne est fondamentalement nécessaire au recouvrement de la santé. Cette énonciation n'a d'intérêt que par l'utilisation que peut et doit en faire le médecin. Il lui faut canaliser ou diriger la volonté consciente et inconsciente de son patient vers l'amélioration de sa santé, ce qui ne signifie pas forcément un traitement psychiatrique ou psychanalytique mais parfois tout simplement une démarche humaine saine. [4]

Le patient a certes, besoin d'avoir confiance dans son médecin pour pouvoir lutter efficacement pour le rétablissement de sa santé, mais il doit aussi lutter seul. "*Résoudre un problème thérapeutique, c'est comme en mathématiques, c'est comme un jeu d'échecs. L'adversaire c'est la maladie et le sujet doit participer pour gagner la bataille.*" [5] Formulée autrement, cette constatation revient à proclamer que l'on ne peut pas guérir quelqu'un malgré lui. "*De bons soins médicaux contribuent, bien sûr, à rendre la guérison plus complète, plus rapide et plus aisée mais, en dernière analyse, la guérison dépend de la mobilisation des mécanismes de résistance du patient à la maladie.*" [6]

---

[1] COUSINS Norman, *La volonté de guérir,* précité, pp.50-51.

[2] PRAYEZ Pascal, *La fureur thérapeutique*, RETZ, 1986, p.124.

[3] Napoléon Bonaparte aimait paraît-il à répéter : "Je ne crois pas à la médecine, mais je crois à Corvisart." Jean-Nicolas Corvisart, médecin de Bonaparte, mais aussi médecin des pauvres a laissé la marque d'un esprit brillant, éclectique et plein d'humour comme le montre son sujet de thèse de doctorat: "L'agrément de l'étude de la médecine et les désagréments de sa pratique." cf: LEONARD Jacques, *La vie quotidienne du médecin de province au XIX° siècle.*, Hachette, 1982, p.271.

[4] "Replacée dans le contexte de ces interactions, ce que nous appelons l'influence des facteurs psychiques sur la maladie apparaîtra en fait non plus comme un événement isolé mais comme le sous-produit d'une nécessité biologique, celle d'une participation de la totalité de l'organisme à la lutte contre les agents pathogènes.", DANTZER Robert, *L'illusion psychosomatique*, éd° Odile Jacob 1992, p.31.

[5] PRAYEZ Pascal, *La fureur thérapeutique*, précité, p.90.

[6] DUBOS René, préface de *La volonté de guérir*, par COUSINS Norman, précité, p.13.

La tâche du médecin est donc doublement difficile, aider son patient, en lui donnant à la fois la confiance dans le pouvoir médical et la volonté, consciente et inconsciente, de contribuer personnellement à l'efficacité de ce pouvoir. Le médecin doit viser l'utilité de son action pour la santé du patient. Or, cette utilité directe dépend à la fois de moyens intrinsèquement, objectivement et scientifiquement efficaces, employés au service de la cure, mais l'utilité dépend aussi de moyens extrinsèquement, subjectivement et humainement efficaces. Tous ces moyens de traitement tendent à une utilité directe, soigner une personne malade.

Il serait difficile et inopportun d'inscrire dans une loi, des conditions de justification pénale de l'activité médicale, liées à des critères d'efficacité objective d'un traitement entrepris. On occulterait la relation de nécessaire confiance entre médecin et malade par le souci de n'employer que des produits strictement efficaces, au risque d'aboutir à une relation technique et contentieuse basée sur la "défiance" (à l'image caricaturale d'une certaine médecine américaine réalisée sous contrôle permanent des experts et des avocats, prêts à relever tout manquement).

Il est, par contre, dangereux de laisser les acteurs devenir systématiquement les maîtres exclusifs de leur propre action. Ils ont alors tendance à perdre de vue l'origine de leur pouvoir et les conditions juridiques de l'exercice licite de ce pouvoir. Ainsi en est-il en matière d'acharnement thérapeutique, domaine dans lequel certains médecins négligent l'exigence d'utilité de l'acte médical au profit de la seule efficacité.

c) Les limites de l'utilité thérapeutique directe

Il convient d'affirmer qu'à défaut d'utilité thérapeutique directe, l'acte médical d'atteinte au corps n'est pas justifié. Cette hypothèse est celle de l'acharnement thérapeutique (α) et de la stérilisation (β).

(α) L'efficacité sans l'utilité : l'acharnement thérapeutique

Il est incontestable que la science fournit aux praticiens des moyens de maintenir et prolonger la vie d'êtres humains biologiquement condamnés à brève échéance. L'histoire contemporaine a fait grand cas de chefs d'Etats que leurs médecins se sont acharnés à faire durer alors même que tout espoir d'amélioration de leur santé avait disparu. Les agonies de Boumediene, de Franco ou de Tito en sont des exemples frappants. [1]

Le médecin détient aujourd'hui les moyens techniques de faire continuer une forme de vie dans un corps mourant ce qui lui pose de nouveaux problèmes moraux. "*Le temps de la mort est allongé au gré du médecin : celui-ci ne peut pas supprimer la mort, mais il peut en régler la durée, de quelques heures qu'elle était autrefois, à quelques jours, à quelques semaines, à quelques mois, voire quelques années. Il est devenu, en effet, possible de retarder le moment fatal, les mesures prises pour calmer la douleur ont aussi pour effet secondaire de prolonger la vie. Il arrive que ce prolongement devienne un but, et que l'équipe hospitalière refuse d'arrêter les soins qui entretiennent une vie artificielle. (...) Il ne nous appartient pas ici de discuter le problème éthique*

[1] Deux mois de coma pour Boumediene entouré de plus de 65 médecins de tous les pays du monde. "Acharnement thérapeutique politique ? (...) On peut s'interroger devant de tels agissements politico-thérapeutiques, consistant à «programmer» aux heures convenant aux régimes en place la mort réelle des gouvernants. Les Algériens n'ont rien inventé. Avec l'agonie interminablement entretenue de Franco, l'Espagne fasciste fit de même en 1975. Les Yougoslaves suivraient en maintenant à bout de machines, pendant des semaines, Josip Tito, déjà amputé et gangrené à refus. Les Soviétiques useraient des mêmes stratagèmes avec Andropov, avec Tchernenko.", ACCOCE Pierre et RENTCHNICK Pierre Dr., *Ces malades qui nous gouvernent*, Stock 1988, pp.213-214.

que soulève ce cas rare d' «acharnement thérapeutique». L'intéressant est que la médecine peut ainsi permettre à un presque mort de subsister presque indéfiniment." [1]

Sur le plan pénal, il faut se demander si la poursuite de soins inutiles peut recevoir une qualification pénale. Selon le raisonnement que nous poursuivons, tout acte médical est une atteinte à l'intégrité corporelle objectivement infractionnelle sauf lorsqu'un fait justificatif vient empêcher la répression. Or, un des fondements du fait justificatif médical est la nécessité de poursuivre une finalité thérapeutique, qui repose sur l'utilité de l'acte médical pour la santé personnelle du sujet traité. [2] L'utilité ne s'entend qu'à titre personnel ; l'utilité politique, familiale ou militaire ne peut remplacer le but curatif. L'acte médical qui n'est pas utile à la personne du soigné est illicite.

"Le problème de l'acharnement thérapeutique renvoie donc à la question fondamentale de la finalité du geste thérapeutique qui, dans son essence, doit toujours être orienté vers et pour le bien de la personne. Quand le traitement devient une fin en soi, l'être humain ne peut être que lésé, parce qu'il est alors finalement ignoré." [3] Donc, la poursuite de soins devenus inutiles est incompatible avec l'admission du fait justificatif. L'acharnement thérapeutique est alors susceptible d'une qualification pénale classique en fonction de la gravité des atteintes accomplies.

L'acharnement thérapeutique entre parfaitement dans la définition des délits de violences volontaires contre les personnes particulièrement vulnérables en raison d'une maladie. [4] Et les proches de la victime pourraient réclamer en justice des dommages-intérêts étant donné la jurisprudence accordant l'indemnisation du préjudice personnel indirect. [5]

Pourquoi un médecin ou une équipe médicale peuvent-ils être tentés de poursuivre des soins dont ils savent qu'ils sont devenus inutiles ? Hormis l'hypothèse d'un choix politique concernant la succession d'un chef d'Etat, il semble que l'acharnement thérapeutique soit parfois une dérive psychologique, voire psychiatrique, de la part de ceux qui, en visant le succès, en viennent à nier l'échec ou plutôt le non-succès. *"Tout soignant porte en lui le désir d'avoir pouvoir sur la mort. (...) Certains services de réanimation sont un bon exemple de ce comportement : tenter l'impossible, ne jamais laisser un humain mourir de sa «belle mort», même s'il est âgé, condamné à court terme, sans espoir de survie ; tenter de le réanimer jusqu'au bout, faire comme s'il pouvait échapper à l'inéluctabilité de la mort. Toutes ces tentatives dans l'espoir de pouvoir un jour maintenir définitivement la vie."* [6]

Il s'agit donc d'un dépassement de la mission médicale de la part de ceux qui refusent de reconnaître les limites de leur art et la frontière entre le mandat confié par la société : être utile à la santé des malades, et qui poursuivent alors un fantasme : abolir la mort. *"La tâche du médecin n'est pas de maintenir la vie à tout prix ; elle n'est pas d'empêcher la mort naturelle ; elle est seulement de prévenir et d'éviter la mort pathologique, survenant avant l'heure."* [7]

Le médecin devient parfois délinquant en perdant la conscience de la limite de la licéité de l'acte médical : l'utilité pour le sujet malade. *"Ne retrouve-t-il pas dans ces malades qui meurent sa propre vulnérabilité, douloureusement matérialisée, un événement qu'il cherche à nier ?"* [8]

---

1 ARIES Philippe, *L'homme devant la mort*, Tome 2, *La mort ensauvagée*, Seuil 1977, p.295.

2 "Toute action médicale doit être replacée à l'intérieur du «soin de la personne malade», c'est-à-dire de l'effort mené pour «répondre aux besoins» d'un patient qui ne peut plus les satisfaire lui-même ou sans l'aide de professionnels. Ces besoins peuvent être multiples : corporels, psychiques, relationnels, sociaux, spirituels. L'action médicale correspond aux besoins corporels. (...) Certains traitements médicaux apparaissent dérisoires : parce que non seulement ils se révèlent à la réflexion totalement inutiles mais, de plus, parce qu'ils s'opposent à la satisfaction de besoins très importants.", VERSPIEREN Patrick, *Peut-on simultanément refuser l'acharnement thérapeutique et l'euthanasie*, Rev.éth. 1993, pp.27-28.

3 BAUDOUIN Jean-Louis et BLONDEAU Danielle, *Ethique de la mort et droit de la mort*, P.U.F. 1993, p.89.

4 Art.222-12, 2° N.C.P. (I.T.T. de plus de 8 jours), art.222-13, 2° N.C.P. (I.T.T. de moins de 8 jours).

5 Cass.crim. 9 fév. 1989, R.S.C. 1989, n°4, obs. LEVASSEUR, Cass.crim. 3 mars 1993, Dr.pén. 1993, n°173, note MARON Albert.

6 PRAYEZ Pascal, *La fureur thérapeutique*, précité, p.130.

7 HAMBURGER Jean, *Progrès de la médecine et responsabilités du médecin*, in 2ème *Congrès International de Morale Médicale*, Paris, O.N.M., 1966, vol.1, p.299.

8 ZIEGLER Jean, *Les vivants et la mort*, Seuil 1975, p.128.

Une autre explication du comportement médical repose sur un rationalisme forcené de ceux qui veulent tout savoir et tout comprendre. "*Le problème majeur de l'acharnement thérapeutique - en réalité, il faudrait plutôt parler d'obstination ou d'opiniâtreté thérapeutiques, car le terme d'«acharnement» traduit déjà un a priori péjoratif -, est qu'il apparaît a posteriori comme une déviation du sens. En effet, il se développe toujours sur les bases d'une justification médicale : la volonté de savoir ou de comprendre ce qui se passe. Mais il n'entre dans aucun projet de vie du malade.*" [1] La poursuite d'une activité médicale est alors utile au soignant et inutile pour le soigné. La finalité thérapeutique disparaît, retirant au médecin le fait justificatif pénal de permission tacite de la loi.

Mais n'y a-t-il pas un risque de poursuites pénales à abandonner le traitement ? Peut-on retenir une qualification pénale d'homicide volontaire à l'égard du médecin qui cesse de traiter médicalement un patient ? Cela nous paraît exclu en raison de la définition de l'élément matériel de l'infraction de meurtre qui prévoit un acte mortel : "*Selon la doctrine ordinairement soutenue, il n'y a de meurtre que si la mort de la victime peut être imputée à un acte positif accompli par le coupable.*" [2]

Or, le médecin qui s'abstient d'entreprendre ou de continuer des soins devenus inutiles n'accomplit pas d'actions mortelles positives. "*N'est-ce pas le médecin qui tue en coupant le circuit de réanimation ? La science juridique est, dans sa terminologie du moins, une science exacte. Constater la mort n'est pas tuer, arrêter une vie artificielle n'est pas tuer. (...) Sans les techniques de réanimation et les soins médicaux très attentifs, tout serait consommé par la mort et la corruption. Ces soins empêchent la corruption de certains organes et les maintient en activité mécanique ou physique. Ne pas poursuivre des soins inutiles ne fait que renvoyer le moribond à sa mort naturelle.*" [3] Il faut donc éviter de confondre le refus de l'acharnement thérapeutique et l'euthanasie car dans le premier cas il n'y a aucune volonté de provoquer la mort. [4]

"*On essaie de soigner au mieux, de répondre aux besoins prioritaires du malade, en évitant ce qui serait inutile ou disproportionné. Le malade mourra, s'il est en phase terminale de sa maladie. Mais on pourra se dire qu'on aura essayé de l'aider au mieux à vivre les derniers jours de sa vie. Qualifier cela d'euthanasie n'a aucun fondement.*" [5] Le refus de s'acharner n'est pas la volonté de tuer.

Les deux problèmes sont néanmoins liés et le futur Code de déontologie médicale permettra peut-être, selon les dires de Monsieur Louis RENE, d'exclure distinctement : et l'acharnement et l'euthanasie. "*L'«obstination thérapeutique» est très différente : c'est refuser, par un raisonnement buté, de reconnaître qu'un homme est voué à la mort et n'est pas curable. Dans la réforme du code de déontologie que je proposerai d'ici peu au ministre, il y aura certainement deux ou trois articles qui condamneront formellement l'obstination thérapeutique, car elle est constitue une sorte de pourvoyeur pour l'euthanasie active.*" [6]

Pour éviter des poursuites pénales, il faut néanmoins atteindre une certitude maximale dans le diagnostic de l'inutilité médicale du traitement. [7] Sans quoi le médecin pourrait se voir reprocher une abstention coupable, une omission de porter secours à personne en péril. [8]

---

1 LERY Nicole Dr., *La mort : quelle réalité médicale ?*, Rev.éth. 1993, p.7.

2 MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1703, p.1367.

3 BERTRAND E., *Etats frontières entre la vie et la mort*, Colloque Marseille oct. 1965, Marseille chirurgical 1966, p.174.

4 Contra cf. Monsieur Puech qui assimile à l'euthanasie l'orthonasie et "la dysthanasie : interruption volontaire de la réanimation artificielle maintenant en vie une personne en état de vie végétative. L'inculpation d'homicide volontaire est possible", PUECH Marc, *Droit pénal général*, Litec 1988, n°834, p.297.

5 VERSPIEREN Patrick, *Peut-on simultanément refuser l'acharnement thérapeutique et l'euthanasie*, précité, p.28.

6 RENE Louis Dr., *Audition du 8 janvier 1991*, in BIOULAC Bernard, *Rapport d'information par la Commission sur la bioéthique*, Doc.Ass.Nat. n°2565, 18 fév. 1992, p.151.

7 "Il faut, d'abord et à la fois, l'incurabilité de la maladie, l'intolérabilité des souffrances et l'imminence de la mort. Sous cette réserve, personne, aucun tribunal ne pourra reprocher à un médecin d'avoir adouci la mort de quelqu'un", KORNPROBST Louis, *L'étendue et*

Conformément à la jurisprudence ordinaire en la matière, il n'est pas demandé aux citoyens d'être des héros, mais seulement de ne pas abandonner autrui à son sort périlleux. "*Si la loi exige que le témoin intervienne, elle n'impose pas que le secours procuré soit efficace : ce n'est pas le résultat qui compte, mais l'attitude en face du péril.*" [1]

Or, le médecin a de nombreux autres moyens d'assister les personnes en péril que le traitement acharné. Il peut respecter son devoir légal et moral sans pour autant engager une démarche de soins reconnus comme inutiles. [2] "*Dès lors qu'un espoir de mieux-être n'existe plus, que les traitements de réanimation s'avèrent inefficaces, il est licite de mettre fin à ce que d'aucuns appellent l'acharnement thérapeutique. Les traitements dits extraordinaires peuvent cesser, mais les traitements dits ordinaires, soins d'entretien, mesures d'assistances et de confort, doivent continuer, leur terme sera celui de la vie, quelque diminuée qu'elle soit.*" [3] Le médecin peut soulager, accompagner, épauler celui qui va mourir en accomplissant des actes indirectement utiles qui vont améliorer la qualité de sa vie et la qualité de sa mort.

C'est le sens de la doctrine médicale préconisée par l'Ordre National des Médecins dans une proposition de nouveau texte déontologique : "*L'évolution des relations malade-médecin nécessitant une définition plus précise des devoirs d'information par le praticien et du respect de la volonté du patient ; prenant en compte l'accompagnement des mourants ; condamnant l'obstination thérapeutique.*" [4]

(β) La stérilisation : l'utilité thérapeutique directe comme critère exclusif de justification

Dans l'état actuel du droit pénal positif, la stérilisation est une mutilation qui n'est justifiée que par une utilité thérapeutique directe (traitement) - soigner la personne au sacrifice de sa capacité de reproduction - ou par une utilité thérapeutique indirecte (prévention) - empêcher la reproduction qui pourrait être très dangereuse -. [5]

Le consentement de la personne est nécessaire, conformément aux règles déontologiques, en matière de mutilation. [6] Mais la volonté du patient est insuffisante pour justifier l'acte de stérilisation malgré les nouveautés en matière de procréation médicalement assistée. [7] La jurisprudence refuse

---

les limites de la responsabilité médicale du point de vue juridique, in 2ème *Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M., 1966, vol.1, p.146.

8 Art.63 C.pén. et 223-6 N.C.P.

1 MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1808, p.1465.

2 "Dans l'imminence d'une mort inévitable malgré les moyens employés, il est permis en conscience de prendre la décision de renoncer à des traitements qui ne procureraient qu'un sursis précaire et pénible, sans interrompre pourtant les soins normaux dus au malade en pareil cas.", Jean-Paul II à l'Académie pontificale des sciences, 21 oct. 1985, in *L'éthique médicale dans l'enseignement des papes*, éd° Solesmes, 1987, p.246.

3 MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°481, p.321.

4 BAILLY Pierre Dr., *Un nouveau Code de déontologie... Pourquoi ?*, B.O.N.M. avril 1993, n°4, p.1. A noter la nouvelle terminologie ; l'obstination thérapeutique remplaçant l'acharnement thérapeutique.

5 Il faut préciser que l'analyse de la dangerosité potentielle d'une grossesse ultérieure doit faire l'objet d'une appréciation individuelle, ce qui semble être le sens de l'évolution de la doctrine médicale en matière de césarienne. Les gynécologues-obstétriciens ont longtemps préconisé une ligature des trompes après ou à l'occasion d'une troisième césarienne. La pratique était devenue quasi-automatique et se fondait sur les risques d'une quatrième grossesse pour un utérus cicatriciel. La doctrine contemporaine semble avoir abandonné cette indication systématique de stérilisation, en raison de l'amélioration importante du suivi des grossesses à risque et de la meilleure connaissance des techniques de césariennes.

6 "Aucune mutilation ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et sauf urgence ou impossibilité, qu'après information des intéressés et avec leur consentement.", décret n°79-506, du 28 juin 1979 portant Code de déontologie médicale, art.22 al.1.

7 Le fait pour un homme de pouvoir totalement dissocier sexualité et reproduction par le dépôt de sperme dans un établissement spécialisé, pourrait techniquement expliquer que la stérilisation ne soit jamais définitive. L'homme peut procréer plusieurs années après une stérilisation, ce qui pour certains suffirait à permettre librement la stérilisation. La solution du dépôt "préventif" de sperme est d'ailleurs celle préconisée pour les hommes qui doivent subir un traitement testiculaire chirurgical ou radiothérapique. La réversibilité n'empêche pas la qualification pénale de l'acte d'atteinte au corps.

que le consentement puisse seul suffire à justifier pénalement un acte que la loi pénale interdit. Elle se fonde essentiellement sur le célèbre arrêt dit des "stérilisés de Bordeaux". [1]

Tant en droit civil qu'en droit pénal, l'absence de but curatif aboutit à l'illicéité. "*Le but légitime de l'acte médical c'est en définitive l'intérêt exclusivement thérapeutique. Il faut en effet que la cause de tout contrat soit légitime, mais également licite. Cela veut dire que lorsque la cause du contrat cesse d'avoir cette finalité, le contrat devient illégitime et même le consentement des parties intéressées ne saurait le justifier. (...) Il en est de même de la stérilisation réalisée pour un motif non médical, telle que la stérilisation à visée contraceptive ou à des fins eugéniques.*" [2]

Le but curatif s'entend d'un espoir d'amélioration de la santé de la personne, que ce soit dans une logique de traitement a posteriori (utilité thérapeutique directe) ou de prévention a priori (utilité thérapeutique indirecte).

Bien que la santé puisse être améliorée sur le plan physique autant que psychique, le but curatif ne saurait être confondu avec des indications d'ordre social ou économique. [3] Rares sont les médecins, conscients de l'illicéité de la stérilisation sans utilité thérapeutique. "*La stérilisation à but anticonceptionnel est en principe illicite. L'intervention revêt dans ce cas un caractère social. Elle n'apporte aucune amélioration à la santé physique du patient et s'apparente à une mutilation physiologique inutile.*" [4]

Toutes les stérilisations contraceptives ne doivent pas être considérées comme des stérilisations de confort. Par stérilisation de confort nous entendons stérilisation réalisée dans le seul but d'empêcher une grossesse de survenir. Il faut exclure de cette catégorie les actes pratiqués en raison du risque très grave qu'une grossesse ferait courir à la vie de la mère. [5] Lorsque le fait même d'être enceinte est un risque important pour la santé ou a fortiori pour la vie de la femme, l'acte de stérilisation retrouve un but curatif par son utilité thérapeutique indirecte : la prévention d'un événement fortement négatif pour la santé. [6]

Par comparaison avec l'évolution historique de la justification de la contraception, on peut se demander si la stérilisation, justifiée aujourd'hui pour raisons médicales graves, ne deviendra pas un jour un acte médical courant, justifié par la seule demande d'un consommateur. [7]

La condition de but curatif contribue à justifier l'acte médical. L'acte médical utile est licite, l'acte médical inutile est illicite, étant entendu qu'il s'agit d'une utilité directe pour la santé du malade. Or, la chirurgie esthétique oscille entre utilité directe et utilité indirecte.

---

1 Cass.crim. 1er juill. 1937, S.1938-1-193 note TORTAT, J.C.P. 1937, II, 440. cf. supra Titre 1, Chapitre 2, l'indifférence du consentement, p. 104 et s.

2 SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, pp.38-39.

3 Confusion que dénoncent certains auteurs : "Les partisans de ces «indications» sociales en arrivent à estimer que la principale indication de la stérilisation est la multiparité.", MERGER R., *Problèmes juridiques de la stérilisation féminine en fonction de ses aspects médicaux et sociaux*, J.C.P. 1963-1-1770.

4 BASTIEN Claude-Thierry, *La stérilisation tubaire chez la femme : aspects techniques et médico-légaux*, Thèse Médecine Nancy 1983, p.96.

5 Subsistent aujourd'hui quelques hypothèses ou "la femme est atteinte d'une affection contre-indiquant définitivement la grossesse : cardiopathie, néphropathie, toxémie gravidique récidivante, otospongiose, sclérose en plaques, certaines affections mentales, etc...", O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, T.1, p.125. Pour les indications rénales, cardiaques, pulmonaires, hématologiques, oncologiques, endocriniennes et psychiatriques, etc... cf. BASTIEN Claude-Thierry, *La stérilisation tubaire chez la femme*, précité, pp.19-24.

6 C'est dans cette perspective seulement que l'on peut envisager que soit commercialisé un jour un vaccin contre la grossesse. Toute autre utilisation du terme de vaccin serait fallacieuse puisqu'elle assimilerait grossesse et maladie, ce que le droit positif français s'est toujours refusé à faire.

7 Un médecin travaillant dans un centre d'I.V.G. décrit cette tendance de la femme qui "souhaite, comme elle m'en exprime le désir, une stérilisation tubaire, afin de régler d'une manière définitive le problème contraceptif.", BOURMEAU Alain Dr., *Avortement après dix semaines*, Le Monde, 20 mars 1993, p.2.

3°) La chirurgie esthétique : de l'utilité directe à l'utilité indirecte

Comment analyser la licéité de l'acte médical lorsque l'intérêt en jeu n'est plus la santé de l'homme mais son image ? Le médecin est-il autorisé à exercer son art dans selon les mêmes conditions juridiques lorsque son action porte non plus directement sur les équilibres physiologiques et psychologiques de l'être humain mais sur son aspect physique, sachant qu'il y de fortes interactions entre le psychisme et la maladie ?

Le droit pénal a longtemps été réticent pour justifier la chirurgie esthétique (a), avant d'autoriser la chirurgie réparatrice, directement utile (b), puis de permettre aujourd'hui la chirurgie strictement esthétique, indirectement utile (c).

a) Les réticences historiques à la justification de la chirurgie esthétique

La licéité de la chirurgie esthétique et ses limites ont été l'objet de controverses passionnées et de polémiques entre juristes, entre les deux guerres mondiales. [1] On ne peut pourtant affirmer que les préoccupations esthétiques des médecins datent du XX^{ème} siècle, puisque l'on a la preuve que dès le XVI^{ème} siècle, Ambroise PARE (1517-1590) prenait en considération les conséquences des opérations sur l'apparence des opérés, afin de préserver l'image la plus acceptable. [2] Il ne s'agissait alors que de limiter les suites immédiates d'une opération chirurgicale en veillant à réaliser des cicatrices, si ce n'est harmonieuses, tout au moins acceptables. Le corps humain étant blessé, le médecin a la charge de le réparer, cette mission principale peut s'accompagner de tâches secondaires telles que le soin porté aux conséquences visibles de l'acte médical principal. [3]

La première guerre mondiale et son cortège de "gueules cassées", victimes de fracas du visage, de polytraumatismes de la face et autres mutilations, devaient poser brutalement à la société française la question de la licéité de la chirurgie esthétique. Il devenait crucial de répondre à la demande de centaines de jeunes hommes qui avaient eu la chance de revenir du front vivants, mais défigurés ou mutilés. Un médecin pouvait-il entreprendre un traitement sur un corps physiologiquement sain, exempt d'affection importante, dont la santé n'était pas en danger. L'intérêt de ce débat était de poser le problème en terme de licéité et de justification. Un chirurgien avait-il le droit de porter son bistouri sur un corps sain ?

Les critiques fusèrent contre les chirurgiens audacieux qui n'écoutaient que les suppliques de leurs patients et acceptaient de tenter de redonner visage humain à ceux que la guerre avait horriblement et brutalement privé de leur propre image d'êtres humains : *"Aussi, que n'a-t-on point reproché à ces présomptueux, ces sacrilèges, qui selon une expression qui fit un instant fortune, ne visaient à rien de moins que «refaire l'œuvre de Dieu.» ?"* [4]

---

[1] On compte quatre thèses de droit sur ce sujet rien que dans les années trente, sans compter tous les ouvrages qui abordent le sujet à l'occasion d'études plus générales. FENIE H., *De la responsabilité civile en chirurgie thérapeutique et plastique*, Thèse Droit Toulouse 1930, PARENT H., *De la responsabilité des chirurgiens en matière de soins esthétiques*, Thèse Droit Rennes 1932, PLEINDOUX, *Chirurgie esthétique et responsabilité médicale*, Thèse Droit Lyon 1932, BAUDRAND G., *La chirurgie esthétique et le droit*, Thèse Droit Poitiers 1938.

[2] "Maintenant, il nous faut en breif, parler des playes. Si la playe a besoin de cousture, la faut faire sièche, afin que les cicatrices ne demeurent laides ; car il y en a plusieurs qui craignent tel accident et, principalement, les belles damoiselles.", Ambroise PARE, *Méthode de traiter les playes faites par les arquebuses et autres bastons à feu*, 1571, cité par KORNPROBST Louis, in *La responsabilité médicale, origines, fondement et limites*, Baillière 1947, p.198.

[3] Sur les techniques déjà connues des civilisations pré-colombiennes cf. "Les sacrifices humains dans les temples n'eurent pas qu'un aspect négatif : ils permirent aux Aztèques d'acquérir une grande habileté dans la dissection, et donc une parfaite connaissance de l'anatomie. Leurs médecins savaient suturer les plaies au moyen de cheveux ou de fibres d'agaves. Leurs connaissances en chirurgie esthétique leur permettaient de pallier les blessures de la face gagnée au cours de combats et de refaire le nez des guerriers.", BRELET-RUEFF Claudine, *Les médecines sacrées*, Albin-Michel, espaces-libres, 1991, p.203.

[4] KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, Flammarion 1957, p.610.

Le professeur GARCON devait contribuer personnellement à la condamnation du principe même de toute chirurgie esthétique : "*Le médecin qui, sous un prétexte esthétique ou plastique, s'attaque à un corps sain, sort des attributions que lui confère son diplôme.*" [1] Cette position péremptoire s'expliquait par deux raisons essentielles. La première, d'ordre scientifique, était que la chirurgie esthétique naissante comportait bon nombre de traitements empiriques dont quelques-uns avaient défrayé la chronique, choquant l'opinion par leurs conséquences parfois plus hideuses que les causes d'intervention. [2] La seconde, d'ordre juridique, reposait sur les trois principales affaires connues par la jurisprudence du moment qui ne laissaient quasiment aucun doute sur l'illicéité des actes accomplis en l'occurence dans le seul but esthétique.

La première affaire mettait en cause un médecin qui avait payé le mari d'une femme âgée et besogneuse afin que celle-ci prête son corps à un traitement de la poitrine destiné à démontrer la capacité de redresser les seins par un acte chirurgical. Sûr de son fait le praticien n'avait opéré qu'un seul sein dans le but de conserver un élément frappant de comparaison aux membres du Congrès médical auxquels il destinait sa démonstration. Le résultat fût effroyable : *"Attendu, (..) que les opérations réalisées par P. sur le sein droit de la dame R., loin de lui donner la forme globale de la jeunesse, n'ont abouti qu'à un impitoyable truchement et que pour arriver à remonter le mamelon au sommet d'un organe fléchissant sans appel, le praticien n'a fait qu'ajouter aux flétrissures de l'âge des cicatrices et gonflements d'un répugnant effet."* [3] La plaignante n'ayant formé une action que sur le plan civil, l'affaire fût résolue en une condamnation du médecin à des dommages-intérêts. Il eut été riche d'enseignement que le ministère public songeât à porter le débat juridique devant les juridictions pénales.

Le second procès devait voir la condamnation d'un médecin ayant traité une jeune fille qui sollicitait de lui une épilation de la lèvre supérieure par l'utilisation de la radiothérapie et qui l'avait défiguré en raison d'une radio-dermite. On notera que la juridiction laisse poindre la notion de proportionnalité comme critère de licéité. [4]

La troisième espèce, presque immédiatement contemporaine de la chronique du professeur GARCON était liée aux aléas de la mode de l'époque, puisqu'il s'agissait du cas d'une jeune femme mannequin présentant une hyperplasie graisseuse des jambes, affection devenue gênante au jour où les grandes maisons de couture lançaient une mode courte. Opérée par un chirurgien, des complications gangrèneuses apparurent, il fallut l'amputer. Condamné par le tribunal civil de la Seine, le chirurgien, aux dires de Monsieur KORNPROBST, en mourut de chagrin peu après. [5]

On comprend mieux que GARCON ait pu être marqué par ces trois exemples jurisprudentiels et ait adopté une position doctrinale très radicalement hostile à la chirurgie esthétique.

L'avenir devait tenir compte de ses critiques et brider très fortement le développement de la chirurgie non strictement curative. Les juridictions du fond ont longtemps adopté des positions très restrictives quant aux opérations à but esthétique : selon un arrêt de 1931 : *"le seul fait d'avoir entrepris une opération comportant des risques d'une réelle gravité sur un membre sain, sans que cette intervention soit imposée par un nécessité thérapeutique ou qu'elle puisse présenter une utilité*

---

1 GARCON Emile, Ann.Méd.Lég. 1931, p.713.

2 Traitement à base de paraffine pour la conception de prothèses nasales, (rhinoplastie), et tentative d'effacement des rides qui, après des succès prometteurs dégénérèrent en cancers cutanés, engorgements ganglionnaires et embolies des vaisseaux oculaires.

3 C.A. Lyon, 23 juin 1913, D.P. 1914, 2, p.73.

4 "Considérant, dès lors, que si, malgré cet inconvénient redoutable, le médecin ne doit pas hésiter à appliquer ce traitement, lorsque la santé du malade l'exige, et si on ne peut le rendre responsable d'accidents qu'il pouvait prévoir, mais qu'il a tout fait pour prévenir, il n'en est pas de même, lorsque, comme dans l'espèce, le médecin se trouve en présence, non pas d'un mal à guérir, mais d'une simple imperfection physique à faire disparaître ou dissimuler ; que, dans ce cas, ni l'intérêt de la science, ni l'intérêt du malade, n'exigent que, pour un si minime résultat, on risque, sinon de le faire mourir, tout au moins de changer son imperfection en un mal véritable ou de l'aggraver.", C.A. Paris 22 janv. 1913, D.1913, p.73, note DENISSE, pourvoi rejeté par Cass.civ. 29 nov. 1920, Gaz.pal. 1921, p.103, S.1918-1919, p.97, note PERREAU.

5 Tribunal civil de la Seine, 25 fév. 1929, Gaz.pal.1929, p.424. KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.612.

quelconque pour l'opéré, constitue à lui seul une faute de nature à entraîner la responsabilité du médecin." [1] En 1936, le tribunal civil de Lyon estime que *"Le médecin qui applique sans nécessité un procédé d'épilation par rayon X commet une faute et engage sa responsabilité, son devoir l'obligeant à faire renoncer sa cliente en bon état de santé à une opération périlleuse."* [2]

En 1960, on peut retrouver cette même analyse dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris : "*Considérant, plus spécialement que le fait même par un chirurgien d'entreprendre une opération comportant des risques d'une certaine gravité sur un organe sain, dans le seul but de corriger la ligne et sans que cette intervention lui soit imposée par une nécessité thérapeutique, ni même qu'elle puisse présenter une utilité quelconque pour la santé de l'opérée, constitue une faute en soi.*" [3] C'est la référence à la notion de but curatif qui permit les premières justifications des actes de chirurgie esthétique réparatrice.

b) L'admission de la chirurgie esthétique réparatrice : la référence au but curatif

La science ayant fourni aux chirurgiens les moyens techniques de modifier l'aspect du corps humain, de la suppression de poils disgracieux jusqu'à la réfection d'un visage ou d'un membre, l'admission de la chirurgie esthétique devenait quasi-inéluctable. Mais il convient de différencier deux branches de la chirurgie plastique. La première est une des spécialités de la chirurgie classique, que l'on qualifie indistinctement de chirurgie réparatrice ou reconstructive. [4] Elle concerne le traitement des patients dont "l'enveloppe charnelle" est ou a été détériorée par la nature (siamois, bossus), un accident (polytraumatisés, accidentés de la route, grands brûlés), ou une maladie (cancers de la peau, hypertrophies graisseuses, goitres) au point que cette atteinte soit un élément essentiel d'un processus morbide dans lequel ils sont plongés.

L'intérêt médical est évidemment de fournir à ces patients les moyens de recouvrer la meilleure santé possible, en diagnostiquant, prévenant et soignant l'origine et les conséquences de leur mal et en soulageant leurs douleurs.

Ce type de chirurgie vise à restaurer la santé de ces patients, la santé étant définie comme un équilibre tant physiologique que psychologique. Nous inclurons dans cette branche de la chirurgie plastique le traitement d'affection bénigne permettant d'enrayer un processus morbide d'origine psychologique. Il apparaît, en effet, que le non-traitement esthétique peut entraîner pour certaines personnalités, à terme, une autodestruction, soit sous forme de suicide, soit sous forme de dépression qui peut, le cas échéant, être mortelle. [5]

En ce sens il nous semble rationnel d'affirmer que la chirurgie réparatrice est une branche spécialisée de la chirurgie qui n'a pas, sur le plan juridique, à faire l'objet d'une appréciation spécifique, poursuivant exactement les mêmes buts que tous les actes médicaux : un but curatif. "*S'il s'agit par exemple de remédier aux conséquences esthétiques d'un accident, de faire disparaître une cicatrice disgracieuse, etc..., il ne s'agit plus de chirurgie esthétique au sens strict du terme, mais de chirurgie plastique de restauration ou chirurgie réparatrice. Cette distinction est importante car la chirurgie réparatrice ne soulève aucun problème juridique particulier par rapport aux autres*

---

[1] C.A. Paris 12 mai 1931, S.1931, p.129 note PERREAU.

[2] Tribunal civil de Lyon, 3 janv. 1936, D.H. 1936, p.127.

[3] C.A. Paris 20 juin 1960, R.T.D. civ.1960, p.646, note TUNC.

[4] Monsieur PENNEAU oppose la chirurgie esthétique et la chirurgie réparatrice, PENNEAU Jean, *La responsabilité du médecin*, Dalloz connaissance du droit, 1992, p.19.

[5] Ce que relevait PERREAU dès 1918, "Les médecins feront sagement d'envisager les responsabilités possibles, avant de se plier aux exigences de leur clientèle ; mais que, pourtant, s'il y a chez le malade, non point simple caprice, mais obsession morbide, la plus large liberté appartient à leur ingénieux dévouement.", PERREAU E.H., note sous Paris 22 janv. 1913, S.1918-1919, p.98.

branches de la chirurgie." [1] *"La chirurgie plastique et réparatrice s'adresse à des malades. C'est donc une chirurgie de soins, mais l'acte est souvent en plus à visée esthétique."* [2]

Il existe toutefois une autre branche de la chirurgie plastique qui ne se fonde pas sur une utilité directe de l'acte médical pour la santé du patient.

c) La question de la chirurgie strictement esthétique : vers une justification coutumière

La seconde branche de la chirurgie plastique est strictement esthétique. Elle relève d'une démarche individuelle des patients qui réclament à la science un embellissement de leur aspect physique. Cette amélioration peut consister à supprimer une cause de laideur avec une part variable de subjectivité liée aux goûts des individus et aux modes (causes naturelles, tâche de vin, naevi, angiome, verrues, loupe, etc .. ou artificielles, tatouages). La chirurgie strictement esthétique peut également viser à apporter un supplément de beauté (correction d'une ligne de nez, gonflement des seins au silicone, reconstitution de virginité), soit encore à corriger "les outrages du temps". [3]

Un même acte accompli par un même médecin peut dans certains cas être un acte médical à but curatif et dans d'autres être un acte non-curatif. La distinction ne peut se faire ni en fonction des caractéristiques scientifiques du traitement, ni en fonction de ses répercussions sur la santé du sujet. On ne doit pas perdre de vue que tel ou tel acte technique peut dans un cas être positif, dans un autre inopérant et dans un dernier, nocif.

La personne qui sollicite du praticien une intervention strictement esthétique est généralement en pleine santé, ce qui peut amener certains auteurs à parler de "médecine de confort". [4] Il faut alors reconnaître que l'on est très éloigné de la notion de but curatif puisqu'il ne s'agit ni de soigner, ni de prévenir, ni de diagnostiquer une maladie, ni de soulager une douleur.

En terme d'utilité, nous admettrons que dans ces hypothèses il n'y a plus d'utilité réellement médicale. *"La chirurgie esthétique est tout à fait à part. En effet, le sujet n'est pas malade ; l'acte, qu'il soit médical ou chirurgical, n'est pas à proprement parler curatif. Il faut obtenir la beauté ou du moins s'en approcher."* [5]

A défaut de but curatif, stricto sensu, il faut trouver ailleurs l'origine de la justification de cette chirurgie. Monsieur VERON a toutefois une approche différente puisqu'il affirme que la chirurgie esthétique peut toujours être qualifiée de curative : *"Si on se place du coté du patient, le but de l'opération est de lui apporter un confort moral et de lui éviter des difficultés d'ordre psychologique en lui donnant l'image de lui-même qu'il souhaite et en favorisant son insertion sociale. Il y a donc toujours un aspect curatif dans les traitements ou les interventions esthétiques."* [6] Nous voulons bien admettre qu'il y a une utilité, mais est-ce bien une utilité curative ?

---

[1] AUBY Jean-Marie, *Le droit de la santé*, P.U.F. Thémis 1981, p.447.

[2] ROUGE Daniel, ARBUS Louis, COSTAGLIOLA Michel, *Responsabilité médicale, de la chirurgie à l'esthétique*, Paris, éd° Arnette, 1992, p.5.

[3] Un des aspects les plus intéressants de la chirurgie esthétique est qu'elle peut permettre de donner l'illusion de la jeunesse à un corps vieillissant approchant par là le mythe de la jouvence éternelle. La chirurgie esthétique du XX^{ème} siècle permet à certains de faire mentir les poètes.

"Donc, si vous me croyez, mignonne
tandis que votre âge fleuronne
En sa plus verte nouveauté,
Cueillez, cueillez, votre jeunesse
Comme à cette fleur, la vieillesse
Fera ternir votre beauté."

RONSARD Pierre de, (1524-1585), *Poésies choisies, Ode à Cassandre*, Garnier 1969, p.83.

[4] "Médecine de confort", terme employé par Michel VERON in , MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin* par Michel VERON, Maloine 1984, p.28, "acte de simple confort", terme employé par Jean-Marie AUBY, *Le droit de la santé*, précité, p.448.

[5] ROUGE Daniel, ARBUS Louis, COSTAGLIOLA Michel, *Responsabilité médicale, de la chirurgie à l'esthétique*, précité, p.5.

[6] MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin* par Michel VERON, précité, p.28.

Nous pensons qu'il y a traditionnellement une indifférence de l'ordre public pour certains actes qui portent atteinte au corps humain. Toutes les sociétés connaissent des pratiques de modification du corps humain pour des raisons culturelles (tatouages [1]), cultuelles (circoncision), ou de simple convenance personnelle (bijoux et ornements), sans pour autant les rattacher systématiquement à la catégorie des actes médicaux ou des actes thérapeutiques. Tous les actes portant sur le corps humain ne sont pas accomplis par des médecins (coiffure, manucure, soins infirmiers, tatouage, circoncision rituelle etc...), tous les actes accomplis par des médecins ne sont pas *de jure* des actes médicaux (démonstration pédagogique, expertise), tous les actes médicaux ne sont pas thérapeutiques (avortement, prélèvement d'organe).

Le seul fondement de substitution au but curatif que l'on puisse trouver pour expliquer la justification de la chirurgie esthétique repose sur l'idée de tolérance coutumière de la part de la société. Monsieur PENNEAU explique cet état du droit par une liberté de définition de son intérêt médical dévolue par la société à chaque individu : *"Les mœurs à cet égard tiennent une place de premier plan ; bien plus, le contenu de l'intérêt médical peut, le cas échéant, être en partie déterminé par la volonté de l'individu dans les limites fixées par la société, lorsque celle-ci, en fonction de son évolution, juge légitime de lui laisser, entière ou partielle, sa liberté d'appréciation. Il est très typique à cet égard que la chirurgie esthétique qui paraissait à l'évidence constituer le délit de blessures volontaires au début du siècle ne donne pratiquement plus lieu à aucune poursuite pénale aujourd'hui."* [2]

Comme en matière de circoncision ou de sport violent, la société tolère par une sorte de permission coutumière que les individus consentent à des atteintes à leur intégrité corporelle. La volonté individuelle influe alors sur le contenu de la notion d'utilité. Si la personne exprime son désir d'avoir recours à un acte de chirurgie esthétique, ce n'est plus la permission tacite de la loi qui justifie pénalement le médecin en autorisant l'activité médicale dans un but curatif, mais la coutume. Le droit pénal déroge à l'exigence préalable de l'utilité thérapeutique directe de l'acte accompli par le médecin pour le justifier.

Mais cette reconnaissance coutumière de la possibilité pour les individus de décider ce qui est utile pour eux connaît néanmoins des limites. Les moyens médicaux employés seront limités par le second critère d'appréciation de l'acte médical, la proportionnalité des risques par rapport aux avantages escomptés. [3]

Or, le développement de méthodes scientifiques médicales dans le cadre d'une médecine strictement curative permet d'utiliser aujourd'hui ce savoir médical au service de finalités qui sont autres que curatives. L'outil chirurgical peut être utilisé à d'autres fins que des fins thérapeutiques et en particulier à des fins esthétiques. Il faut analyser très précisément le problème de la licéité de ces actes accomplis par le personnel médical car il subordonne la question globale de la justification de l'acte médical.

Nous craignons, en effet, que l'absence de critère juridique précis et l'ambiguïté des normes écrites laissent la voie ouverte à de nombreux écueils forts dangereux. Il existe de nombreux risques de dérapage ou de détournement de la fonction médicale dans le cas d'acceptation des capacités d'intervention des médecins dans un but autre que curatif. Nous citerons symboliquement les

---

[1] "Le terme de tatouage est souvent employé à tort pour désigner les scarifications qui ornent le corps et le visage des Africains. Ces «mutilations tégumentaires» permettent de fixer des bijoux à l'oreille ou aux narines par exemple ou sont en elles-mêmes une fin : rituelle, commémorative, religieuse, magique. Ces scarifications sont saillantes ou déprimées et pratiquées sans asepsie ni antisepsie. Malgré cela, les accidents sont rares et les reliefs des cicatrices forts réguliers. Les Africains «brodent la peau», disait Buffon !", BRELET-RUEFF Claudine, *Les médecines sacrées*, précité, p.286-287.

[2] PENNEAU Jean, *La responsabilité du médecin*, Dalloz 1992, p.90 Contra cf: "C'est lui seul, homme de science, qui peut résoudre ce problème préalable. Le client ou la cliente qui consent à l'opération et qui même la demande, n'a pas la qualité pour trancher ce débat : il n'a ni la compétence, ni les connaissances nécessaires.", TOULEMON André, *La responsabilité dans la chirurgie esthétique*, S.1962, chron., p.14.

[3] Cf. infra chapitre 2, p. 215 et s.

domaines politiques (eugénisme, avortements, voir abaissement du seuil de lucidité collectif), militaires (problème de la torture scientifique et du renseignement), répressifs (problème du traitement de certains types de délinquants et de l'aveu scientifique), qui sont les plus frappants sans être les seuls. [1]

La justification consensuelle de la chirurgie strictement esthétique montre un double glissement de la notion de but curatif. D'une part, le critère de maladie préexistante à l'intervention du médecin disparaît (un nez trop long, des seins trop plats, une calvitie naissante, ne sont pas des maladies) au profit d'un simple désagrément. D'autre part, et symétriquement, l'acte médical ne vise plus le rétablissement de la santé préalable mais l'atteinte d'un niveau supérieur de santé.

Or, la justification de la chirurgie strictement esthétique se fonde aujourd'hui sur un argument hypocrite: l'affirmation qu'une image détériorée peut être une cause de maladie psychologique. Il faut distinguer selon les situations. Il est des hypothèses dans lesquelles il y a un réel risque pathologique sur le plan de la santé mentale. Dans ce cas le but curatif réapparaît sous l'angle de l'utilité indirecte de l'acte préventif. (cf. infra B) Par contre, en cas de simple demande appuyée de modification de l'image et en l'absence d'un risque réel de névrose ou de dépression, l'action du médecin n'a aucun but curatif. Si elle est néanmoins justifiée, c'est en raison d'une permission coutumière qui autorise les personnes à consentir à certaines atteintes à leur intégrité. Puisque la société admet aujourd'hui la licéité de la chirurgie esthétique, il serait opportun que la loi précise les contours de cette tolérance sociale afin que les praticiens du droit et de la médecine n'étendent pas à l'excès la notion de but curatif.

La mission médicale ne consiste plus uniquement aujourd'hui à sauver la vie, à guérir les malades et à prolonger leur existence en termes quantitatifs. La démarche des médecins et le regard que la société porte sur eux évoluent vers la reconnaissance d'une utilité indirecte de l'activité médicale.

B) L'utilité thérapeutique indirecte : l'amélioration de la vie du sujet

L'évolution contemporaine de la pratique médicale et de la justification pénale des actes d'atteinte au corps humain montre qu'au but curatif originaire fondé sur l'utilité directe de l'acte médical (diagnostic et traitement) est venu s'adjoindre la licéité de l'acte à utilité thérapeutique indirecte. Il s'agit du but de prévention (1°) et du but de soulagement du malade (2°). L'exigence d'une utilité thérapeutique personnelle peut, enfin, être confirmée par le rappel de l'illicéité de l'expérimentation avant 1988 (3°).

---

[1] On peut craindre une utilisation systématique des sciences médicales dans des domaines aussi "nobles" que l'éducation par l'administration généralisée de produits favorisant la mémoire ou la concentration, et le sport, par le développement des produits dopants et autres modifications organiques : "Le temps où Violette GOURAUD-MORRIS se faisait couper un sein pour lancer le poids plus à l'aise est bien révolu ! C'était avant la deuxième guerre mondiale.", Le Figaro, 18 janv. 1992, p.70.

1°) La prévention

La médecine moderne a développé une stratégie d'anticipation vis-à-vis de la maladie, ce qui permet aux médecins d'accomplir des actes médicaux avant même qu'une altération de la santé ne soit intervenue pour éviter qu'une maladie ne survienne. La mission de prévention entre dans le champ de la médecine de santé publique qui vise à informer les citoyens des moyens individuels de protection de leur santé. Les campagnes d'information sur les méfaits du tabac et de l'alcool, sur l'hygiène bucco-dentaire et alimentaire, sur la sédentarité et les maladies cardio-vasculaires relèvent de cette mission générale.

En ce qui concerne les actes de prescription médicamenteuse de produits actifs destinés à prévenir la survenue de maladie, il est important de déterminer leur qualité thérapeutique ou non. Les prescriptions de vitamine C contre le scorbut, de fer contre l'anémie, de fluor contre les caries dentaires etc...sont des actes médicaux. S'agit-il d'actes thérapeutiques ? A défaut, il faudra en déduire que ces actes ne sont pas justifiés par la finalité curative. A défaut de permission expresse de la loi, ils seraient donc infractionnels. Si oui, le fait justificatif applicable à tous les actes médicaux curatifs suffira à justifier pénalement l'action préventive.

Les juristes ne limitent heureusement pas leur raisonnement aux faits apparents et ils acceptent que l'on puisse lutter contre une maladie avant qu'elle ne se déclare. L'appréciation de la finalité thérapeutique sera alors avancée dans le temps. En fonction d'un diagnostic de facteur de risque et non plus de l'existence d'une altération de la santé, il faudra évaluer l'utilité d'un acte médical préventif.

Ainsi en matière de cancer du sein : "*Il apparaît que c'est à une politique de dépistage des formes précoces et de prévention qu'il devrait finalement appartenir de faire reculer la mortalité due à ce cancer. Le dépistage repose sur la recherche de moyens techniques (essentiellement la mammographie) permettant de détecter la tumeur à un stade où les thérapeutiques pourraient en réduire le potentiel proliférátif (éradiquer, neutraliser la tumeur). La prévention primaire vise à intervenir avant même l'apparition de cellules cancéreuses. Elle s'adresse aux populations à risque.*" [1]

La décision médicale doit donc être strictement individualisée pour chaque relation médicale, il ne peut y avoir de prévention systématique qui soit également thérapeutique. Chacun n'est pas soumis aux mêmes facteurs de risque. Lorsqu'il existe un risque réel, l'acte préventif est utile et l'acte médical peut être qualifié de thérapeutique. Lorsqu'aucun risque réel n'est démontré, seule la loi peut justifier pénalement que soit pratiqué un acte préventif qui ne peut plus être individuellement qualifié d'acte thérapeutique.

Le facteur de justification pénale change, la permission expresse de la loi vient remplacer la permission tacite d'accomplir les actes à finalité thérapeutique directe. Le critère d'opportunité de la loi est alors celui de la protection de la santé publique collective indépendamment des facteurs de risques individuels. C'est le cas des vaccinations. [2]

Une interprétation stricte du terme curatif devrait exclure de son domaine les actes qui ne visent pas au rétablissement de la santé altérée par la maladie. Or l'anesthésie, par exemple, ne contribue pas directement à la guérison de l'opéré.[3] Nul, pourtant, ne songerait à contester la licéité

---

[1] KUTTEN Frédérique Prof., *Cancer du sein : quelle prévention ?*, Le Monde 16 juin 1993, p.17.

[2] Cf. infra 2ème Partie, Titre 2, La permission légale expresse de pratiquer des vaccinations, p.467 et s.

[3] Il existe toutefois des affections telles que la fissure anale qui peuvent être guéries par infiltration locale de xylocaïne. L'insensibilisation de la zone douloureuse soulage quasi-immédiatement le malade et suffit à permettre une guérison "naturelle" dans la plupart des cas.

de l'anesthésie lors d'opérations chirurgicales "lourdes". [1] L'anesthésie est un acte médical de prévention de la douleur. L'anesthésie est pénalement justifiée par le but curatif car elle apporte une utilité thérapeutique indirecte, prévenir et éventuellement soulager.

2°) But curatif et utilité du soulagement de la douleur

Si l'on admet que la douleur puisse être une altération de la santé, il faut étudier les moyens de lutter médicalement contre la douleur. Toutes les douleurs peuvent-elles être traitées dans l'état actuel des connaissances techniques ? Il semblerait , aujourd'hui, qu'il n'y ait plus de douleur que l'on ne puisse efficacement combattre.

Il convient d'analyser la question générale de l'administration de produits analgésiques (a) avant d'étudier la justification des soins palliatifs (b) et le cas particulier de l'accouchement sous péridurale (c).

a) La justification pénale de l'administration des produits analgésiques

La pharmacopée des produits anti-douleurs a considérablement évolué, donnant au corps médical contemporain les outils chimiques d'une réelle lutte contre la souffrance. Mais le maniement de ces produits particuliers n'est, pas plus qu'une autre prescription médicamenteuse, un acte simple. Les molécules actives qui composent les produits anti-douleurs ont fréquemment des effets secondaires puissants. Chacun connait les influences des calmants sur les états de somnolence ou d'excitation mais on oublie souvent les risques plus sournois de dépendance et d'accoutumance ainsi que les troubles de la vigilance et de la conscience.

Les drogues modernes des familles analgésiques (antalgiques, agonistes, antagonistes etc...[2]) permettent de soulager les douleurs les plus pernicieuses et les plus invalidantes. [3]

Les moyens techniques dont disposent les médecins contemporains pour lutter contre les douleurs sont nombreux et efficaces, mais leur utilisation est fondamentalement liée à la nature soit aiguë, soit chronique des souffrances. "*Il faut toujours définir avec le patient un plan de traitement qui se fixe un but raisonnable et précis : commencer par abolir, par exemple, les paroxysmes douloureux, puis réduire le fond douloureux permanent.*" [4]

Les produits analgésiques sont aujourd'hui très nombreux sur le marché du médicament où l'on trouve différentes formes d'antalgiques anti-inflammatoire, antipyrétiques, antalgiques périphériques (aspirine ou paracétamol), antalgiques centraux etc... Certains de ces produits véhiculent une image péjorative en raison des effets secondaires qui leurs sont prêtés. Nous pensons en particulier aux produits morphiniques que le profane à tendance à classer dans les drogues et stupéfiants susceptibles de causer des phénomènes de dépendance et d'accoutumance. [5]

---

1 "A la fin du XIX^{ème} siècle, Oliver Wendell Holmes, linguiste anglais de Harvard, Boston (USA) baptisait ainsi cette technique naissante utilisant l'éther et le chloroforme. Il ne faisait que reprendre le terme latin *anesthesia* créé par Aretei de Cappadoce, médecin du III^{ème} siècle, à partir de deux racines grecques : *an* privatif = sans ; et *aisthêsia* = sentir ; d'où «anesthésie» = absence de sensation. Platon, 400 ans avant J.C., l'avait déjà utilisé avec le sens d'absence de sensation au sens philosophique, repris par Dioscoride, médecin grec au Ier siècle.", BUTTIGIEG Charles Dr., *Réponses à toutes les questions que vous vous posez sur l'anesthésie*, Retz 1987, p.9.

2 "Terme générique qui désigne l'ensemble des médicaments qui suppriment ou atténuent les sensations douloureuses sans modification important de la conscience, analgésiques antipyrétiques (...), analgésiques narcotiques (...).", KERNBAUM Serge, Dr., *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, précité, V° *Analgésique*, p.45.

3 "De quel droit laissons-nous souffrir nos malades ? Rappelons qu'en 1990, on peut maîtriser 95% des souffrances physiques de la fin de la vie ; les 5% rebelles peuvent de plus en plus être rendues supportables.", TAVERNIER Monique Dr., *Les soins palliatifs*, Que-sais-je ? n°2592, 1991, p.70.

4 BLOND Serge, *Les traitements de la douleur*, in *Douleurs, du neurone à l'homme souffrant*, ESHEL-Sciences, 1991, p.152

5 Quelques chercheurs contestent, aujourd'hui, la validité scientifique de ces allégations : "Certains préjugés se sont progressivement effondrés : (...), dans un contexte néoplasique, l'on ne peut parler de phénomène de dépendance psychique ou physique : la nécessité d'augmenter les doses est, le plus souvent, liée à un mauvais contrôle de la douleur qui se prolonge au cours de la maladie et, partant,

Il existe donc des actes médicaux utiles pour la santé individuelle des patients, mais ceux-ci posent la question de la coordination avec les dispositions légales prohibant la facilitation de l'usage de stupéfiants. [1]

Sachant qu'aucune dérogation n'est prévue par le texte au profit des médecins, un raisonnement juridique plausible est de considérer que la prescription de substances ou plantes vénéneuses, normalement prohibée, est exceptionnellement tolérée lorsque la démarche est thérapeutique et que cette prescription a un but curatif. Ces substances sont alors considérées comme des médicaments, ce qui permet au médecin de les prescrire. Nous remarquerons, a contrario, que le Code de la santé publique sanctionne spécifiquement les pseudo-patients, réels consommateurs de mauvaise foi [2] et les pharmaciens peu scrupuleux. [3]

Nous y voyons le signe de la reconnaissance d'un cas licite de facilitation de l'usage de stupéfiants chaque fois que le médecin a la certitude d'être médicalement utile à la santé individuelle du patient. L'acte médical, c'est-à-dire la prescription par un médecin, d'un produit pharmaceutique à un patient dont l'état de santé justifie une telle démarche thérapeutique, se distingue alors de l'acte délinquant. Seule la finalité thérapeutique place le médecin à l'abri des rigueurs que le Code pénal réserve aux trafiquants de stupéfiants.

Toute hypothèse différente (prescription par un non-médecin, prescription d'un produit non-autorisé, prescription dans un but autre que curatif) ferait disparaître le fait justificatif de permission de la loi. Les responsables resteraient punissables des sanctions ordinaires prévues à l'article L.627 C.s.p. [4]

Que penser de deux situations particulières que sont la douleur psychosomatique et la douleur simulée? Il ne faut pas dissocier l'étude de la douleur psychosomatique de celle de toutes les affections de cette famille, car le patient souffre en toute "sincérité". L'individu qui au contraire simule une douleur dont il sait pertinemment qu'elle n'existe pas, relève d'une analyse particulière.

Confronté à cette sorte de fraude à l'acte médical, le médecin doit être vigilant pour ne pas se laisser abuser. Il existe deux catégories de personnes susceptibles de simuler sciemment une douleur : celles qui souhaitent le produit anti-douleur dans un but autre que d'être soulagé [5] et celles des simulateurs qui veulent uniquement les effets d'un acte médical sans en présenter les conditions. [6]

Le médecin qui prescrit sciemment un produit anti-douleur à un individu qu'il sait simuler cette douleur commet, outre une faute déontologique [7], une faute pénale. Il peut contribuer, tout

---

il est possible d'affirmer qu'il n'y a pas de véritable phénomène d'accoutumance.", BLOND Serge, *Les traitements de la douleur*, précité, p.153.

1 "(...) Seront punis d'un emprisonnement de deux à dix ans et d'une amende de 5000 F à 50.000.000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement : 1°) Ceux qui auront facilité à autrui l'usage desdites substances ou plantes, à titre onéreux ou à titre gratuit, soit en procurant dans ce but un local, soit par tout autre moyen ", article L.627 C.S.P.

2 "2° Ceux qui, au moyen d'ordonnances fictives ou d'ordonnances de complaisance, se seront fait délivrer ou auront tenté de se faire délivrer lesdites substances ou plantes.", art.L.627 C.S.P.

3 "3° Ceux qui, connaissant le caractère fictif ou de complaisance de ces ordonnances, auront, sur la présentation qui leur en aura été faite, délivré lesdites substances ou plantes.", art.L.627 C.S.P.

4 Solution qu'approuve Michel VERON, tout en la fondant sur la notion d'élément moral : "L'élément intentionnel du délit risque de soulever des problèmes délicats, car l'usage de ces substances peut être prescrit à titre thérapeutique et, dans ce cas, le médecin est justifié par le but directement curatif de sa prescription. Quand y-a-t-il intention coupable ? Certainement lorsqu'un médecin délivre sciemment une ordonnance au profit d'un bénéficiaire qui n'a nullement besoin de la substance à titre thérapeutique.", MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, Tome 3, *La responsabilité pénale*, par Michel. VERON, précité, p.103

5 En dehors des empoisonneurs potentiels cherchant à se procurer l'arme de leur futur crime, nous pensons aux toxicomanes consommateurs de drogues, aux trafiquants revendeurs de stupéfiants et aux pseudo-sportifs cherchant des produits dopants.

6 Au premier rang desquels les candidats à l'exemption du service national, les habitués des arrêts de travail et les demandeurs de certificats de complaisance.

7 "Sont interdits : tout acte de nature à procurer à un malade un avantage matériel injustifié ou illicite.", Décret 28 juin 1979 portant Code de déontologie médicale, art.24 al.1, "Le médecin doit s'efforcer de faciliter l'obtention par son malade des avantages sociaux auxquels son état lui donne droit, sans céder à aucune demande abusive.", décret du 28 juin 1979, précité, art.48 al.1. "Lorsque le médecin prescrit des stupéfiants et toxiques il est tenu de se conformer aux règles du Code de la Santé. (...) La méconnaissance de ces formalités est susceptible d'entraîner des sanctions pour le médecin prescripteur.", O.N.M., *Commentaires du Code de déontologie médicale*, précité, p.31.

d'abord, à favoriser la toxicomanie, voire s'en rendre complice par fourniture de moyen [1] et/ou à rédiger de faux certificats. [2]

Il se prive d'autre part du fait justificatif de permission de la loi en agissant en dehors de tout but curatif. Il n'y a alors aucune raison de ne pas poursuivre ce médecin pour administration de substance nuisible au cas où son client présente un préjudice du fait de l'absorption.du produit anti-douleur prescrit à mauvais escient. [3] A défaut, les incriminations ordinaires protégeant l'intégrité physique du corps humain sont bien évidemment applicables.

Cette analyse qui découle de notre conception du fait justificatif médical devrait conduire devant les tribunaux correctionnels bon nombre de médecins qui prescrivent sciemment des médicaments inutiles. L'inutilité s'entend ici de l'absence d'utilité pour la santé individuelle du patient. Or, il faut que les médecins se soient livrés à un véritable trafic de produits particulièrement dangereux pour qu'une instance judiciaire soit ouverte. [4]

b) But curatif et utilité des soins palliatifs

Ne sont utiles que les actes qui visent à sauvegarder la vie entendue dans des conditions "normales". Nous considérons qu'il existe tacitement un terme normal à la durée de vie, qui peut être déterminé par une référence quantitative, l'âge de 100 à 120 ans.

S'il n'existe plus d'utilité directe de l'activité médicale lorsque l'on sait que le pronostic fatal est inéluctable, doit-on pour autant s'abstenir d'intervenir médicalement. Le médecin est-il réduit à cette alternative : ou guérir ou s'abstenir ? L'émergence contemporaine de la notion de soins palliatifs ouvre une troisième voie permettant une action médicale indirectement utile.

"*Les soins palliatifs terminaux visent à diminuer ou supprimer les symptômes d'une maladie lorsqu'il est permis d'affirmer que les diverses thérapeutiques possibles à visée curative sont devenues raisonnablement inefficaces pour obtenir la guérison de l'affection en cause. Ils comprennent l'ensemble des actions mises en œuvre pour permettre au malade en phase terminale d'aller jusqu'à la mort dans le maximum de confort, aussi bien physique que psychique.*" [5]

Ce sont des travaux américains qui ont provoqué une évolution de l'approche médicale de la fin de vie des malades. [6] Suscitant la création et le développement d'institutions spécialisées dans l'accueil des mourants tel le St-Christopher's Hospice en Angleterre. [7]

Loin de l'idée de mouroir, la médecine palliative préconise au lieu de l'acharnement thérapeutique et à la place de l'abstention médicale, une action médicale différente. "*L'avènement des soins palliatifs annonce un changement d'attitudes à l'égard de la mort par la reconnaissance qu'ils font de l'inéluctabilité de la mort et de la prise en charge, cette chose étant acceptée du*

---

1 Art.59-60 C.pén., L.657 C.S.P.

2 "(...) tout médecin, chirurgien, dentiste ou sage-femme qui, dans l'exercice de ses fonctions et pour favoriser quelqu'un, certifiera faussement ou dissimulera l'existence de maladie ou infirmités ou un état de grossesse, ou fournira des indications mensongères sur l'origine d'une maladie ou infirmité ou la cause d'un décès, sera puni d'un emprisonnement d'une à trois années." art.160 al.1 C.pén.

3 Art.318 al 1 C.pén. "Celui qui aura occasionné à autrui une maladie ou une incapacité de travail personnel, en lui administrant volontairement de quelque manière que ce soit, des substances qui, sans être de nature à donner la mort, sont nuisibles à la santé, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans, et d'une amende 60 f à 15000 f."

4 Trafic d'anabolisants à but de "gonfler" les muscles des membres d'un club de "musculation", trafic de stupéfiants.

5 "Charte des soins palliatifs élaborée par l'ASP sous l'autorité du Pr Dominique Laplane, art.1.", cf. TAVERNIER Monique, *Les soins palliatifs*, précité, p.115.

6 KUBLER-ROSS Elisabeth, *On death and dying*, New-York, MacMillan, 1969. cf. aussi "En soulageant les souffrances sans provoquer pour autant la mort de façon délibérée, les soins palliatifs permettent le déroulement du processus naturel de mort et laissent la possibilité au malade et à ses proches de vivre ce «mieux de la vie» connu depuis l'Antiquité qui favorise d'ultimes échanges. Les soins palliatifs ne représentent-ils pas de ce fait la forme la plus aboutie du respect de la mort d'un individu ?", SEBAG-LANOE Renée Dr, *Au nom de quoi développer les soins palliatifs ?*, Rev.éth., 1993, p.36.

7 VERSPIEREN Patrick, *Face à celui qui meurt*, Paris, Desclée de Brouwer, 1985.

processus de mourir. Les soins palliatifs s'inscrivent donc comme contre-courant à l'interventionnisme basé sur l'acharnement thérapeutique. On laisse la mort agir plutôt que d'agir sur elle. (...) En d'autres mots, l'avènement des soins palliatifs incarne, d'une part, la lucide soumission à l'ordre des choses et, d'autre part, un souci de solidarité envers le sort des êtres humains. Ce respect de la non-intervention thérapeutique joint au soulagement des douleurs signifie cependant uniquement la reconnaissance du laisser mourir et non pas celle du droit de faire mourir. La non-intervention ne peut être perçue comme une forme d'euthanasie, dans le sens de provoquer la mort ou d'en accélérer le processus. L'administration de soins palliatifs ne vient que supporter un processus déjà en cours dont l'issue est la mort, sans intervention ni pour la provoquer, ni pour l'en empêcher." [1]

Le corps médical peut se rendre utile à celui qui va mourir en lui apportant des soins de confort sans lien direct avec la pathologie qui est en train de le faire mourir. Soulager la douleur est l'objectif premier, adoucir la fin de vie est l'esprit général de la médecine palliative.

En traitant médicalement les dysfonctionnements annexes qui nuisent au confort, le médecin soigne sans tenter de guérir. Traiter les vomissements et les diarrhées, permettre le sommeil, réhydrater etc... sont autant d'actes médicaux indirectement utiles à la santé du patient. [2]

Sur le plan pénal, il n'y a pas d'incompatibilité entre acte médical à but palliatif et acte médical à but curatif. Tous deux visent à améliorer la santé individuelle du patient. L'acte curatif poursuit une utilité directe, l'acte palliatif une utilité indirecte, mais ils sont tous deux incontestablement utiles, ce qui suffit à intégrer la définition de la finalité thérapeutique. "*Cette (...) utilité sociale devrait représenter la meilleure justification éthique de leur développement si nous nous en référons au principe que l'on trouve dans l'Ethique de Spinoza : «J'entendrai par bon ce que nous savons avec certitude être utile».*" [3]

Les soins palliatifs se développent et ils sont licites en raison de leur but curatif. Bien qu'ils n'aient aucune utilité directe pour la santé du soigné, ils ont une utilité indirecte, soulager les désagréments de la fin de vie, c'est-à-dire améliorer sa vie. Cette extension de la notion de but curatif est strictement parallèle à l'extension de la définition de la santé, définition positive qui tend aujourd'hui à se fonder sur la notion de bien-être. Faut-il mettre sur le même plan le soulagement des douleurs de l'agonie et les douleurs de l'accouchement ? Ne risque-t-on pas un jour de déclarer licite la perspective de suppression de toutes les douleurs ?

c) La question particulière de l'accouchement sous anesthésie péridurale

S'il est un domaine de la vie quotidienne qui a été très largement modifié par l'évolution de la science médicale, c'est celui de l'accouchement. Il y a lieu de parler de médicalisation de la mise au monde à l'heure où la presque totalité des naissances a lieu dans un cadre médical spécialisé. A la fin du XX^{ème} siècle, on naît et on meurt à l'hôpital. Or, la diminution du nombre des naissances s'est accompagnée de l'émergence d'un désir de bonne qualité d'accouchement. C'est l'idée même de l'acte reproductif qui a évolué.

D'aucuns ayant déjà démontré le désir de la femme contemporaine de dissocier sexualité et reproduction, il nous faut rappeler que la première innovation a été de séparer sexualité et risque mortel. La science contemporaine a rendu désuète cette citation de MICHELET : "*Chaque fois qu'elle consent à l'union et cède au désir de l'homme, elle accepte de mourir pour lui.*" [4] La

---

[1] BAUDOUIN Jean-Louis et BLONDEAU Danielle, *Ethique de la mort et droit de la mort*, précité, pp.105-106.

[2] Ces soins sont parfois qualifiés de "nursing", en particulier lorsqu'ils sont accomplis dans le cadre de l'hospitalisation à domicile.

[3] SEBAG-LANOE Renée Dr, *Au nom de quoi développer les soins palliatifs ?*, précité, p.37.

[4] MICHELET, *L'Amour*, 1858, cité par Jacques LEONARD in *Archives du corps, la santé au XIX^{ème}e siècle*, Ouest-France Université, 1986, p.273. Contra cf. La médecine aztèque semble avoir appliqué très tôt des principes pharmacologiques et

médecine du XX^{ème} siècle a largement diminué les risques des accouchements, au point que ce qui était une fatalité hier, est aujourd'hui un traumatisme inacceptable.

Il est classique d'attribuer aux influences des différents mouvements féministes de l'Après-guerre la revendication de droits de la femme sur son corps. Après des luttes contre la discrimination professionnelle, puis pour le respect de la féminité contre toute formes d'agression, ces mouvements ont inspiré les réformes du droit de l'avortement. Des soubresauts de mai 1968, devait surgir une nouvelle revendication : "l'accouchement sans douleur". [1] Sans douleur ni pour la mère, ni pour l'enfant. [2] Il n'est pas innocent de rappeler que cet engouement pouvait être analysé comme une opposition au verset biblique sanctionnateur de la femme tentatrice : "*tu enfanteras dans la douleur*" La douleur est rédemptrice, elle est présentée comme le passage obligé pour racheter le péché originel et vouloir la combattre est presque sacrilège. [3]

Les scènes d'accouchement étaient, jusqu'au XIX^{ème} siècle, en Occident , des scènes dramatiques où la rudesse de l'enfantement tenait le premier rôle, accompagné de risques vitaux pour la mère et l'enfant. [4] Le mystère de la naissance a perdu son aspect magique au profit de connaissances scientifiques, ce qui a permis de lutter contre l'idée de rite forcément et essentiellement douloureux."*L'accouchement n'est plus cette épreuve redoutable de jadis, cette terreur amplifiée par les croyances et les racontars.*" [5]

Quels sont les spécificités de la douleur en obstétrique sur le plan juridique ? Il faut tout d'abord rappeler que la grossesse n'est pas une maladie mais une modification naturelle de la santé de la femme ce qui modifie quelque peu les moyens licites de lutte contre la douleur. Il est clair que les contractions de l'utérus sont des mouvements douloureux mais spontanés qui favorisent l'expulsion normale du fœtus.

Est-il licite de lutter contre une douleur naturelle et même souhaitable sur un plan technique ? Nous avons montré que la douleur pouvait être une source d'altération de la santé ce qui peut expliquer le souci de la combattre, c'est le principe de l'anesthésie. "*L'indication thérapeutique ayant pour seule fin de calmer les douleurs du patient ne pourra intervenir qu'au cas où celles-ci seraient proprement intolérables, si elle comporte des risques appréciables. Ainsi l'administration d'anesthésiques, qui comporte des risque sérieux ne sera licite qu'eu cas de traitement ou d'opération très douloureux.*" [6] En matière d'accouchement peut-on affirmer que l'anesthésie offre une utilité médicale ?

Les observations de médecins anglais et russes [7] ont très tôt montré l'importance de la préparation psychologique de la future parturiente dans le bon déroulement de l'accouchement pour la mère et pour l'enfant. Le développement de techniques de relaxation, de musculation et de respiration fut alors préconisé en France par le docteur LAMAZE sous le nom de

---

psychothérapeutiques destinés a améliorer la "qualité" des accouchements : "Lorsque les contractions deviennent fréquentes et régulières, la parturiente doit boire des décoctions de racines pulvérisées de ciuptali, qui accélèrent l'accouchement. Pour analgésier des douleurs trop fortes, on lui fait prendre long comme la moitié d'un doigt de la queue pulvérisée de l'animal nommé tlacuatzin, (opposum),. Si ces deux remèdes échouent, la sage-femme recourt à une psychothérapie dynamique.", BRELET-RUEFF Claudine, *Les médecines sacrées*, précité, p.202.

[1] LEBOYER Frédérick Dr., *Pour une naissance sans violence*, éd° du Seuil, 1975.

[2] "Les cris ne disent-ils pas une souffrance ? Pour hurler comme il fait, se pourrait-il que le bébé éprouve un mal immense ? Naître serait-il douloureux pour l'enfant.", LEBOYER Frédérick Dr., *Pour une naissance sans violence*, précité, p.13.

[3] "Il dit encore à la femme : Je multiplierai tes fatigues et tes grossesses ; c'est dans la douleur que tu mettras au mondes des enfants ; tu seras sous la puissance de ton mari, et lui te dominera." *Genèse*, chapitre 3, verset 16. cf. "Même un heureux accouchement doit être douloureux. Cette conviction s'appuie sur des justifications morales, et il existe une sorte de culte de la souffrance... une vision de l'enfantement qui serait à la fois une œuvre de création et une œuvre de péché." LAGET Mireille, Naissances, *L'accouchement avant l'âge de la clinique*, éd° du Seuil.

[4] "Les accouchements, régentés par les matrones, se vivaient dans les cris et l'agitation, et duraient parfois très longtemps. Après plusieurs enfantements, il était rare qu'une femme ne fût pas affligée de déchirures du col ou du périnée, de fistules - dont la fréquence s'est accrue avec l'usage plus courant du forceps - ou de descentes de matrice que ne parvenaient pas à contenir les vieux pessaires de tissus." LEONARD Jacques, *Archives du corps, la santé au XIX° siècle*, précité, p.273-274.

[5] MERGER Roger et CHADEYRON Pierre-André, *L'accouchement sans douleur*, Que-sais-je?, n°1134, 1983, p.5.

[6] DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, précité, n° 442bis, p.308.

[7] Cf: MERGER Robert et CHADEYRON Pierre-André, *L'accouchement sans douleur*, précité, p.64.

"psychoprophylaxie obstétricale" (P.P.O.). [1] Cette préparation ne relève pas de notre étude dans la mesure où les exercices proposés restent plus proches de l'éducation hygiénique, voire sportive, que de la médecine.

Il en est autrement de l'utilisation de produit anesthésique ou analgésique actif et notamment de l'anesthésie péridurale. "*Anesthésie locale pratiquée sur les nerfs venant de la moelle épinière (nerfs rachidiens) qui passent dans un espace très étroit (quelques millimètres) formant une sorte de manchon autour de la moelle. (...) L'injection d'un anesthésique local dans «l'espace péridural», où transitent les nerfs rachidiens, permet de «verrouiller» toutes les sensations douloureuses provoquées par le travail et l'accouchement.*" [2]

Dès lors que l'accouchement crée un risque pour la santé de la mère et/ou de l'enfant, il faut définir les actes médicaux utiles à la préservation de ces deux santés.

Il faut distinguer deux hypothèses : soit l'accouchement est dystocique, c'est-à-dire anormal [3] et le médecin est confronté à une situation pathologique grave au cours de laquelle il doit pouvoir intervenir par des actes qui peuvent être douloureux. L'anesthésie partielle ou totale peut alors s'imposer pour éviter à la parturiente et/ou au fœtus une souffrance importante. En phase de crise, l'anesthésie a alors une utilité thérapeutique indirecte (soulagement) pour la santé de la femme et du fœtus ; avant la crise l'anesthésie a également une utilité thérapeutique indirecte (prévention) pour la santé des deux intéressés.

Lorsque l'accouchement ne pose aucun problème spécifique, la justification de l'anesthésie ne peut plus se fonder sur le but curatif. Or, il ressort de l'observation des pratiques contemporaines que la "péridurale" est devenue un véritable acte facultatif, qui, en dehors des hypothèses de prescription d'initiative médicale, peut être sollicité par la femme enceinte comme un acte de confort. Il est devenu très courant de questionner une future mère pour savoir si elle "souhaite une péridurale". Les organismes de sécurité sociale concernés directement par cet acte médical, par ailleurs facturé aux alentours de 1500 francs, ont érigé en principe le non remboursement de la péridurale à défaut d'indication thérapeutique.

Ainsi, le même acte technique de lutte contre la douleur peut être parfois prescrit, parfois choisi. Comment analyser la licéité de cette nouvelle démarche sur le plan pénal, sachant que la haute qualité et stabilité technique n'excluent en rien les règles ordinaires. Les deux modes de raisonnement possibles sont alors les suivants :

ou bien on reste fidèle strictement au critère de l'utilité thérapeutique, en ce cas soit l'acte est curatif et donc licite ; soit il n'est pas curatif, donc illicite et il faut le poursuivre le cas échéant,

ou bien, comme en matière de chirurgie esthétique, on peut admettre une analyse extensive du but thérapeutique. La gestion de la douleur est un phénomène éminemment personnel dont les conséquences influencent ou peuvent influencer le bon déroulement de l'accouchement. Dès lors, la femme peut alors choisir de traiter préventivement cette douleur dans le but de protéger sa santé et celle de son enfant.

Nous admettrons ce second raisonnement, sachant qu'il conduit à reconnaître à l'individu une part de décision et de libre-arbitre dans l'évaluation de l'utilité de l'acte médical. [4] "*L'analgésie péridurale obstétricale dont l'objectif est d'obtenir un meilleur confort de l'accouchement, a vu son*

---

[1] "La psychoprophylaxie obstétricale a été le début d'une humanisation profonde des maternités où elle était pratiquée.", MERGER Robert et CHADEYRON Pierre-André, *L'accouchement sans douleur*, précité, pp.77-78., Laurence Pernoud, *J'attends un enfant*, éd° Horay, 1991, p.310 à 319.

[2] BUTTIGIEG Charles Dr., *Réponses à toutes les questions que vous vous posez sur l'anesthésie*, précité, pp.80-81.

[3] "Terme recouvrant l'ensemble des difficultés pouvant survenir lors de l'accouchement et en gêner ou en empêcher le déroulement normal.", KERNBAUM Serge Dr., *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, précité, V° *Dystocie*, p.287. Cordon ombilical ou placenta mal placé, retournement de fœtus, etc...

[4] A rapprocher des prescriptions de contraceptifs oraux, de stérilets et d'actes de procréation médicale assistée pour lesquels la volonté de la consultante prévaut sur la nature strictement curative. Cf. infra 2ème Partie, Titre 1, la contraception et l'avortement.

utilisation se généraliser dans l'ensemble des maternités publiques et privées sous la pression d'une clientèle largement informée par les revues féminines qui réclament cette analgésie dont l'indication dite de confort (ou de convenance) tout à fait légitime est bien plus fréquente que ses indications médicales ou obstétricales." [1] Il nous paraît symétrique de considérer qu'on ne peut imposer à un patient majeur et lucide un acte médical qu'il refuse et de permettre à une femme enceinte de choisir une solution technique sûre pour faciliter l'accouchement. Cette énonciation devra, toutefois, être modérée par le respect du principe d'une balance avantage/risque positive. [2]

Mais faut-il aller jusqu'à affirmer un droit à la péridurale ? Un médecin peut-il refuser de prescrire ou de procéder à une péridurale ? La réponse est forcément affirmative dans la mesure où le médecin bénéficie d'une liberté thérapeutique entière. Aucun acte ne peut lui être imposé sauf urgence ou réquisition expresse. Il devra toutefois veiller à éviter deux écueils : le premier qui est l'omission de porter secours à personne en péril [3], le second qui est de ne pas donner des soins conformes aux données actuelles de la science. La maturité technique de la péridurale justifie une utilisation ordinaire de cet acte lorsqu'il peut réellement améliorer les conditions de l'accouchement pour la mère et pour l'enfant.

L'extension du but curatif à l'utilité indirecte de l'acte médical permet aujourd'hui de traiter et même de prévenir la douleur. L'évolution du concept de santé qui tend à se définir positivement, en terme de bien-être, conduit à reconnaître aux individus la possibilité de demander au corps médical de lutter contre tous les événements qui perturbent ce bien-être, même quand ils sont naturels. Il faut toutefois veiller à limiter cette extension.

Le médecin reste juge de l'utilité du moyen thérapeutique dans chaque situation individuelle. Le soigné ne peut pas lui imposer de supprimer une douleur, pas plus qu'il ne peut exiger d'autres interventions médicales. A charge pour le médecin de répondre en justice de ses actions et de ses abstentions. Un praticien qui ferait ou laisserait souffrir inutilement des malades pourrait peut-être être poursuivi pour violences volontaires ou involontaires.

3°) Les limites de l'utilité : le refus de l'utilité altruiste de l'expérimentation avant 1988

Afin de conclure cette analyse de la référence à l'utilité comme critère juridique du caractère thérapeutique des actes médicaux, il est important de rappeler le statut juridique de l'acte médical expérimental avant l'intervention de la loi du 20 décembre 1988.

Dès 1859, la justice pénale était saisie d'une affaire d'expérimentation au cours de laquelle des internes d'un hôpital de Lyon avait inoculé le virus de la syphilis à un enfant de dix ans afin de résoudre la question de la transmissibilité du virus par contact avec le pus syphilitique.

La juridiction compétente établit avec clarté la différence entre innovation thérapeutique et expérimentation scientifique. *"Attendu que les droits du médecin et ses obligations envers la science ont des limites ; que ses droits il les tire de son dévouement envers ses semblables, et de son ardent désir de les soulager ; que ses obligations envers la science doivent s'arrêter devant le respect dû au malade ; qu'il suit de là que toutes les fois que, dans l'application d'une méthode curative nouvelle, le médecin aura essentiellement pour but la guérison du malade, et non le dessein d'expérimenter, il ne relèvera que de sa conscience, et que, dans ce cas, si la médication, thérapeutique par son but, amène par son résultat une découverte scientifique, il jouira*

---

[1] SOUTOUL J.H., *Analgésie péridurale obstétricale : quelles précautions ?*, Méd&Dt 1993, p.20.

[2] Cf. infra chapitre 2 : le critère de proportion.

[3] On peut imaginer l'hypothèse d'un médecin partisan des méthodes "dures", considérant que toutes les douleurs sont naturelles, refusant à une parturiente torturée par la douleur, le bénéfice d'une péridurale au risque de la laisser seule face au péril que constitue le risque de perte de connaissance ou de complication. Il serait, toutefois, difficile de considérer la douleur, et a fortiori, le risque de douleur comme un péril, au sens des articles 63 alinéa 2 du Code pénal et 223-6 N.C.pén.. D'autre part, l'enfant non-né n'est pas encore protégé par les dispositions générales du Code pénal qui concernent la personne humaine, née, vivante et viable.

légitimement de la considération et de la gloire qui s'attachent à son nom ; mais que telle n'est pas la situation des prévenus : que tout dans la cause démontre que leur pensée dominante, leur but principal a été de résoudre, au moyen d'une expérience, la question médicale qui faisait le sujet de vives controverses ; que si accessoirement ils ont pu se dire que l'opération pratiquée par eux pouvait éventuellement être favorable à la guérison de l'enfant atteint de la teigne, cette réflexion n'est venue que dans un ordre d'idées très secondaires ; (...) par ce motifs, faisant application à G... et à X.... des articles 311, 59 et 60 du Code pénal : déclare G. coupable d'avoir volontairement, le 7 janvier 1859, à Lyon fait des blessures au jeune B." [1]

Le raisonnement est clair, il n'y a d'acte à but curatif que si la finalité première de l'acteur est l'intérêt personnel de la santé du malade. Toute autre considération prioritaire dénaturerait l'acte médical en en faisant un acte de curiosité scientifique qui rend son auteur pénalement punissable sous l'inculpation de coups et blessures volontaires.

Les juristes ne devaient plus cesser, jusqu'en 1988, de distinguer les expérimentations utiles au malade : les essais thérapeutiques et les expérimentations non-utiles au sujet : les expérimentations scientifiques. Ainsi, GARRAUD écrivait-il : "*La qualification de coups et blessures volontaires serait juridiquement applicable 1) au médecin ou chirurgien qui prêterait son concours à des opérations qui auraient un tout autre but que celui de guérir ; par exemple au chirurgien qui consentirait à faire une ovariectomie sans que l'état de la femme justifiât en rien ce traitement (...) 2) à celui qui agirait en vue d'une expérience scientifique, mais sans but curatif.*" [2]

Affirmation que l'on retrouve sous la plume d'autres auteurs. "*L'expérimentation pratiquée sur un malade sans considération de son intérêt présente un caractère incontestablement illicite.*" [3] "*Le médecin ne peut sacrifier la santé d'un homme pour en sauver d'autres. C'est ce qui interdit, en médecine, l'expérimentation toutes les fois qu'elle ne comporte pas, en faveur du patient lui-même, l'espoir d'un bien supérieur. Une expérimentation que ne justifierait pas cette intention engendrerait une responsabilité pénale en même temps qu'une responsabilité civile.*" [4]

Le malade doit rester le centre de la relation médicale, même si l'action thérapeutique peut fournir accessoirement des renseignement scientifiques. "*Si la volonté est principalement tendue vers la recherche du bien individuel du malade, la cause de l'acte est licite, même si secondairement existe un espoir scientifique.*" [5] "*Le médecin ne peut associer la recherche biomédicale avec des soins médicaux, en vue de l'acquisition de connaissances médicales nouvelles, que dans la mesure où cette recherche biomédicale est justifiée par une utilité diagnostique ou thérapeutique potentielle à l'égard de son malade.*" [6]

Selon la doctrine et la jurisprudence, l'expérimentation médicale était donc licite lorsqu'elle était l'accessoire d'un acte médical licite, c'est-à-dire curatif. Et en cela l'innovation thérapeutique pouvait toujours être englobée dans le champ de la justification pénale, sous réserve du respect des conditions de diplôme et de consentement. A défaut d'utilité directe pour le patient et quand bien même l'acte expérimental ne lui causait aucun dommage [7], l'expérimentation était illicite.

---

1 T.corr. Lyon, 15 déc. 1859, D.P. 1859, 3, 88.

2 GARRAUD R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey 3ème éd° 1914, Tome 5, p.325.

3 AUBY J.M., *La responsabilité civile et pénale en cas d'expérimentation sur l'homme*, C.Laën. 1952, T.2, p.22. cf. aussi LEVASSEUR Georges, *La responsabilité pénale du médecin*, in *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, Fayard 1968, pp.143-144. cf. encore "Il en est ainsi dans l'expérimentation humaine lorsque celle-ci n'est dictée que par la curiosité scientifique, tout particulièrement chez le sujet sain. L'essai thérapeutique n'est admissible en effet que dans le but de soigner le malade.", SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, p.39.

4 SAVATIER R. et J., AUBY J.M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, précité, n°274 bis, p.249.

5 MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°467, p.311.

6 Déclaration d'Helsinki (1964) modifiée à Tokyo (1975) et à Venise (1983) de l'Association Médicale Mondiale. Cf. infra 2ème Partie, Titre 1, l'expérimentation.

7 Ce fut le cas dans l'affaire de 1859 où le garçonnet infecté volontairement se porta plutôt mieux après l'injection qu'avant !

Or, ce type d'expérimentation était pratiqué : "*si les essais de médicaments sans bénéfice individuel direct pour les participants étaient contraires aux principes juridiques en vigueur, la pratique se jouait de cette interdiction.*" [1] Il fallut prendre la loi du 20 décembre 1988 pour permettre expressément la réalisation d'actes médicaux expérimentaux sans utilité pour la santé personnelle des sujets. La situation née de cette loi de 1988 sera envisagée en seconde partie, mais il convenait ici de rappeler brièvement la situation antérieure, car elle confirme parfaitement l'exigence absolue d'une utilité thérapeutique pour le malade dans tout acte médical ordinaire, pour qu'il y ait justification de l'atteinte physique.

Conclusion du Chapitre 1

Parmi les multiples conditions de justification pénale de l'activité médicale, la référence au but curatif ou thérapeutique est essentielle. Ce but doit être apprécié objectivement, sans confusion avec l'intention ou les mobiles du médecin.

Cette exigence n'est pas expressément formulée par la loi. Mais elle découle de l'idée de permission légale implicite d'exercer l'activité médicale. Or, la profession médicale est finalisée : ses buts sont de prévenir, guérir et soulager les maladies humaines. Donc, logiquement, le but thérapeutique est une exigence pour la justification pénale d'un acte d'atteinte au corps humain accompli par un médecin. Le droit entérine ainsi la définition commune de la médecine [2] Mais, la notion de but curatif suppose définie la notion de maladie. Or, en l'absence de définition légale, le droit positif assimile à la maladie, des affections, mais aussi la douleur.

Le bénéfice de la justification pénale profite donc aux actes qui ont pour finalité d'être utiles à la santé personnelle du malade. Cette utilité peut être directe (diagnostic et traitement) ou indirecte (prévention et soulagement). Elle s'entend d'un intérêt personnel pour le malade lui-même à l'exclusion de toute utilité pour un tiers ou la société.

La pratique médicale et le droit positif montrent une augmentation de la prise en compte de la volonté de la personne dans l'évaluation de l'utilité de l'acte médical. L'individu peut exprimer des souhaits quant à la réalisation d'actes médicaux autrefois refusés. La justification de la chirurgie strictement esthétique ou de l'anesthésie péridurale, par exemple, sont le signe du développement d'une médecine que certains qualifient "de confort". Cette évolution est le corollaire, d'une part, de l'extension du concept de santé qui tend aujourd'hui à se rapprocher de la notion de bien-être et d'autre part, d'une meilleure prise en compte des problèmes psychologiques que pourrait causer à l'individu le refus des soins qu'il demande.

Mais l'avenir laisse craindre que les notions de santé et de maladie soient progressivement définies par rapport à des normes moins souples. Certains médecins tendent aujourd'hui à "classifier" scientifiquement les troubles et les affections des individus dans un double but : une volonté de rationalisation des soins et un souci d'économie budgétaire. Le développement d'une approche fortement scientifique de la maladie, ajouté à l'introduction de l'informatique et de la télématique, aboutit à la création de modèles normalisés d'aide au diagnostic et au choix de traitement. Bien qu'elle soit fort utile pour une évaluation comparative des différentes démarches de soins, cette tendance s'éloigne de la prise en compte du malade en tant que personne. Or la consultation n'est pas toujours un appel à la guérison d'une cause "scientifique" de dysfonctionnement ; elle est parfois le signe d'un malaise global. Le consultant n'attend pas toujours

---

[1] GROMB Sophie Dr., *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, Litec 1992, n°81, p.141.

[2] "Science qui a pour objet l'étude, le traitement, la prévention des maladies ; art de mettre, de maintenir ou de rétablir un être vivant dans les meilleures conditions de santé.", C.N.R.S., Trésor de la langue française, *Dictionnaire de la langue du XIX^{ème} et du XX^{ème} siècle*, Gallimard 1985, V° Médecine, T.11, p.560.

la guérison : "*il vient parfois nous demander de l'authentifier comme malade*". [1] Il serait inefficace et dangereux de penser résoudre une telle situation par le recours à une analyse purement scientifique, parfois même informatique, du tableau des signes cliniques. La science ne doit pas être un échappatoire à l'humanisme.

La perspective de réaliser des économies budgétaires par l'introduction de procédures descriptives et limitatives des soins pour chaque maladie, appelle les mêmes critiques. S'il est certes souhaitable de limiter certains abus, surtout dans le domaine des actes diagnostiques, il est dangereux de créer des normes de soins dans un domaine aussi dépendant des caractéristiques individuelles. L'utilité thérapeutique ne peut réellement être appréciée que sur le plan personnel de chaque patient. "*Le droit s'occupe des rapports entre les hommes ; les sciences ne connaissent pas les hommes mais le nombre. Si le juriste veut établir des lois sur le nombre, il est obligé de dédaigner l'humain*". [2]

Une fois établi la perspective d'un projet thérapeutique utile pour le malade, il convient d'élaborer une stratégie thérapeutique, elle-même soumise à des conditions spécifiques de licéité. Pour être justifié, l'acte médical doit être le fruit d'un choix thérapeutique rationnel.

---

[1] LACAN Jacques Dr. (1901-1981), *La place de la psychanalyse dans la médecine*, Enregistrement d'une table ronde du Collège de médecine du 16 février 1966, in *Lettres de l'école freudienne*, n°1, p.40.

[2] RIPERT Georges, *Les forces créatrices du droit*, 1955, cité par GROMB Sophie, *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, Litec 1992, p.222.

Chapitre 2 : La stratégie thérapeutique

Malgré une utilité démontrée, un acte médical ne sera justifié que s'il reflète un choix mûrement réfléchi entre différentes solutions. Après avoir constaté l'utilité d'une démarche thérapeutique, le médecin doit établir un programme thérapeutique. Il connaît son objectif et va concevoir les moyens de l'atteindre en bâtissant une stratégie thérapeutique. Il convient alors d'étudier la licéité des actes médicaux au regard des risques qu'il font encourir car le droit positif a toujours analysé les actes médicaux en fonction de leur contexte scientifique et humain. Il n'y a pas de listes d'actes curatifs parce qu'il n'y a pas deux situations médicales semblables.

Un acte médical ne pourra être justifié qu'à deux conditions : la première condition - déjà analysée - est que, compte tenu de son utilité pour la santé personnelle du sujet, l'acte a bien une finalité thérapeutique - la deuxième condition à analyser ici, tient aux moyens employés par le médecin qui doivent apporter la meilleure utilité pour le sujet.

La détermination du caractère curatif de l'acte médical se fait donc en deux étapes : la première consiste à apprécier l'intérêt de l'acte pour la santé du patient ; la seconde consiste à choisir le moyen médical le plus adéquat pour traiter médicalement le patient : c'est la stratégie thérapeutique.

Cette deuxième phase nécessite l'évaluation des risques en cause (section 1) et la détermination d'un critère de choix. Ce critère nous semble être celui de la "raison proportionnée" (section 2).

Section 1 : L'évaluation des risques de l'acte médical

La médecine est traditionnellement classée parmi les sciences. Pourtant, la spécificité du domaine de cette discipline - "le terrain humain" - empêche l'attribution du terme de science exacte. L'homme est une somme de mécanismes et de fonctions si relatifs et si variables que certains qualifient la médecine d'art conjectural (§1). Il est vrai que l'exercice de la médecine consiste le plus souvent à arbitrer entre plusieurs risques (§2).

§ 1) La médecine : un art conjectural

Le médecin le plus optimiste sait que chaque geste médical est synonyme de risques. Aucun acte n'est neutre dès lors que l'on touche à un corps humain. Même si la quantification est généralement impossible, le risque existe (A). La technique et l'expérience conduisent le praticien à se familiariser avec la maîtrise du risque, mais le médecin le plus prudent ne peut pas supprimer le risque (B).

A) L'existence de risques

Tout acte portant sur le corps humain fait courir un risque à celui qui le subit. Il n'y a pas d'acte indifférent en matière de santé. L'équilibre des fonctions organiques est si précaire que des gestes ou prescriptions élémentaires peuvent avoir des conséquences gravissimes pour le sujet humain. La science moderne et l'amélioration fulgurante de ses connaissances technologiques n'ont pas encore permis de connaître et donc d'éviter toutes les conséquences fâcheuses et effets secondaires nuisibles de toutes les prescriptions médicamenteuses et de tous les gestes chirurgicaux. [1] L'accroissement de l'efficacité des médicaments augmente d'ailleurs ces risques.

Ces hypothèses de prises de risques peuvent constituer alors des atteintes involontaires à l'intégrité physique susceptibles d'être qualifiées de blessures par imprudence ou d'homicide involontaire. [2]

La médecine, autrefois élevée au rang des arts, est toujours demeurée un art conjectural. [3] Il n'y a pas d'acte médical sans risque. Il ressort de l'essence même de la fonction thérapeutique que la démarche du thérapeute est une tentative, un essai, un projet. Le risque est inhérent à la fonction dès lors que l'on prend conscience que chaque être humain vivant est un terrain anatomique et psychologique individualisé dans ses imperfections. On ne soigne pas un homme comme on répare une machine parce que le fonctionnement de l'organisme humain n'est pas régi que par des règles mécaniques ou physiques.

Ce qui se vérifiait déjà il y a un siècle ou plus, lorsque la médecine se limitait à l'administration de quelques produits naturels et à quelques gestes simples de petite chirurgie [4], ne peut qu'être encore plus aigu de nos jours, alors que l'on utilise des techniques des plus sophistiquées comme le laser, la greffe et les produits radio-actifs. Or, nous pensons avec la philosophe Simone WEIL que : *"Plus le niveau technique est élevé, plus les avantages que peuvent apporter des progrès nouveaux diminuent par rapport aux inconvénients."* [5] Non seulement l'acte médical est synonyme de risque, mais encore, chaque acte nouveau est inexorablement créateur d'un risque nouveau.

---

1 On connait les conséquences mortelles de certaines infections contractées à l'occasion d'événements médicaux aussi simples qu'une hospitalisation d'observation sans prescription ni intervention par la simple inhalation ou ingestion de salmonellose ou de staphylocoques dorés. "Attendu qu'après avoir subi une radiographie d'un genou précédée d'une arthrographie, (...), Mme D. a souffert d'une infection articulaire due à la présence d'un staphylocoque doré.", Cass.civ. 28 juin 1989, D.1990, p.413.

2 La qualification d'homicide involontaire est la seule possible même en cas d'imprévoyance consciente créant un risque mortel : "Attendu, (...), qu'au terme du second rapport d'expertise, B. a voulu accélérer à tout prix l'accouchement de façon à le faire coïncider avec son propre emploi du temps, la septicémie ayant été aggravée par les chocs dus à une thérapeutique médicamenteuse inconsidérée, par la mise en œuvre d'un accouchement non pas simplement dirigé mais forcé, (...), que le docteur B., en créant imprudemment un risque mortel et en négligeant d'en empêcher les effets, a privé la dame de G. de toute possibilité de survie et commis ainsi, par l'ensemble de son comportement, une faute constitutive du délit d'homicide involontaire.", Cass.crim. 9 juin 1977, J.C.P.1978-II-18839 note R.SAVATIER.

3 Formule classique employée, entre autres par KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, précité, p.619.

4 On pourrait être surpris par ce jugement radical porté sur la toute relative efficacité de la médecine, s'il n'émanait d'un auteur aussi éminent : "Vous avez le bonheur d'être jeune, vous n'avez pas, comme moi, connu la médecine totalement inefficace. Quand j'étais interne on ne guérissait personne. On jouait un rôle de compassion, de gentillesse avec les malades, on restait avec eux ; on ne guérissait personne.", BERNARD Jean, *Dialogue avec le Professeur Jean BERNARD*, Bio-éth. 1991, vol.1, n°1, p.16.

5 WEIL Simone, *Oppression et liberté*, Paris 1934, p.76.

B) L'impossibilité de supprimer le risque

Il subsiste des risques inévitables qu'aucun praticien ne peut faire disparaître malgré une démarche scientifiquement irréprochable. On ne peut lui reprocher une prise de risque que s'il était en son pouvoir de la juguler ou de l'éviter. Chaque acte, chaque décision médicale comporte une part d'impondérable au delà du simple risque d'échec de la démarche thérapeutique. [1]

Cette remarque ne doit pas, à notre avis, aboutir à "déresponsabiliser" systématiquement les praticiens, mais au contraire apporter à chacun la certitude de la nécessité d'étudier au mieux les risques encourus pour tenter de les maîtriser au lieu de les subir comme une fatalité. "*Du point de vue des professionnels, le médecin ne commet guère de faute au cours de son activité quotidienne et seulement des erreurs qui, pour la plupart, ne lui sont pas directement imputables compte-tenu des circonstances dans lesquelles il opère. (...) La faute médicale est soit véritablement grossière, et elle saute aux yeux de n'importe quel juge impartial, soit elle n'existe pas, et il faut se résigner à parler d'erreur liée à la complexité de la situation, à l'urgence ou à l'incertitude propre à la maladie et aux réactions des corps.*" [2]

Aussi faut-il constater que si l'on voulait empêcher les médecins de faire courir un risque à leurs patients, on condamnerait tout acte médical, en pénalisant ainsi la société dans son ensemble du poids de cette interdiction. "*S'abstenir de toute manœuvre, de tout acte comportant un risque, c'est accepter une régression insensée des possibilités de la chirurgie. C'est condamner aux attitudes inefficaces nombre de malades qui eussent étés sauvés par des décisions et des gestes réfléchis mais porteurs d'un risque potentiel. Refuser le risque, c'est accepter de voir l'immense progrès qui a fait reculer la mort et la maladie, s'évanouir d'un coup. Pour ne pas renier notre raison même d'exister - porter secours à nos semblables - nous sommes condamnés à prendre des risques ou plus exactement à faire courir des risques, dont l'importance relative par rapport à l'évolution spontanée de l'affection et par rapport aux résultats escomptés peut être difficile à estimer sainement.*" [3]

Comment envisager la notion même de médecine si l'on prohibe a priori toute prise de risque, sachant que le risque est inhérent à l'acte médical ?

Les juristes l'ont admis et ils affirment que certains risques, mêmes gravissimes, peuvent être licites lorsqu'ils visent un but licite. Nous prétendons qu'il y a des risques tolérables et mêmes souhaitables, à condition d'accepter l'axiome fondamental selon lequel l'intérêt personnel de la santé de l'individu est un but licite. Le malade peut vouloir guérir car la conservation de la vie humaine et de sa qualité sont des objectifs reconnus par le droit positif.

Pour guérir, la société lui reconnaît le droit de prendre des risques, alors même qu'elle lui refuserait s'il poursuivait un autre but. "*Il n'y a jamais de bonne raison justifiant l'alternative de tout gagner ou tout perdre ; mais tenter de sauver l'inaliénable au risque de tout perdre au cours de cette tentative, cela peut être moralement justifié ou même commandé.*" [4]

Doit-on, au regard de ce principe, affirmer qu'il existe des risques qui ne se justifient jamais ? Nous avons affirmé qu'un acte médical portant atteinte à l'intégrité corporelle ne pouvait se justifier qu'à la condition d'être accompli dans un but curatif (conservation de la vie ou amélioration de la

---

1 "Il faut, (...), prendre en considération le coefficient aléatoire que le risque et l'incertitude apportent à la détermination de la conduite humaine et à son aboutissement . En médecine, ce coefficient est particulièrement élevé. Il tient aux risques propres, aux médicaments et aux interventions thérapeutiques ou exploratoires. Il tient aussi aux risques propres à l'individu, à sa maladie et à l'ensemble de ses réactions naturelles souvent imprévisibles. L'appréciation de l'ensemble de ces facteurs, (...), est en tout cas indispensable si l'on veut dissocier, pour en tirer les conséquences nécessaires, la faute et l'erreur.", PENNEAU Jean, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, L.G.D.J. 1973, n°227, p.154.

2 CHATEAURAYNAUD Francis, *La faute professionnelle, une sociologie des conflits de responsabilité*, Métailié 1991, p.83.

3 RENE Louis, *Risque et responsabilité en chirurgie*, in *Le médecin face aux risque et à la responsabilité*, Fayard 1968, p.223.

4 JONAS Hans, *Le principe responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, CERF-Passages, 1990, p.60.

qualité de la vie, actes préventifs, diagnostics de soins ou de soulagement de la douleur). Le premier élément d'identification du but curatif est l'utilité de l'acte par rapport à la qualité de vie du sujet de l'acte.

Un second critère de licéité se dégage de la comparaison entre le but poursuivi et les moyens utilisés sachant que ces moyens sont risqués. Même dans un but curatif, tout moyen efficace et utile ne sera pas licite, en particulier si les risques encourus sont hors de proportion avec les avantages escomptés. Ce que Monsieur MEMETEAU traduit en ces termes : "*Il ne suffit pas que la cause existe et soit licite. Il faut encore que l'acte médical demandé ne fasse pas courir au patient un danger nouveau, un risque hors de proportion avec le profit qu'il permet d'escompter. La finalité de l'intervention du médecin est de profiter et de ne pas nuire au client.*" [1] C'est ce que nous développerons sous la formule de "raison proportionnée".

La médecine consiste donc, par essence, à arbitrer entre plusieurs risques.

§2) La médecine : une gestion du risque

Dès lors que le risque existe et qu'il est impossible de le supprimer, le premier choix possible est de ne pas agir. Mais la conscience altruiste du médecin, et même dans certains cas l'ordre exprès d'une autorité ou le contexte d'urgence, lui imposent d'agir. Son intervention ne sera justifiée que si le médecin a satisfait à son devoir d'évaluation du risque (A) avant de choisir entre de multiples risques (B).

A) Le devoir d'évaluer les risques

"On ne saurait parler d'un droit à la guérison, mais, pour ce qui relève de l'activité, des possibilités, du médecin, d'une créance d'intervention consciencieuse." [2] Cette référence à la conscience est la pierre angulaire de l'édifice que constitue la responsabilité médicale. Le praticien est, et reste, le savant qui a le pouvoir de proposer et d'utiliser les processus thérapeutiques qui reposent sur ses capacités intellectuelles et accessoirement manuelles.

On peut toutefois penser que la prise de risque par le médecin est une forme d'inconscience qui doit être bornée par des critères juridiques précis : *"Déterminer quel degré de cette inconscience la conscience éthique peut tolérer, c'est-à-dire jusqu'où nous pouvons aller dans l'endommagement ou simplement dans la mise en danger des intérêts étrangers dans nos projets, c'est à chaque fois une tâche relevant de la casuistique de la responsabilité et cela ne peut pas déjà être arrêté en sa généralité par la doctrine des principes. Par principe, il faut seulement rejeter le caprice et l'étourderie dans le fait de risquer le bien d'autrui ou le sien propre - autrement dit l'inconscience ne doit pas être irréfléchie ; et risquer des choses importantes pour des fins futiles par exemple ce serait du caprice."* [3]

Toute décision médicale entraîne la prise d'un risque thérapeutique, encore faut-il distinguer les risques imposés et les risques assumés, ou encore :" *les accidents inévitables, imprévisibles, quelles que soient les précautions qui ont été prises dans l'indication et la prescription, les risques acceptés qu'il faut savoir prendre pour combattre la maladie et en triompher et le risque calculé, c'est à dire débattu en toute connaissance de cause et en conscience en balance avec l'abstention thérapeutique."* [4]

On ne peut examiner du même regard les risques que Monsieur Louis KORNPROBST divise en risques prévisibles et imprévisibles : "*Comment préciser le risque opératoire dira-t-on ? L'on*

---

[1] MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°451, p.296.
[2] MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°429, p.283.
[3] JONAS Hans, *Le principe responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, précité, p.59-60.
[4] BRUNHES Jean, *Accidents thérapeutiques et responsabilités*, Masson 1970, p.80.

doit, à cet égard, distinguer le risque prévisible et le risque imprévisible. Dans un art qui demeure aussi conjectural, seul, le premier doit être pris en considération ; c'est le risque qui varie avec chaque opération, que le médecin peut exactement mesurer, celui qui domine et doit déterminer la technique, tous les temps de l'opération étant réglés de façon à supprimer le danger et à accroître les chances d'un résultat parfait (...). Le risque imprévisible, au contraire, est celui qui se dégage de la leçon des faits et qui veut que chaque opération, aussi bénigne soit-elle, comporte parfois des suites graves ; le grand Verneuil disait : «tout coup de bistouri est une porte ouverte à la mort !», par risque opératoire, il faut donc entendre uniquement le risque prévisible." [1]

Etant donné que chaque acte médical est une atteinte volontaire à l'intégrité corporelle, dont certaines seulement seront pénalement justifiées, le médecin doit évaluer précisément l'intérêt et les modalités de son action. Il doit déterminer avec soin les risques prévisibles et de plus tenir compte de l'existence de risques imprévisibles.

Nous affirmons avec Monsieur Hans JONAS que chaque acte médical est une forme de pari [2], à l'occasion duquel on prend un risque de perdre pour avoir une chance de gagner. La particularité de la situation réside toutefois dans le fait que les parieurs sont deux, dont l'un seulement est directement intéressé au résultat. Le médecin et le patient parient sur la guérison mais seul le patient peut subir les conséquences ou en bénéficier.

Nous ne remettons pas en cause le principe même de ce transfert de risque entre le médecin qui connaît les aspects techniques et auquel le droit donne une grande liberté de prescription et de décision et le patient qui ignore les données scientifiques. Nous pensons que c'est de l'essence même de la fonction de thérapeute que résulte la démarche altruiste : *"le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, (...)."* [3]

Le praticien "joue" avec la santé des patients consentants pour les faire souvent gagner, au risque heureusement rare, de les faire perdre. [4] Nous reconnaissons au médecin ce droit que d'autres lui contestent [5], de mettre en jeu les intérêts d'autrui [6], sous réserve du respect des conditions juridiques de la justification pénale [7], et en particulier du consentement éclairé du patient.

Or, une des conditions fondamentales de l'existence du fait justificatif de permission tacite de la loi est la démonstration du but curatif de l'acte médical. Cette démonstration repose à l'évidence sur la preuve de la connaissance des risques que le médecin a devoir d'évaluer. "*Le médecin doit*

---

1 KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, précité, p.619.

2 JONAS Hans, *Le principe responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, précité, p.59.

3 Décret 28 juin 1979, précité, art.2.

4 "Dans une boutade acide, un de nos maîtres faisait remarquer avec une tranquille sagesse qu'à «la différence des pilotes de Boeing, le chirurgien ne risquait qu'une vie à la fois et encore n'était-ce pas la sienne». RENE Louis, *Risque et responsabilité en chirurgie*, in *Le médecin face aux risque et à la responsabilité*, Fayard 1968, p.223.

5 "En toute rigueur, on a pas le droit de parier sur quelque chose qui ne nous appartient pas, la question de savoir si on a le droit de parier tout ce qui nous appartient restant ouverte.", JONAS Hans, *Le principe responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, précité, p.59.

6 Autrui sera entendu ici comme le patient directement intéressé en tant que sujet principal de l'acte médical. Nous traiterons plus loin, (cf: infra 2ème Partie, Titre 2, l'expérimentation), de la question de la prise d'un risque individuel au profit d'un bénéfice pour la collectivité. "Il arrive un moment où les applications humaines, en vue desquelles des recherches ont été faites, doivent intervenir ; il y a un risque à prendre, il faut en mesurer l'ampleur et respecter une certaine proportion entre les avantages attendus pour l'ensemble de l'humanité en cas de succès et le sort des sujets en cas d'échec.", LEVASSEUR G., *La responsabilité pénale du médecin*, in *Le médecin face aux risque et à la responsabilité*, Fayard 1968, n°9, p.144 Pour un cas d'espèce : "J'ai vécu, (...), il y a bien longtemps en Californie, le problème suivant. Comme la tragédie classique, c'est un drame en cinq actes. Premier acte : le paludisme fait des ravages dans la population noire de Californie avec beaucoup de morts. deuxième acte : on met au point un médicament, la Primaquine, dérivé synthétique proche de la Quinine, qui prévient le paludisme. Troisième acte : on l'applique, cela marche très bien, mais - quatrième acte -: 10% des personnes saines recevant le médicament souffrent d'une anémie hémolytique provoquée par le médicament et souvent mortelle. J'étais à Stanford à ce moment-là ; que fallait-il faire ? Avait-on le droit, pour protéger 80% à 90% de cette population d'en tuer 10% ?", BERNARD Jean, *Dialogue avec le Professeur Jean BERNARD*, précité, n°1, p.8.

7 On se rapportera au chapitre sur la valeur justificative du consentement du patient en ce qui concerne le problème de la participation à la prise de risque : "L'exercice de la médecine serait impossible si l'on voulait donner pour fondement à l'irresponsabilité du médecin la théorie du risque accepté.", BODELET L., *Le risque accepté en droit pénal français contemporain*, Thèse Droit Dijon 1932, p.46.

s'interdire, dans les investigations ou les interventions qu'il pratique, comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au malade un risque injustifié." [1] Pour apprécier un risque il faut préalablement le connaître.

Le médecin, qui n'évaluerait pas les risques de son action, commettrait à l'évidence une faute disciplinaire mais aussi une faute d'imprudence grave constitutive d'une infraction pénale involontaire en cas de préjudice subi par la victime. [2] Il est, malheureusement, de nombreux cas où un médecin engage une démarche thérapeutique excessivement dangereuse au regard des bénéfices prévisibles sans même avoir pris conscience de cet état de fait. L'esprit d'analyse du praticien peut avoir été trompé soit par une minimisation des risques, soit par une maximisation des bienfaits espérés.

De plus en méconnaissant cette obligation déontologique de prudence, le médecin tomberait dans les cas les plus graves sous le coup de l'article 223-1 du Nouveau Code pénal qui sanctionne la mise en danger de la personne. *"Le fait d'exposer autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 100000 F d'amende."*

Dès lors que le médecin a réglementairement interdiction de faire courir à autrui un risque injustifié, il a obligation de mesurer les risques avant de décider ou non de les faire "courir". Ne pas évaluer les risques est une faute au même titre que la décision de faire courir un risque illicite.

B) Le choix entre plusieurs risques

Il est important de constater que chaque acte médical est générateur de risques. *"Aucune prescription médicale n'est anodine. Toutes les décisions des médecins sont des choix entre des risques. Toutes demandent que l'on ait pesé le pour et le contre."* [3]

Il y a en chacun de nous un ensemble de flux, d'énergies et de mouvements dont l'équilibre constitue la santé. Le médecin en interférant sur le fonctionnement de l'organisme prend un risque. Le premier risque est le risque d'échec de la thérapeutique : échec de la guérison, du soulagement, de la prévention ou du diagnostic.

Ce risque n'est, en principe, pas considéré juridiquement comme fautif, ce que les juristes traduisent par la notion d'obligation de moyen et non de résultat qui pèse sur le médecin. [4] Le droit positif ne fait heureusement pas peser systématiquement sur les médecins la responsabilité de tous les échecs thérapeutiques. Nul n'a jamais tenu à imposer aux médecins une impossible obligation de réussite.

Le médecin est le plus souvent confronté à un choix entre deux risques et non à l'alternative entre une situation risquée et une autre qui ne le serait pas. *"Balancer entre le risque et l'efficacité d'une action thérapeutique n'est pas un problème nouveau : les chirurgiens le connaissent de longue date. Ce qui est nouveau, c'est que la médecine toute entière se trouve peu à peu pénétrée par ce problème. (...) Si l'on voulait s'abstenir de toute manœuvre ou de toute action médicale comportant un risque, la médecine ferait une marche arrière de cinquante ans, cent maladies*

---

1 Décret 28 juin 1979, précité, art.18. La rédaction de cet article doit être critiquée en ce sens que c'est la société qui interdit au médecin de prendre un risque injustifié, décision qui ne repose pas que sur sa seule conscience.

2 Art.319 et 320 C.pén. et 221-6, 222-19, et 222-20 N.C.pén.

3 O.N.M., *Commentaires du Code de déontologie médicale*, précité, p.62.

4 "Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, (...)." Cass.civ. 20 mai 1936, Dr.NICOLAS c. époux MERCIER, D.P.1936,1,38.

aujourd'hui curables redeviendraient incurables, et l'immense progrès qui a fait reculer la maladie et la mort s'évanouirait d'un coup" [1]

Les risques essentiels encourus sont de deux ordres, les risques d'aggravation de l'état de santé et les risques de perturbation de l'état de santé. On ne peut écarter l'hypothèse d'un acte médical ayant pour effet de rendre le patient plus malade. Bien des actions thérapeutiques sont des actions dangereuses qui réclament une extrême prudence pour ne pas causer plus de dommage que de bienfaits. PARACELSE [2] ne disait-il pas déjà : *"Tout est poison ; rien n'est poison ; tout est dans la dose."* ? [3]

L'autre écueil serait de voir un geste médical remplir sa fonction curative tout en développant une nouvelle affection ou une nouvelle lésion. Le corps médical lui-même commence à étudier le cortège des maladies iatrogènes, c'est-à-dire des maladies causées par un médicament ou un geste médical. [4] Chaque prescription médicamenteuse est susceptible de susciter une nouvelle maladie conséquence du traitement de la maladie originaire. Elle-même réclamera, peut-être, une démarche médicale appropriée.

C'est pourquoi aucun acte médical n'est physiologiquement neutre ou exempt de risques. Sans même aborder les problèmes potentiels de cicatrisation, de convalescence, liés aux risques quant aux suites de l'acte médical, ni les risques importants dans le domaine de l'impact psychologique de l'intervention.

Devant l'impossibilité de supprimer totalement le risque, les juristes ont élaboré un critère de licéité de l'acte risqué, fondé sur la proportionnalité du risque avec les avantages escomptés par cet acte. Les théologiens sont les premiers à avoir posé le débat en terme de justification. [5] Ils avaient qualifié ce critère sous la formulation de règle de la raison proportionnée. [6]

Section 2 : La raison proportionnée : le critère d'appréciation de l'utilité

Juridiquement, le risque n'est pas analysé isolément comme une faute ou une fatalité, il est étudié en fonction de son contexte et de sa finalité. Pour justifier un acte à risque, il faut comparer les risques - éléments négatifs - avec les avantages de cet acte - éléments positifs -. Au cours de la réflexion thérapeutique stratégique, le médecin établit une "balance" entre les avantages et les risques (§1). Lorsque le résultat de ce calcul montre que l'acte médical présente plus de bénéfices que d'inconvénients, il y a proportionnalité entre les risques et les avantages : la proportionnalité est alors un critère de licéité (§2).

---

[1] HAMBURGER Jean Pr., *Progrès de la médecine et responsabilités du médecin*, in *2° Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, T.1, p.290-291.

[2] Theophrastus BOMBASTUS Von HOHENHEIM dit PARACELSE. Célèbre médecin suisse, (1493-1541), père de la médecine hermétique. Sa doctrine se fonde sur l'assimilation de tout organe avec un élément du monde extérieur. Tout médicament est une recherche de "quintessence". Il fut raillé par Rabelais.

[3] Cité par KORNPROBST Louis, *Les droits de l'homme malade devant les nouveaux programmes thérapeutiques*, in *Revue des droits de l'homme*, 1974, p.533.

[4] "(gr. *iatros* : médecin ; *genos* : origine, cause). Qui est provoqué par le médecin ou ses thérapeutiques (ulcère gastrique provoqué par les corticoïdes par exemple).", KERNBAUM Serge Dr., *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, précité, V° *Iatrogénique*, p.447.

[5] "Trois choses conditionnent la licéité morale d'une intervention chirurgicale qui comporte une mutilation anatomique ou fonctionnelle (...), finalement qu'on puisse raisonnablement escompter que l'effet négatif, c'est-à-dire la mutilation et ses conséquences, sera compensé par l'effet positif, suppression du danger pour l'organisme entier, adoucissement des douleurs, etc...", PIE XII, au Congrès d'urologie, 8 oct. 1953, in *L'éthique médicale dans l'enseignement des papes*, Solesmes 1987, p.200.

[6] "Chaque fois que le risque à courir (sous-entendu ou la mutilation) est compensé par un avantage que je puis espérer obtenir, à supposer que les autres normes de la moralité qui sont en cause soient observées, l'action ne sera pas prohibée.", TESSON R.P., *Greffe humaine et morale*, C.Laën. 1956, n°1, p.30.

§1) La balance avantages / risques

L'évaluation comparée des avantages et des risques est une phase du raisonnement médical que le droit positif estime indispensable. Parce que la mission médicale est altruiste, elle ne peut consister qu'à faire plus de bien que de mal. Or, ce principe d'une balance avantages / risques (A) se rapproche de la notion pénale d'état de nécessité dont elle se distingue (B).

A) L'exposé du principe

On doit au professeur Henri DESBOIS une des premières études approfondies sur les critères de licéité des actes médicaux préconisant d'analyser la validité juridique de la décision médicale, non pas uniquement au regard de l'intention du médecin ou de la volonté du patient mais aussi en fonction du rapport entre les moyens employés et la finalité poursuivie. [1]

Cet auteur affirmait nettement qu'il faut : *"rechercher si les risques du traitement préconisé se trouvent dans la juste proportion avec la gravité du mal ou de l'anomalie à laquelle le praticien prétend remédier."* [2]

Autrement dit, il faut une fin supérieure pour pouvoir admettre des moyens dangereux. Il serait excessif et donc juridiquement critiquable que l'acte médical crée plus de danger qu'il ne peut permettre d'en éviter. Cette analyse devait marquer les esprits, au point de devenir un point doctrinal classique lors de l'étude de la responsabilité médicale.

Il apparaît que le médecin doit "*tenir compte de la disproportion entre le risque encouru et l'avantage poursuivi.*" [3]

Un auteur a même tenté d'appliquer à ce principe les méthodes des sciences mathématiques : *"le médecin ne soigne pas si l'utilité, définie comme il suit est très faible ou nulle. Si l'on chiffrait à l'aide de coefficients les deux facteurs d'une fraction dont le dénominateur représenterait le danger probable de l'opération et le numérateur son résultat possible on pourrait obtenir un quotient qui représenterait le degré d'opportunité, d'utilité de l'intervention. Plus ce résultat tendrait vers zéro, plus l'opération nous semblerait sévèrement interdite. Au contraire, l'opération serait d'autant plus à conseiller que le nombre obtenu serait plus grand. Il existe donc un nombre minimum limite au-dessous duquel l'intervention deviendrait impossible, en raison de la disproportion entre le danger auquel elle expose son sujet et la faiblesse du profit qu'il peut en tirer."* [4]

On peut cependant noter une évolution nette du champ d'application de ce principe en observant que certains auteurs comparent les risques de l'intervention aux risques de l'abstention alors que d'autres comparent les risques d'une action aux avantages procurés par cette action ; d'autres enfin comparent les risques des différentes actions possibles au regard des avantages escomptés.

---

1 DESBOIS Henri note sous Trib.civ. Seine 16 mai 1935, D.P.1936, p.11. On trouve une première allusion à l'analyse de la proportion entre avantage escompté et risque encouru, dès 1918, sous la plume de E.H.PERREAU, mais il ne s'agit alors que d'un commentaire sur les différentes fautes d'imprudence qui peuvent être commises par un médecin, en l'occurence, une utilisation téméraire d'un traitement dangereux, cf: E.H. PERREAU, note sous C.A.Paris 22 janv. 1913, S.1918-1919, p.97.

2 DESBOIS Henri, note précitée, p.11 col. 2.

3 DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, précité, n° 457., p.317.

4 BAUDRAND G., *La chirurgie esthétique et le droit*, Thèse Droit Poitiers 1938, p.35, cf: aussi : "A notre sens, on peut, a priori, dire que certaines opérations sont sûrement en dessous de cette limite, ce sont les opérations que nous qualifierons d'illicites. En effet, en ce qui les concerne, le numérateur de la fraction permettant de mesurer le profit présentant une faible valeur et le dénominateur évaluant le risque étant un chiffre élevé, le quotient, mesure de l'utilité, tendra vers zéro. Ce résultat permet de constater que l'opération dangereuse sans résultat escompté appréciable ne présente aucune opportunité. Ne présentant aucune opportunité, nous ne croyons pas qu'elle soit licite.", p.35.

Monsieur Roger DOMAGES, par exemple, propose aux juges qu' *"ils examinent la gravité de l'affection que le praticien entreprend de soigner et se demandent, si pour le malade, le mal qui peut résulter de l'intervention est moindre que celui qui résulterait de l'absence de cette dernière."*[1]

La preuve de l'intérêt de l'acte et du respect des conditions de proportionnalité doit alors rendre l'acte juridiquement acceptable. A contrario, la preuve que l'acte est potentiellement plus dangereux que bénéfique doit suspendre sa licéité. [2]

Le critère de proportionnalité doit, a priori, être dans tous les cas le guide du médecin et, a posteriori, celui du juge pour tenter de tracer une frontière entre les actes licites et illicites. On notera que d'éminents auteurs tiennent à rappeler que l'analyse du critère de proportionnalité reste marquée par les différences essentielles entre les fonctions médicales et judiciaires : *"Ainsi, se dessine, dans cette matière délicate, le rôle du juge, à l'égard du médecin. Simple profane, en présence des techniques médicales, il n'est pas apte, (...), à déterminer lui-même l'équilibre des risques susceptibles d'être légitimement pris par la chirurgie esthétique, dans chaque espèce, par rapport aux avantages espérés. Mais, quand sur avis médical, sa conviction a pu s'établir sur la démesure des risques par rapport aux bénéfices possibles de l'opération, il est le gardien de l'humanisme justifiant seul la mission donnée par la société au médecin. La sauvegarde de cet humanisme est une règle de droit. Le devoir du juge est alors de l'apprécier en fait, d'après les circonstances, mais à la lumière générale du principe d'après lequel la mission du médecin repose sur la sauvegarde du malade, même contre lui-même."* [3]

C'est ce que Monsieur MEMETEAU exprime nettement : *"La règle de la raison proportionnée doit gouverner les choix médicaux et conduire, soit à une abstention pure et simple, soit à l'élection du procédé thérapeutique le moins dangereux de ceux en présence. Ce sera au demeurant questions de circonstances, et en cas de danger mortel les risques du traitement pourront devenir plus considérables."* [4]

Il nous semble important d'accentuer l'étude de ce critère de proportionnalité dans la mesure où la simple affirmation que le médecin ne doit pas prendre de risques inutiles est tellement laconique qu'elle en devient réductrice et donc juridiquement inexploitable. [5]

Aussi critiquerons nous la brièveté des propos tenus par l'Ordre national des médecins en guise de commentaire de l'article 18 du Code de déontologie médicale [6], propos dont la teneur ne permet aucunement de dégager des éléments utiles pour guider la conscience médicale. *"Le Code de déontologie ne dit pas que le médecin «ne doit pas faire courir de risque», il parle de risque injustifié. Car si la maladie comporte des risques, la thérapeutique en comporte aussi. (...) C'est au praticien d'apprécier si la nécessité, c'est-à-dire le risque que fait courir la maladie, justifie les inconvénients éventuels de la thérapeutique qu'il envisage."*[7]

---

1 DOMAGES Roger, *Le corps humain dans le commerce juridique*, Thèse Droit Paris 1956, p.88.

2 "Le consentement du malade pourra être considéré comme intellectuellement, moralement et, par suite, juridiquement éclairé en ce qu'il sera donné après information, complète et exacte, des conditions et des effets d'une action proposée, si la part des conséquences maléfiques, autrement dit, s'il y a plus d'avantages que d'inconvénients à l'entreprendre. La notion de disproportion est, en effet, aussi, de celles qu'utilisent fréquemment les juristes en droit médical pour décider de la légitimité d'une action dont les résultats n'ont pas répondu aux espoirs qu'elle avait engendrés et fait naître.", KORNPROBST Louis, *Les droits de l'homme malade devant les nouveaux programmes thérapeutiques*, Revue des droits de l'homme, 1974, p.533.

3 SAVATIER René, note sous C.A.Paris 13 janv. 1959, J.C.P.1959-II-11142.

4 MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, p.340.

5 "Le médecin ne peut recourir à des procédés dangereux que si l'intérêt du malade l'exige et après avoir pris toutes les précautions requises, notamment après examen approfondi du patient. (...) La liberté du médecin ne lui permet pas d'établir des prescriptions excessives ou incohérentes à peine de poursuites...", AUBY Jean-Marie, *Le droit de la santé*, précité, p.317.

6 "Le médecin doit s'interdire dans les investigations ou les interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au malade un risque injustifié.", Décret 28 juin 1979, précité, art.18.

7 Ordre national des médecins, *Commentaires du Code de déontologie médicale*, précité, sous art.18, p.62.

On aurait pu s'attendre à plus de précision de la part de cette haute instance professionnelle qui montre ainsi son faible rôle d'éclaireur moral au profit de celui de départiteur des litiges confraternels. [1]

Certes, il est plus délicat de préconiser des règles ou des comportements à des décideurs exerçant un art individuel que de fustiger de mauvaises habitudes professionnelles. Il nous semble pourtant qu'il est fondamental de proposer aux praticiens des éléments de réflexion sur l'essence même de leur mission : la gestion du risque.

Il est fondamental pour tout médecin d'avoir des idées très précises sur les risques qu'il peut ou non faire courir aux individus qui sollicitent son action. N'est-ce pas un des rôles de l'autorité ordinale que d'inciter les médecins à une réflexion en profondeur sur la notion de risque justifié et de risque injustifié ? Nous pressentons la critique que ne manqueraient pas de formuler les représentants de l'Ordre.

L'Ordre n'a pas à se substituer au Législateur et encore moins au Juge. Il nous aurait, pourtant, semblé cohérent que l'organisme professionnel qui invoque au profit de ses membres une spécificité de la justice disciplinaire, en application du Code de déontologie qu'il contribue à définir par son pouvoir d'inspiration, soit aussi un guide éthique si ce n'est moral. L'Ordre n'est-il pas l'autorité intellectuelle adéquate pour réfléchir et proposer des critères de décision de l'acte médical a priori ? Qui d'autre pourrait fournir aux praticiens des outils déontologiques concrets pour éviter les ambiguïtés du maniement de la notion de risque justifié ?

L'idée principale qui domine l'étude de la doctrine juridique est que le médecin bénéficie d'une autorisation juridique de pratiquer des faits ordinairement qualifiés infractions, à condition de respecter une finalité positive. Le médecin ne bénéficie pas de plein pouvoir ou de blanc-seing, même s'il agit dans le but de la mission confiée à lui par la collectivité.

Il a le droit d'accomplir des actes à but curatif (critère d'utilité), mais aussi le devoir de s'abstenir d'accomplir des actes excessivement dangereux (critère de proportionnalité). Sa mission est délicate parce qu'il bénéficie d'une liberté thérapeutique des plus grandes, à charge d'en rendre compte en cas de mauvais usage de cette liberté.

"Dans toute chirurgie et dans toute médecine, un acte comporte des aléas. Le ministère qu'attribue la Société au médecin lui donne mission de les prendre, au besoin, dans l'intérêt du malade. La sauvegarde même de la santé exige souvent, en effet, dans cet intérêt, une prise de risque. Et le rôle normal du médecin est d'apprécier l'équilibre nécessaire qui doit exister entre le bienfait espéré et le risque assumé. Mais le médecin, dans la mission que lui attribue la Société et dans les pouvoirs qu'elle lui donne sur le corps du malade, a le devoir impérieux de ne pas jouer avec ces risques, et de se refuser catégoriquement à accomplir un acte médical où la disproportion est manifeste entre les dangers assumés et les avantages poursuivis." [2]

Pour reprendre la métaphore du pari, on peut affirmer que le médecin est autorisé à parier sur l'amélioration de la santé d'un malade, en prenant même certains risques pour cette santé, mais que ce pari n'est licite qu'autant que le gain espéré est supérieur à la perte prévisible.

Lorsque l'enjeu est plus négatif que positif, les paris deviennent prohibés. *"L'option est grosse de menaces. Il faut surtout en retenir le caractère impérieux du devoir de rechercher, en plein accord avec le malade, s'il vaut mieux perdre ce que l'on connaît pour gagner ce que l'on espère ou renoncer à ce que l'on désire pour conserver ce que l'on ne retrouverait plus."* [3]

---

[1] Les commentateurs du Code de déontologie accordent une page et demie de propos généraux au commentaire de l'article 18 et quatre pages de conseils détaillés au sujet de l'article 23 , "la médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce. Tous les procédés directs ou indirects de réclame et de publicité sont interdits aux médecins.", cf. O.N.M., *Commentaires du Code de déontologie médicale*, précité, sous art.23, p.83 à 86. cf. supra Titre1, chapitre 1, la déontologie médicale.

[2] SAVATIER René, note sous C.A.Paris 13 janv. 1959, J.C.P.1959-II-11142.

[3] KORNPROBST Louis, *L'étendue et les limites de la responsabilité médicale du point de vue juridique*, in 2ème *Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M., 1966, vol.1, p.140.

Le médecin a le droit d'essayer de "gagner" mais a le devoir de ne pas s'engager au point que les risques de "perdre" dépassent les chances de "gain".

L'évaluation comparée d'une valeur négative et d'une valeur positive, au nom de la recherche d'un critère de licéité, rappelle la notion pénale d'état de nécessité.

B) Parallèle avec le concept pénal d'état de nécessité

Malgré l'approbation de quelques auteurs, il est constant que l'état de nécessité n'est pas, à lui seul, le fait justificatif de l'acte médical (1°). La confusion provient du fait qu'il existe des points communs entre le critère de proportionnalité - balance avantage / risque - et l'acte nécessaire - valeur sacrifiée / valeur sauvegardée - (2°).

1°) Le rejet de la référence à l'état de nécessité comme fait justificatif de tout acte médical

Certains auteurs fondent le fait justificatif de tout acte médical sur le concept de nécessité. C'est en particulier la thèse de Monsieur Paul FORIERS : "*L'acte du chirurgien n'est ni punissable, ni illicite, car il est nécessaire ; il est le seul moyen de sauver le patient, il s'impose dès lors à l'agent responsable, et celui-ci puise son droit dans la nécessité objective de l'intervention. (...) L'acte du chirurgien ne constitue pas une faute, quand il a agi en état de nécessité, c'est-à-dire lorsque l'opération est la solution la plus efficace et la moins préjudiciable. (...) L'immunité des médecins et chirurgiens est donc la résultante de l'état de nécessité.*" [1]

Cette opinion fut également développée par d'autres auteurs, lors du Premier congrès international de morale médicale : "*Nous insistons sur le fait que le médecin ne peut justifier l'acte médical que par la démonstration de la nécessité, basée elle-même sur un ensemble de connaissances cliniques, psychiques et morales relatives au malade. Est indéfendable un jugement comportant un risque inutile - non nécessaire - ou un risque supérieur au bénéfice probable. Dans cette éventualité, l'acte médical n'est plus justifié, ne donne pas lieu à privilège et expose le médecin à des sanctions civiles ou pénales. Et ici interviendra pour sa condamnation ou pour sa défense la notion pénale de nécessité.*" [2]

Cette conception est reprise aujourd'hui par Monsieur Robert SAURY : "*Allons au cœur du problème : en matière de contrat médical, la cause déterminante commune de ce contrat répond à une donnée essentielle qui n'est autre que l'état de nécessité. (...) Cette notion d'état de nécessité est à notre avis la loi dominante du contrat médical. (...) L'état de nécessité est tout d'abord le seul fait justificatif qui autorise le praticien à porter atteinte à l'intégrité physique de son malade. (...) L'acceptation de cette intervention donne alors au praticien le droit de faire tout ce qu'il estime utile, voire de procéder à une mutilation ou amputation nécessaire.*" [3]

Cette conception doctrinale mérite d'être analysée en profondeur étant donné que la définition classique mais jurisprudentielle de l'état de nécessité est devenue aujourd'hui légale. Selon l'article 122-7 du nouveau Code pénal : "*N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.*"

Nous contestons l'idée selon laquelle l'état de nécessité constitue le fait justificatif ordinaire de l'activité médicale en nous appuyant sur trois arguments.

---

[1] FORIERS Paul, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles Bruylant 1951, pp.200-202.

[2] HEGER-GILBERT F. et GLORIEUX P., *La nécessité un critère de l'acte médical*, in *1er Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M., 1955, vol.2, p.80.

[3] SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, p.37.

Le premier repose sur la notion de danger qui est préalable à la justification. Tout acte médical n'est pas pratiqué en situation de "danger actuel ou imminent" et l'utilité de l'acte médical pour la santé personnelle du sujet est une notion plus large que celle de danger.

Il est impossible de déclarer que toute maladie infantile, toute démangeaison, toute carie dentaire ou tout mal de tête constituent un péril pour la sauvegarde de la personne. Il est des actes thérapeutiques considérés comme licites alors même que le devenir de la personne n'est pas en danger. Cet argument doit être développé a fortiori en raison de l'extension du but curatif à l'utilité indirecte de l'acte médical. Le diagnostic, la prévention et le soulagement n'ont pas pour but de faire cesser un danger.

Justifier l'acte médical par le seul état de nécessité réduirait le champ d'activité des médecins aux actes immédiatement utiles à la survie des malades, c'est à dire à l'urgence. [1] Ce qui n'est pas la position du droit positif.

Le second argument repose sur l'exigence du respect de la volonté du sujet de l'acte médical, exigence que notre étude fait apparaître comme composante de la justification. Or, le concept d'état de nécessité ignore totalement la liberté de choix de la "victime" dans la décision de la sauver et dans le choix des moyens de la sauver.

C'est ce qui pousse Monsieur FORIERS à affirmer que "*Le consentement ne peut se concevoir que sur le plan civil, après donc que l'acte a été légitimé du point de vue pénal par la nécessité.(...) Si l'opération n'est pas nécessaire, l'atteinte aux dispositions d'ordre public (...) reste imputable, et la condamnation est possible, que le patient ait ou non consenti. (...) Si, par contre, l'opération est objectivement nécessaire, mais a été réalisée à l'encontre de la volonté du patient, elle ne pourra donner lieu à des poursuites pénales.*" [2]

Cette affirmation est démentie par le droit positif qui reconnaît à chacun le droit de choisir d'être soigné ou non. Même en cas de pathologie grave, voire mortelle, chacun peut refuser l'acte médical quand bien même celui-ci s'avérerait médicalement nécessaire. Nul ne pourrait traiter médicalement un cancéreux ou un diabétique contre son gré. C'est toute la problématique du traitement médical des témoins de Jéhovah qui refusent la transfusion sanguine lorsqu'elle est médicalement préconisée.

Le seul cas dans lequel la jurisprudence reconnaît au médecin le droit d'agir sans l'approbation du sujet est celui de l'urgence absolue avec perte de conscience. Dans cette hypothèse seule, le péril encouru pourra justifier une intervention médicale sur le corps de l'inconscient. C'est l'état d'inconscience du sujet qui délimite alors la frontière entre l'exigence du consentement et le droit, voire le devoir [3], d'agir sans le consentement. La gravité du péril et l'utilité d'un geste médical ne permettront pas d'agir si le sujet est lucide et qu'il refuse un acte de soin. Violer son consentement permettrait, selon nous, des poursuites pénales. [4]

Enfin, troisième argument, l'état de nécessité a un rôle propre à jouer dans la justification des actes médicaux, celui de fait justificatif extraordinaire. Nous étudierons ultérieurement la situation particulière de l'urgence médicale au cours de laquelle le danger encouru par la personne permettra d'agir médicalement sans respecter toutes les conditions ordinairement requises par le droit pénal.

En phase d'urgence, l'acte salvateur pourra éventuellement être accompli par un non-diplômé, parfois sans le consentement du sujet et sans respecter les normes de qualité classiquement

---

1 Cf. infra 2ème Partie, Titre 3, les dérogations dues à l'urgence, l'impact de l'état de nécessité.

2 FORIERS Paul, *De l'état de nécessité en droit pénal*, précité, pp.203-204.

3 Quant au Code pénal qui impose le secours à autrui en cas d'urgence (art.63 al.2 C.pén. et art.223-6 N.C.pén.) il condamne l'inaction ou l'abstention égoïste. Il n'exige ni que le secours soit médical, ni même qu'il soit efficace. L'incrimination de la non-assistance à personne en péril ne permet pas d'accomplir n'importe quel acte médical dès lors qu'il est nécessaire. cf. infra 2ème Partie, Titre 3, les dérogations dues à l'urgence, l'impact de l'état de nécessité.

4 Cf. supra Titre 1, le consentement.

exigibles. L'état de nécessité est pour le médecin un fait justificatif supplétif et exceptionnel et ne saurait donc être considéré comme fait justificatif ordinaire de l'activité médicale.

La confusion provient des points communs entre la notion de but curatif et l'état de nécessité.

2°) Les points communs entre la notion d'acte thérapeutique et l'état de nécessité

L'erreur commise par les tenants de l'état de nécessité comme fait justificatif ordinaire de l'activité médicale s'explique certainement par les points de ressemblance entre la notion d'acte thérapeutique et la définition pénale de l'acte nécessaire.

Dans les deux hypothèses, l'acteur va commettre une infraction pénale créant un préjudice ou un risque pour les tiers. [1] Dans les deux cas, il agit en raison d'une situation exceptionnelle, utilité médicale démontrée pour l'acte thérapeutique, situation de péril pour les personnes ou les biens pour l'état de nécessité. De plus, sa motivation est également généreuse ou altruiste. Enfin, la licéité de son comportement sera jugée au regard d'une balance de comparaison entre la valeur sacrifiée et la valeur sauvegardée.

C'est, selon nous, cette appréciation fondée sur le critère de la proportionnalité qui est le point commun le plus frappant entre les deux notions. Mais, les intérêts en présence sont totalement distincts, car dans le domaine médical la comparaison se fera entre les avantages et les risques de l'acte médical pour la santé individuelle du sujet, alors qu'en matière d'état de nécessité la comparaison s'effectuera au regard des intérêts sociaux.

"*L'infraction nécessaire n'est justifiée que dans la mesure où elle a permis de sauvegarder un bien ou un intérêt de valeur supérieure ou équivalente à celle du bien ou de l'intérêt sacrifié. Toute la théorie de l'état de nécessité converge vers cette condition cardinale : la répression ne perd en effet son fondement qu'en présence d'une infraction socialement utile, ou socialement indifférente.*" [2]

Le caractère curatif, conduisant une appréciation au regard d'un intérêt individuel, ne pourra être invoqué que pour justifier des actes d'amélioration de la vie du sujet (critère d'utilité individuelle) lui causant plus de bien que de mal (critère de proportionnalité individuelle) alors que l'état de nécessité peut justifier des actes individuellement inutiles ou même nocifs dès lors que des intérêts socialement supérieurs auront été sauvegardés.

Dans l'absolu, l'état de nécessité permettrait de justifier le sacrifice d'un individu pour en sauver plusieurs, ce qui est la situation "classique" des naufragés. [3]

Finalement, il apparaît que l'appréciation du caractère thérapeutique de l'acte médical, en tant que composante du fait justificatif bénéficiant au médecin, met en œuvre un raisonnement voisin de celui de l'état de nécessité. Mais la décision médicale est une forme exclusivement individuelle et beaucoup plus précise de l'état de nécessité.

Il résulte que l'étude du rapport avantages / risques est l'un des critères de qualification thérapeutique de l'acte médical qui sera donc considéré comme punissable ou impunissable en fonction du résultat de ce rapport.

---

[1] "Nous verrions, au contraire, l'acte chirurgical, cette atteinte volontaire à l'intégrité corporelle d'autrui, sous-tendu par la notion même de risque, si l'on entend par là, suivant la définition classique : «le hasard d'encourir un mal avec l'espérance, si l'on échappe, d'obtenir un bien».", RENE Louis, *Risque et responsabilité en chirurgie*, in *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, Fayard 1968, pp.211-212.

[2] MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°445, p.568.

[3] Cf. GRAVEN, *L'état de nécessité justificatif des naufragés*, R.I.C.P.T. 1969, p.135 et SCHADEWALT, *L'odyssée du radeau de la Méduse, un exemple classique de l'état de nécessité.*, R.I.C.P.T. 1969, p.119.

§2) Le recours à la proportionnalité comme critère du caractère curatif

Il convient d'étudier l'application du critère de proportionnalité comme condition de la licéité, de l'acte médical "ordinaire" (A) et de quelques actes médicaux particuliers (B). La licéité de l'acte médical de greffe d'organe ou de tissus se fonde essentiellement sur le critère de proportionnalité (C).

A) Application du critère de proportionnalité à l'acte médical ordinaire

Si le patient risque directement et immédiatement d'être condamné à une mort presque certaine, pour des raisons physiologiques ou psychologiques, le chirurgien doit être autorisé à engager des moyens thérapeutiques lourds.

Si le patient n'est menacé que d'une gêne faiblement évolutive, d'une disgrâce délétère pour son équilibre psychologique mais non mortelle, le chirurgien ne doit utiliser que des moyens adaptés et faiblement dangereux.

Enfin, si l'individu qui réclame des soins est en pleine santé, sans être engagé dans une spirale dangereuse, ni sur le plan biologique, ni sur le plan mental, le praticien doit veiller à évaluer avec le maximum de précautions les actes qu'il peut éventuellement accomplir. Le thérapeute ne peut, en effet, offrir à cette personne qu'une très faible amélioration de santé, portant sur des détails très secondaires de sa qualité de vie. [1] Il ne peut alors envisager que des actes dont les risques prévisibles tendent vers zéro, en respectant le maximum de précautions pré-opératoires possibles.

C'est sur ce fondement qu'a été condamné un médecin ayant prescrit un acte exploratoire relativement dangereux, une artériographie, pour vérifier un diagnostic d'artérite oblitérante déjà établi avec certitude. [2] Il semble que sa curiosité pour la méthode diagnostique nouvelle l'ait emporté sur toute autre préoccupation, alors que l'acte médical n'offrait quasiment aucun intérêt pour la santé du sujet et qu'il comportait des risques importants.

Ce raisonnement peut être transposé dans le domaine des maladies, à charge pour le médecin de tenter d'en hiérarchiser la gravité. Les maladies les plus graves sont incontestablement celles qui entraînent un processus morbide plus ou moins rapidement. Ces maladies et affections sont mortelles. Ce sera le cas du cancer, du SIDA mais aussi de la gangrène ou du tétanos, par exemple.

La gravité des conséquences de ces maladies permet que l'on emploie éventuellement des traitements lourds, chimiothérapie, radiothérapie, chirurgie, etc...Puisque le malade risque fortement de mourir, le soignant peut, avec le consentement du soigné, tenter des gestes médicaux même extrêmement risqués.

Si la survie est en "balance", l'acte potentiellement mortel peut licitement être tenté.

Les maladies "intermédiaires" sont celles qui entraînent d'importantes perturbations de la santé en limitant l'autonomie de vie du sujet. Qu'elles soient définitives ou temporaires ces maladies et infirmités sont mutilantes. Ce sera le cas de la surdité, de la paralysie, de la perte d'un membre, par exemple. Les moyens médicaux à disposition des soignants devront être adaptés aux enjeux.

Certaines atteintes importantes de l'intégrité corporelle pourront être pratiquées dans l'espoir de guérir, mais il ne doit pas être tenté d'actes potentiellement mortels puisque la vie du sujet n'est pas en "balance". Enfin, les maladies les moins graves sont les dysfonctionnements faibles et les infirmités légères qui perturbent, mais faiblement, la santé de l'homme. Ce sera le cas des mycoses, des caries dentaires et de la cellulite, par exemple.

Le médecin devra alors limiter son action aux gestes à faible risque.

---

[1] Nous rejoignons alors M.PENNEAU en ce qu'il considère que l'individu est le meilleur juge de la qualité de sa propre vie et, partant, de l'amélioration de sa santé, dans les limites du respect de l'ordre public.

[2] Homicide par imprudence, C.A. Paris, 11 mai 1937, S.1938-II-71.

B) Application du critère de proportionnalité à quelques actes médicaux particuliers

L'évaluation comparée des avantages et des risques de la thérapeutique est fondamentale pour apprécier la licéité de l'intervention médicale en matière : de chirurgie esthétique (1°), de soulagement de la douleur (2°), de traitement des toxicomanies (3°) et de chirurgie des transsexuels (4°).

1°) Le critère de proportionnalité et la chirurgie esthétique

La chirurgie esthétique est le domaine de prédilection du critère de la proportionnalité puisque le médecin devra ajuster la gravité des actes accomplis à l'utilité médicale réelle de l'acte pour la santé du sujet. "*La règle de la proportionnalité entre le risque de l'intervention et la gravité de la disgrâce doit être observée et le chirurgien doit avoir une attitude de vigilance particulière.*" [1]

Aussi, lorsque le seul intérêt pour le sujet est un intérêt psychologique, le médecin se verra-t-il reprocher d'attenter gravement à l'intégrité corporelle par un acte risqué. "*Considérant en conséquence que les quatre interventions chirurgicales pratiquées par le docteur X. avaient moins pour but d'apporter une guérison à un mal et de supprimer des altérations fonctionnelles que de réparer de simples imperfections et disgrâces du visage, (...) que les risques inhérents aux interventions réalisées par ce praticien étaient des plus sérieux et parfaitement prévisibles, (...). Que toute opération chirurgicale, autant lorsque celui qui l'effectue se propose de corriger des disgrâces et des imperfections du corps humain que lorsqu'il s'applique à guérir, comporte un aléa, mais que le chirurgien plasticien méconnaît l'obligation de prudence et de diligence qui lui incombe s'il fait courir au patient un risque sans proportion avec les avantages escomptés, (...); mais considérant qu'il n'est absolument pas établi que les légères disgrâces dont la demoiselle Le L. été atteinte avaient eu des répercussions graves sur son psychisme ; qu'elle a sans doute pu en souffrir moralement, mais que ce n'était pas là une raison suffisante pour autoriser le docteur X. à l'exposer à des risques sérieux.*" [2]

La jurisprudence manie donc les critères de qualification pénale d'utilité et de proportionnalité. La Cour d'appel de Paris ne considère comme licites que les actes qui entendent, a priori, apporter une amélioration du niveau de santé des individus et qui respectent la proportionnalité entre risques encourus et avantages escomptés.

Ainsi la distinction présentée comme essentielle entre chirurgie purement esthétique et chirurgie réparatrice ne modifie-t-elle pas fondamentalement la qualification pénale du comportement médical.

Dès lors que l'acte a pour intérêt exclusif la santé du soigné, qu'il soit engagé dans un processus morbide (chirurgie réparatrice) ou qu'il désire améliorer son image (chirurgie strictement esthétique) , les actes pénalement autorisés sont ceux qui sont proportionnés à ce but.

Pour enrayer un processus morbide, le chirurgien peut entreprendre des actes "à risques", tels qu'une anesthésie générale, une greffe de peau ou un traitement radiothérapique. Pour satisfaire une simple demande d'embellissement, le chirurgien doit s'assurer de ne faire courir à son client que des risques minimum.

2°) Le critère de proportionnalité et le soulagement de la douleur

Le médecin est toujours tenu d'évaluer, par avance, les avantages escomptés de son acte par rapport aux risques encourus. C'est pourquoi il doit parfois savoir s'abstenir de certains gestes

---

[1] ROUGE D., ARBUS L., COSTAGLIOLA M., *Responsabilité médicale, de la chirurgie à l'esthétique*, précité, p.5.
[2] C.A. Paris 13 janv. 1959, R.T.D.civ. 1959, p.322, obs. MAZEAUD, J.C.P.1959-II-11142 note SAVATIER René.

médicaux, même réclamés par le patient. Cela se vérifie dans le domaine de l'accouchement sous anesthésie péridurale (a) et en matière de toxicomanie iatrogène (b).

a) Le critère de proportionnalité et l'anesthésie péridurale

Les risques doivent s'entendre des risques immédiats liés à l'acte lui-même mais aussi des risques médiats, induits par les actes qui peuvent causalement suivre l'acte initial. Ainsi en est-il de la péridurale qui, en insensibilisant certaines parties du corps de la femme, peut supprimer un des moyens d'alerte en cas de problème.

Certains accoucheurs développent une conception anti-péridurale, dans la mesure du soutenable, dans les cas d'utérus fortement distendus, et de grossesses multiples en particulier. Ils affirment que l'anesthésie péridurale ou loco-régionale pourrait masquer la douleur révélatrice d'un déchirement utérin dont les signes précoces sont les meilleures garanties de diagnostic.

D'autres soulèvent la question de l'utilisation des forceps, dont la nécessité augmente en cas de péridurale : "*L'anesthésie péridurale nécessite souvent le forceps, parce que la femme dirige moins ses efforts de poussée du fait de l'insensibilité de la région périnéale.*" [1]

Doit-on conclure à l'illicéité de la péridurale "de confort" au nom du défaut de proportionnalité entre l'avantage escompté, la suppression de la douleur et les risques dûs à l'anesthésie et à la disparition de la douleur ? Cela n'est pas facile en raison des polémiques sur les vertus de l'abolition de la douleur de l'accouchement pour la mère et pour l'enfant.

Il n'appartient pas au juriste de trancher a priori un débat scientifique. Qu'il lui suffise de rappeler au médecin qu'aucun acte médical n'est anodin en terme de risques, que pénalement les risques ne doivent jamais dépasser les avantages, et surtout que le sujet de l'acte doit être loyalement informé des risques pour pouvoir exprimer un consentement éclairé.

b) Le critère de proportionnalité et la toxicomanie iatrogène

Peut-on soigner au risque de rendre le patient "toxicomane". Il ne fait aucun doute que les produits inscrits aux tableaux A et B des spécialités pharmaceutiques sont des médicaments dangereusement efficaces, y compris dans le domaine de la toxicomanie.

Les détournements de médicaments et les agressions de pharmacies par des toxicomanes en état de manque sont le signe patent de cet état de fait. Les opiacés, morphiniques et autres dérivés naturels ou artificiels constituent pourtant l'arme privilégiée des médecins confrontés à des douleurs intenses.

L'utilisation licite de drogue sera sujette aux conditions ordinaires des actes médicaux, à savoir : prescription par une personne légalement compétente, avec le consentement du patient, dans le but d'apporter une utilité réelle à sa santé, sans lui faire courir de risques disproportionnés avec le but poursuivi.

Le maniement des médicaments suppose la connaissance de leurs effets secondaires qui entrent totalement dans la catégorie des risques à évaluer de la part du prescripteur.

3°) Le critère de proportionnalité et le traitement de la toxicomanie

Nous voulons évoquer ici la question des moyens thérapeutiques de lutte contre la consommation de stupéfiants. [2] Parmi les stratégies thérapeutiques, il faut se pencher sur la licéité

---

[1] MARPEAU Loïc Dr., *Accouchement : toutes les interventions pour aider bébé à naître*, Revue Parents, 1992, n°9, p.65

[2] "Des cures «ambulatoires» à la lobotomie, en passant par le traitement à la méthadone, l'internement, les communautés thérapeutiques, le retour à la nature, la consultation psychiatrique, la guérison spontanée par maturation, etc... Les solutions les plus variées ont pu être proposées par la communauté médicale.", CABALLERO Francis, *Droit de la drogue*, Dalloz 1989, p.522.

de l'emploi des méthodes dites de substitution qui visent à prescrire au toxicomane un produit médicamenteux dans le but de le soustraire à terme à l'emprise de la drogue. "*La méthadone offre donc l'avantage théorique, au sens du thérapeute, de pouvoir être prise per os, d'avoir une durée d'action de 24 heures et de ne pas procurer d'euphorie aux doses habituellement employées. Lors de l'arrêt d'un autre opiacé et du fait de la tolérance croisée, elle supprime, à dose adaptée, le manque qui devrait survenir (...). L'utilisateur peut alors cesser les prises intraveineuses pluri-quotidiennes d'héroïne, mais, par là-même, doit renoncer aux effets aigus ; les troubles secondaires sont par ailleurs minimes, analogues à ceux des autres opiacés et en moyenne bien tolérés par les patients ; aucune conséquence physiologique importante n'a jusqu'ici été signalée.*" [1]

Les débats publics sont encore actuellement très vifs sur le thème des produits de substitution. La principale critique apportée par les opposants à la prescription de produits de type "méthadone" est que le médecin ne fait que remplacer une drogue illégale par une drogue légale sans réellement désintoxiquer le drogué.

Or, si l'on accepte de reconnaître que la toxicomanie est non seulement une forme de délinquance mais aussi une pathologie spécifique, il faut admettre que le médecin puisse tenter d'agir médicalement dans l'intérêt de la santé du "malade". Cette action est limitée par le critère de la proportionnalité des avantages par rapport aux risques.

Les risques courus par le consommateur de stupéfiants sont connus, accoutumance, dépendance et pathologie induite. A cela il faudrait ajouter les risques dérivés liés au mode d'intoxication, contamination des seringues etc...[2] Les avantages escomptés sont au mieux la guérison, au pire le remplacement de la drogue par un médicament. Cette dernière hypothèse représente, selon nous un exemple de médecine palliative, au sens qu'elle ne rétablit pas l'individu dans son état de santé mais lui permet de vivre au mieux avec sa maladie.

Il n'y a pas lieu de fustiger outrageusement ce moyen thérapeutique dès lors que les avantages restent bien supérieurs aux risques...

4°) Le critère de proportionnalité et la chirurgie des transsexuels

Nous avons exposé que le transsexualisme est une maladie grave, puisque les personnes victimes de ce syndrome sont engagées dans un processus morbide qui est parfois mortel. [3] Sur le plan de l'utilité, il faut noter le fait que la médecine peut soigner le transsexualisme contrairement à l'homosexualité. "*Il faut rappeler que la labilité concernant la sexualité et les modifications sexuelles notamment l'homosexualité est issue de la psychanalyse qui considère que tout sujet qui se considère comme homosexuel doit accepter son homosexualité, et que toute thérapeutique pour les ramener à la normale est illusoire.*" [4]

Il semble que la transformation des organes sexuels externes améliore nettement la vie ou la survie des sujets traités. "*La licéité des interventions chirurgicales mutilantes est fondée sur leur but thérapeutique (...). Il semble établi qu'en l'état des connaissances et des thérapeutiques actuelles, toutes les tentatives de traitement psychothérapique sont vouées à l'échec, alors que la transformation en homme ou en femme semble avoir résolu le conflit des transsexuels.*" [5]

Sur le plan de la justification pénale, il convient toutefois de se demander si les actes chirurgicaux entrepris emportent des avantages supérieurs aux risques. Rappelons que sur le plan

---

[1] DUGARIN Jean Dr et NOMINE Patrice Dr, *La prescription de méthadone*, in *D'une toxicomanie à l'autre*, Centre National de Prévention d'Etudes et de Recherches en Toxicomanie, éd° les empêcheurs de penser en rond, 1990, pp.100-101.

[2] Il n'y a pas lieu d'étudier ici l'utilité "sociale" de la désintoxication du drogué eu égard à la prévention de la délinquance induite par la consommation de stupéfiants.

[3] Cf. supra l'évolution du concept de maladie.

[4] BARUK H., Discussion au sujet de *Transsexualisme. Actualité du problème médico-légal*, Bull.Acad.Nat.Méd. 1980, p.532.

[5] HERVET Emile, *Transsexualisme. Actualité du problème médico-légal*, Bull.Acad.Nat.Méd. 1980, 164, n°6, p.529.

technique, il s'agit de supprimer des organes génitaux externes masculins pour les remplacer chirurgicalement par une apparence de féminité ou de "construire" un pénis artificiel à des femmes. [1] La première opération officielle en France a été réalisée le 21 avril 1979 à l'hôpital Saint-Louis. [2]

Ces actes constituent à l'évidence des mutilations graves du corps des sujets, avec la particularité propre à toute mutilation, qui est d'être irréversible. Cela signifie que seul un intérêt nettement supérieur peut "contre-balancer" de telles atteintes à l'intégrité corporelle.

Le critère de proportionnalité sera respecté chaque fois que la vie du sujet est en danger réel, ce qui implique de la part de l'équipe médicale d'avoir utilisé les moyens les plus sûrs pour évaluer et déterminer le diagnostic du syndrome transsexuel.

A défaut de démonstration de l'enjeu vital de l'acte chirurgical, il ne serait plus possible, a posteriori, de prouver que la décision d'opérer se fondait sur une balance avantage/risque positive. Le caractère thérapeutique de l'acte médical ne pourrait plus être rapporté et le bénéfice du fait justificatif de permission tacite de la loi pour les actes curatifs ne pourrait pas être retenu.

Il faut, enfin, repousser l'idée que le changement d'état-civil puisse, en soi, être qualifié d'acte thérapeutique, parce qu'avant d'être thérapeutique l'acte examiné doit être un acte médical. Reconnaître que des actes non-médicaux peuvent être qualifiés d'actes thérapeutiques au sens strict nierait globalement la spécificité de la mission médicale.

"*Les médecins, (...), pour eux, le problème est d'améliorer l'état du transsexuel ; leur approche est médicale, thérapeutique. (...) Ils sont prêts à modifier l'état-civil du transsexuel parce que cela paraît pouvoir améliorer son équilibre psychique. Mais le droit ne poursuit pas un objectif thérapeutique. S'il n'est pas indifférent aux souffrances individuelles, son but est de fixer les règles de la vie en société. C'est pourquoi il lui est si difficile de reconnaître un phénomène marginal comme le transsexualisme, qui est de nature à venir perturber le droit de l'état-civil, du mariage ou de la filiation.*" [3]

Parce que le droit organise les règles de la vie en société, il définit des normes générales et abstraites. Parce que le médecin reçoit de la société une mission spécifique : soigner, il agit dans l'intérêt exclusif de la santé de chaque individu dans les limites juridiques des pouvoirs qui lui sont conférés.

C) La justification de l'acte médical de greffe

Il faut analyser la licéité des actes de greffe sur le plan de la responsabilité pénale car la loi du 22 décembre 1976 "relative aux prélèvements d'organes" a expressément justifié certains prélèvements d'organes, sans aborder la question de la licéité des greffes. [4]

La greffe et la pose de prothèse visent toutes deux à réparer une perte de substance résultant d'une mutilation accidentelle ou d'une maladie.[5] Mais la greffe concerne l'adjonction à un corps humain d'un élément vivant qui est soit un organe soit un tissu. [6]

---

[1] Cf."ablation de l'appareil génital externe masculin avec plastie d'un néo-vagin", C.A.Aix, 23 avril 1990, J.C.P. 1991-II-21720. Il n'est toutefois pas encore possible de donner à ces vrai-faux organes génitaux les capacités fonctionnelles des originaux, en particulier dans le domaine de la reproduction. "Confection d'un «néo-pénis» par le moyen d'une greffe (prélèvement d'une côte et de peau), qui n'est pas fonctionnel (il n'est pas érectile et ne peut servir à uriner).", MASSIP Jacques, *Le transsexualisme*, Defrénois 1992, n°17, art.35322, p.1010. "Une partie de la peau de l'avant-bras qui est utilisée pour la confection du tube cutané simulant une verge normale. On y introduira une côte (... côte flottante) de façon à ce que la pseudo-verge connaisse en permanence une certaine rigidité.", BON Isabelle, *L'émergence conjuguée de pratiques médicale et judiciaire*, Thèse Droit Lyon 1989, p.60.

[2] BON Isabelle, *L'émergence conjuguée de pratiques médicale et judiciaire,* précitée, p.23.

[3] MASSIP Jacques, *Le Transsexualisme*, précité, p.1013.

[4] Cf. infra 2ème Partie, Titre 1, les prélèvements d'organes. p358 et s.

[5] Sur l'obligation de résultat qui pèse sur le médecin concepteur de la prothèse cf. MEMETEAU Gérard, *Prothèse et responsabilité du médecin*, D.1976, chron., p.9. Sur l'étonnante absence de réglementation de la qualité des prothèses contrairement au domaine des médicaments et le plaidoyer pour l'édiction de normes cf. : "De la même façon qu'il ne viendrait à l'idée de personne de prescrire un médicament qui n'a pas d'autorisation de mise sur le marché, il est important que le médecin puisse choisir l'implant avec la sécurité

"La transplantation consiste à remplacer chez un malade un organe pathologique, par un organe sain ou supposé tel avec pour objectif de maintenir l'intégrité fonctionnelle de ce dernier. L'organe transféré est prélevé sur un cadavre, ou sujet en état de mort cérébrale, et parfois sur une personne vivante." [1]

Dès 1956, le Professeur René SAVATIER incorporait l'acte d'auto-greffe dans la catégorie des actes médicaux ordinaires [2] et préconisait un raisonnement classique concernant les homo-greffes. But curatif et raison proportionnée restaient pour lui les critères de licéité de la greffe comme de tout acte médical. Son raisonnement insistait sur la gravité du prélèvement et le destinataire de la greffe. [3] Aujourd'hui la justification de l'acte de greffe repose sur une utilité précisément encadrée par la limitation des indications (1°), mais la décision de greffer est soumise au critère classique de la raison proportionnée (2°). La greffe d'un produit d'origine animale pose la question de la licéité des xéno-greffes (3°).

1°) La réglementation de l'indication de greffe : l'encadrement de l'utilité thérapeutique

La liberté thérapeutique du médecin n'est plus entière en matière de greffe d'organe car la pénurie de greffons à suscité un mécanisme de liste d'attente (a) qui limite de fait les greffes à des cas pathologiques graves (b).

---

d'ordre public que lui confère une autorisation légale. On pourra peut-être ainsi déroger à la maxime de Voltaire : «Les médecins sont des gens qui introduisent dans le corps humain qu'ils connaissent mal des substances qu'ils connaissent encore moins bien».", ROUGE D., CHAVOIN J.P., COSTAGLIOLA M., BRAS P.M., ALENGRIN D., et ARBUS L., *Responsabilité du fait de la mise en place d'implants corporels : aspects actuels et perspectives d'avenir*, J.Méd.lég. 1991, p.98.

[6] On distingue traditionnellement deux sujets concernés directement par l'acte de greffe. Le sujet prélevé et le sujet greffé. Lorsque prélevé et greffé sont la même personne, on qualifie l'acte d'auto-greffe. Lorsque les deux sujets appartiennent à la même espèce sur le plan biologique, on parle d'homo-greffe, au contraire en cas de différence d'espèce (prélèvement sur un animal pour greffer un homme, nous n'envisageons pas de situation symétrique, prélèvement sur un homme pour greffer un animal, le cas ne s'étant à notre connaissance jamais posé !), on emploie le terme d'hétéro-greffe. La question médicale et juridique des greffes humaines a longtemps été limitée à l'étude des auto-greffes, cf. "Les homo-greffes et les hétéro-greffes sont-elles possibles ? A priori la réponse est négative : ces greffes-là, non seulement ne peuvent survivre sur le receveur, mais sont éliminées par un mécanisme biologique qui n'est encore élucidé que partiellement, (...) L'homo-greffe véritable, et a fortiori l'hétéro-greffe, est donc en l'état actuel des choses une impossibilité biologique absolue, même en s'adressant aux plus proches parents du malade et à l'exception du seul cas, heureux mais exceptionnel, d'un jumeau homozygote.", BLONDEAU Philippe.Dr., *Possibilités et limites actuelles des greffes en thérapeutique humaine*, C.Laën.1956, pp.6-7, Il est à noter que l'auteur expose les raisons scientifiques de son époque : "Jamais une telle homo-transplantation d'organe, de rein en particulier, n'a été couronnée de succès en thérapeutique humaine ou même en expérimentation animale. Comme pour les homo-greffes tissulaires, une telle transplantation se heurte à des phénomènes immunologiques qui déclenchent la destruction du greffon par une réaction du type antigène-anticorps.", p.10.

[1] I.G.A.S, *Rapport sur les transplantations d'organes en France*, mai 1992, p.92.

[2] "Les problèmes juridiques relatifs à l'auto-greffe ne diffèrent en rien de ceux que posent toute autre sorte d'intervention médicale sur l'homme. C'est, en effet, une thérapeutique qui, comme beaucoup d'autres, impose au sujet un sacrifice pour obtenir, quant à sa constitution corporelle, un plus grand bien. Le médecin y procédera légitimement si l'état de la science autorise un tel espoir, avec le consentement du patient ou des personnes ayant autorité sur le patient mineur. Un échec ne mettrait à sa charge aucune responsabilité pénale ou civile, s'il a agi correctement et conformément à ces conditions.", SAVATIER René, *Problèmes juridiques. Les greffes humaines*, C.Laën. 1956, p.21. Il existe au moins un prédécesseur de Monsieur Savatier, certes moins connu, cf. "L'emploi des homogreffes dans le but de guérir le malade n'est qu'une technique de traitement particulière, une thérapeutique spéciale au même titre que la sulfamidothérapie ou la pénicillothérapie ou toute autre thérapeutique médicamenteuse.", SOMBSTAY Jacques, *Les homogreffes humaines au point de vue juridique*, Thèse Droit Nancy, 1951, p.138.

[3] "Au sujet de l'importance du sacrifice consenti par le donneur, une distinction essentielle devra être faite : si le tissu prélevé à titre de greffon est de ceux que le corps humain reconstitue naturellement, et sans atteinte durable à son intégrité, le prélèvement consenti, en vue de fins curatives, même sur autrui, est licite. (...) Si au contraire la mutilation est irréparable, le médecin n'est pas autorisé par notre droit, et même du consentement du donneur, à l'opérer sur le patient dût-elle profiter à autrui. Les journaux n'ont fait que trop de bruit autour d'une expérience de greffe rénale tentée, ont-ils paru dire, sur un enfant grâce à l'ablation d'un rein de sa mère. Alors même que le succès en eût été probable, une telle pratique eût été extrêmement contestable.", SAVATIER René, *Problèmes juridiques. Les greffes humaines*, C.Laën. 1956, p.22-23. Cette distinction fondée sur la réversibilité de la blessure causée au donneur par le prélèvement, devait convaincre tous les auteurs jusqu'à trouver une consécration dans la réglementation juridique des prélèvements. Cf. supra Titre 1, le consentement. Les formalités de recueil du consentement des donneurs vivants diffèrent selon que l'organe prélevé in vivo est ou non régénérable. Décret n°78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976, art.2.

a) L'inscription sur une liste d'attente : la hiérarchisation chronologique des malades

La médecine moderne ne pouvait se satisfaire d'une organisation anarchique des décisions de greffe d'organe, c'est pourquoi l'ensemble des praticiens de la transplantation d'organes appelèrent l'édiction de règles de conduites en matière de délimitation des indications médicales qui peuvent ou non nécessiter une greffe.

La réglementation contemporaine de la transplantation d'organe montre que, pour pouvoir réaliser une greffe, il faut que le receveur potentiel soit inscrit sur une liste d'attente. "*Les patients pour lesquels une indication de transplantation d'organe est posée doivent être inscrits, à l'initiative des établissements hospitaliers concernés, sur une liste d'attente établie selon des modalités de gestion et de financement précisées par arrêté du ministre chargé de la santé.*" [1]

La qualité technologique du réseau de communication ne doit pas occulter le fait que l'ensemble du système repose sur la décision médicale d'inscrire ou non un patient sur la liste des "demandeurs" d'organe. Il s'agit, en effet, d'une nouvelle conception de l'acte médical qui implique pour être soigné d'avoir préalablement été inscrit sur une liste de malades.

La reconnaissance officielle de la maladie précède le droit d'être traité médicalement. Cette règle nouvelle ampute, un tant soit peu, la liberté thérapeutique du médecin, qui ne peut engager un moyen thérapeutique particulier, qu'autant que le patient aura été reconnu comme nécessitant l'utilisation de la thérapie projetée. [2] En matière de greffe, un contrôle porte directement ou indirectement sur la dimension financière de l'acte médical projeté mais aussi sur son utilité médicale. La France ne connaît pas encore de contrôle systématique des indications médicales avant tout acte chirurgical, système que les efforts de contingentement des dépenses de santé pourraient un jour susciter.

La décision d'inscription est limitée aux seuls établissement habilités par le Ministère de la santé. [3] Il existe, ainsi, un contrôle limitatif de la compétence, tant médicale que juridique, des médecins bénéficiant d'un monopole de la décision individuelle de classement dans la catégorie des receveurs. [4]

On s'éloigne nettement du rapport intime du praticien avec son patient au cours duquel le médecin est seul maître des choix techniques et de l'utilité d'un acte médical sans avoir, a priori, à rendre de comptes sur le plan médical, ni à une hiérarchie, ni à des pairs. La décision de traitement par une greffe, déterminée par un diagnostic collectif, est prise par une équipe et transmise au réseau national de la transplantation à l'initiative de l'établissement.

---

[1] Décret n°90-845 du 24 septembre 1990 relatif aux activités de transplantations d'organes nécessitant un traitement immuno-dépresseurs, art.11. Ces listes sont gérées au niveau local, régional et national, par organe ; elles permettent, lors d'un prélèvement multi-organes d'interroger successivement les établissements susceptibles d'être intéressés par un greffon. "Ces listes sont établies par organe conformément à l'arrêté du 24 septembre 1990. Pour permettre leur élaboration et leur mise à jour permanente, France-Transplant a mis à la disposition de l'ensemble des équipes médico-chirurgicales autorisées à pratiquer les transplantations, un programme informatique accessible par minitel. Chaque équipe inscrit ses patients sur la liste minitel relative à l'organe concerné, grâce à un code d'accès au réseau délivré par France-Transplant." IGAS, *Rapport sur les transplantations d'organes en France.*, précité, p.33.

[2] Cette procédure s'est développée initialement en matière de financement de l'acte médical par les organismes prestataires de services sociaux. La pratique médicale connaît de plus en plus d'affections dont le traitement dépend d'un accord préalable de prise en charge financière par la sécurité sociale. L'autorité compétente pour donner un accord préalable organise généralement un système d'examen des demandes fondé sur des critères souples destinés à éviter les abus les plus patents. Le but est d'éviter les renouvellements excessifs d'actes couteux dont on n'aurait pas démontré une utilité médicale évidente pour le patient.

[3] "Ces activités sont soumises à autorisation du ministre chargé de la santé dans les conditions fixées aux articles 34 et 48 de la loi n°70-1318 du 31 décembre 1970. Les établissements qui se proposent d'effectuer de telles transplantations doivent adresser au ministre chargé de la santé une demande d'autorisation accompagnée d'un dossier dont la composition est fixée par arrêté du même ministre.", Décret 24 sept. 1990, précité, art.2.

[4] Le rapport de l'I.G.A.S. montre que la procédure ordinairement suivie est collégiale et très scientifique. "La décision d'inscription d'un patient sur une liste d'attente en vue d'une transplantation d'organe est, dans la très grande majorité des cas, prise collégialement par l'ensemble des praticiens qui auront à prendre en charge le malade : médecins, chirurgiens, anesthésistes-réanimateurs, biologistes et immunologistes. Elle intervient toujours à l'issue d'un bilan clinique et para-clinique, variant selon l'organe à transplanter, mais toujours très complet, visant à déterminer à la fois l'état général du patient et l'état fonctionnel de l'organe à remplacer.", IGAS, *Rapport sur les transplantations d'organes en France.*, précité, p.181.

L'organisation du système des listes d'attente résulte d'une volonté médicale de gérer la pénurie des organes. Il ne s'agit donc pas de limiter spécifiquement les opérations de greffe. Le chirurgien qui grefferait un receveur d'organe sans avoir respecté au préalable la procédure d'inscription sur une liste d'attente ne commettrait aucune infraction pénale. Le juge pénal devrait lui reconnaître le bénéfice du fait justificatif de la permission tacite de la loi si l'acte de greffe réunit toutes les conditions de licéité des actes médicaux ordinaires.

b) L'indication de greffe est limitée aux actes à forte utilité thérapeutique directe

Ne peuvent être inscrits sur une liste d'attente d'un organe en vue de greffe que les malades dont une équipe médicale a jugé que leur état justifiait l'emploi des techniques d'implantation d'un greffon. Il existe dans la littérature médicale des éléments qui nous permettent d'analyser les critères retenus pour inscrire tel ou tel malade. Ce sont les indications de greffe définies par les médecins pour chaque catégorie d'organe transplantable.

Il existe une indication médicale exceptionnelle pour laquelle la greffe est la seule solution médicale dans l'état actuel des connaissances scientifiques. Il s'agit de l'hépatite fulminante, affection virale mortelle à très court terme (24-48 h.) qui frappe sans prévenir, des patients de tout âge, pour lesquels la médecine est dépourvue de tout moyen thérapeutique en dehors de la greffe de foie.

La problématique posée est claire, il n'y a pas d'autre moyen de sauver le patient, sachant que la greffe de foie doit être réalisée dans les plus brefs délais pour espérer pouvoir sauver la vie du receveur. C'est pourquoi l'organisation française de la transplantation d'organes a créé la notion de "super urgence foie". [1]

L'utilité extrême, cumulée à l'urgence, donne à ce type de greffe une valeur thérapeutique incontestable qui entre à l'évidence dans la notion de but curatif, tel que défini pour l'ensemble des actes médicaux. Les transplantations ne sont pas toutes, heureusement, soumises aux mêmes contraintes de temps, et l'indication de greffe résulte le plus souvent d'une décision que les médecins ont eu le temps de mûrir en harmonie avec le patient et sa famille.

Le corps médical réserve l'acte de greffe à des indications que l'on peut qualifier de très graves. L'acte de greffe est limité aux hypothèses de forte utilité thérapeutique directe.

Ainsi, en matière de transplantation cardiaque : "*elle ne doit être envisagée que chez les porteurs d'une affection cardiaque parvenue au stade de défaillance irréductible et non améliorable par toute autre thérapeutique médicale ou chirurgicale actuellement connue.*" [2]

Sans prétendre à une exhaustivité qui relève d'études médicales, on peut constater que les indications de greffe sont limitées à une utilité vitale de l'acte médical qui n'est décidé que dans le but de tenter de contrecarrer un pronostic fatal. [3] La plupart des greffes relèvent donc d'un but

---

[1] "Actuellement, la notion de super-urgence, considérée comme priorité absolue au plan national, n'existe que pour le foie et dans deux cas très précisément définis : l'hépatite fulminante et la non fonctionnalité d'un greffon dans les 48 heures suivant une transplantation. Cette notion de super-urgence nationale existait également pour le cœur, mais récemment supprimée, elle ne subsiste plus, dans certains cas, qu'au plan régional.", IGAS, *Rapport sur les transplantations d'organes en France.*, précité, p.55.

[2] CABROL C.et autres, *Transplantation cœur et cœur-poumons*, in *La transplantation d'organes*, précité, p.78. Les indications sont généralement les cardiomyopathies, les lésions coronariennes réfractaires à tout traitement médical par pontage, et les infarctus circonférentiels.

[3] La survenance d'une défaillance cardiaque aiguë pose des problèmes de disponibilité des greffons, mais il existe des moyens artificiels permettant de soutenir temporairement la fonction cardiaque en attendant de pouvoir greffer. Pour la greffe de foie il s'agit "de malades ayant une maladie hépatique mortelle entrant dans la phase préterminale de la maladie.", AZOULAY Daniel, ADAM René, BISMUTH Henri, *Prélèvement de foie*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, précité, p.205. Pour la greffe de poumons : "Le remplacement pulmonaire peut actuellement être proposé à des patients dont le pronostic de vie est inférieur à deux ans et ayant des pathologies soit proprement pulmonaires, soit du cœur et des poumons.", NOIRCLERC Michel et autres, *Prélèvement des poumons*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, précité, p.249. Pour la greffe de pancréas : "Les indications actuelles de la transplantation pancréatique sont limitées aux patients ayant un diabète insulino-dépendant avec une insuffisance rénale avancée et nécessitant une transplantation rénale associée.", MARTIN Xavier et autres, *Prélèvement pancréatique*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, précité, p.237. Dans le domaine pédiatrique, l'indication de greffe est limitée

curatif évident puisqu'elles ont pour fondement la volonté de sauver la vie d'un patient condamné. Il s'agit d'une forte utilité thérapeutique directe.

Il existe quelques hypothèses où l'utilité de la transplantation n'est plus liée automatiquement à la survie du patient mais à la "simple" amélioration de sa santé. C'est le cas, en particulier, en matière de greffe de rein et de greffe de cornée. Le critère ordinaire de l'utilité thérapeutique retrouve alors application.

Pour la greffe de rein, le critère employé est celui de l'insuffisance rénale entraînant un traitement par dialyse. Les statistiques montrent que les "demandeurs" de rein sont les plus nombreux sur les listes de receveurs d'organes. Ce qui s'explique par le fait que les greffes de rein ont été historiquement les premières à être maîtrisées par les médecins et qu'il existe un grand nombre d'hypothèses pathologiques où la greffe a une utilité directe pour le receveur. Le succès des greffes de rein a entraîné une augmentation des demandes de greffe et fatalement le problème du critère de décision de greffer. [1]

Cet acte, qui était autrefois réservé aux affections mortelles, est aujourd'hui proposé à des malades non irrémédiablement condamnés. [2] La limitation de l'indication de greffe aux pathologies les plus graves résulte de la pénurie d'organes et non d'un empêchement juridique. Si l'avenir permettait d'apporter une opulence de greffons, le droit ne limiterait en aucun cas les cas de greffe à partir du moment où toutes les conditions de licéité seraient respectées. [3]

La condition de proportionnalité est un critère efficace dans la recherche de la licéité d'un acte médical. Elle s'illustre avec importance dans l'étude du choix du receveur d'une greffe d'organe. Le critère de proportionnalité apporte un guide à la décision de greffer.

---

aux affections gravissimes : "Les enfants atteints de malformation cardiaque complexe, arrivés au stade des altérations majeures de la fonction cardiaque après épuisement des possibilités de réparation chirurgicale n'ont pas d'autre espoir que d'être transplantés.", TAMISIER Daniel, VOUHE Pascal, *Prélèvement de cœur chez l'enfant*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, précité, p.276. Les greffes cœur-poumons constituent, pour les enfants atteints de mucoviscidose, quasiment le seul moyen de lutte. "Chez l'enfant, l'indication de loin la plus fréquente est la mucoviscidose à laquelle s'ajoutent quelques rares malformations congénitales.", NOIRCLERC Michel et autres, *Prélèvement des poumons*, précité, p.249.

[1] "Ce taux de croissance des greffes semble en diminution : l'équilibre devrait s'établir vers 2750 greffes par an à partie de 1993-1994. Cela correspond à une population de 18000 personnes environ, débarrassées des servitudes et des contraintes de la dialyse. Ce ralentissement de la croissance du nombre de greffes a déjà été observé aux Etats-Unis depuis les années 1986-1987. Deux raison sont invoquées : tous les insuffisants rénaux ne relèvent pas de la greffe, même si les indications ont tendance à s'élargir et la pénurie de greffons joue en quelque sorte un rôle de régulateur du nombre de greffes.", HAILLOT Olivier, *Prélèvement de reins*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, précité, pp.117-118.

[2] Monsieur DOLL pouvait encore écrire en 1970 : "Etant donné l'incertitude du résultat de la greffe d'un rein, on n'y aura recours que si le malade est réellement menacé de mort dans les semaines qui suivent, ou si le patient n'est maintenu en survie que grâce au rein artificiel. Ce doit être l'«opération de la dernière chance».", DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, Masson, 1970, p.87.

[3] Il existe à notre connaissance une seule hypothèse de greffe pratiquée sans qu'apparaisse la notion de lutte pour la survie, il s'agit d'un cas de greffe de cornée. Elle offre néanmoins une utilité directe pour la santé du receveur. Les indications de la greffe de cornée visent généralement à faire recouvrer la vue au patient, il existe des indications, voisines, plus éloignées de la notion de but curatif : "Les plus fréquentes sont optiques, pour rétablir une vision correcte en supprimant une opacité plus ou moins importante de la cornée. Elles sont également tectoniques, (...). Elles sont aussi thérapeutiques, (...) et, enfin beaucoup plus rarement, esthétiques pures, sans soucis du résultat fonctionnel." ROSSAZZA Christian, RATEAU Jean, *Prélèvement de cornée*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, précité, p.259. Il est évident que la transparence de la cornée est un des éléments fondamentaux de l'esthétique d'un être humain, et que la restauration de l'éclat d'un regard, même si elle n'a aucun impact sur l'acuité visuelle du sujet, peut contribuer à améliorer grandement la qualité de sa vie. L'utilité d'une telle greffe est pourtant moindre que celle d'une greffe qui permet à un individu condamné à brève échéance de survivre.

2°) La décision de greffer : une application du critère de la proportionnalité avantages / risques

Il appartient au médecin de faire les choix techniques, son monopole n'a jamais été remis en cause sur ce point. Il convient toutefois de rappeler que, conformément aux règles du droit médical, il doit autant que possible associer le patient au choix de traitement et obtenir son consentement libre et éclairé. La décision médicale résultera généralement de l'étude des risques et avantages respectifs des différentes solutions possibles.

Le législateur est très lacunaire sur la définition du but du prélèvement : "*En vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti.*" [1] Pour que soit retenu le caractère thérapeutique, il faut d'une part que soit démontrée l'utilité de la greffe pour l'amélioration de la santé d'un receveur et d'autre part que soit respectée une balance avantages/risques positive. La justification de tout acte médical repose sur les deux critères d'utilité et de proportionnalité. L'examen de la situation précise amène à distinguer deux balances avantages/risques. Une première balance entre les avantages pour le receveur et les risques pour le donneur (a) et une seconde balance entre les avantages et les risques de la transplantation pour le receveur (b).

a) Première balance : les avantages pour le receveur par rapport aux risques pour le donneur

La spécificité de la greffe d'un organe prélevé "in vivo" réside dans l'implication de deux personnes dans l'acte médical, indépendamment du corps médical, le donneur et le receveur. Le donneur consent à un sacrifice - l'atteinte à son intégrité physique - sans espérer aucune amélioration de sa santé. L'acte de prélèvement est un acte chirurgical qui comporte donc, à ce titre, des lésions prévisibles et des risques opératoires imprévisibles.

Le fondement juridique de cette prise de risque est l'espoir de l'amélioration de la santé du receveur. Fait unique en droit médical [2], le droit tolère un risque physique dans un but curatif altruiste. Il faut déduire de la réglementation des transplantations d'organes que les risques encourus par le donneur doivent être proportionnés aux avantages escomptés pour le receveur. Le receveur doit avoir besoin d'une greffe : "*En cas de prélèvement sur une personne vivante, il est évident que doit avoir été reconnue la nécessité pour le receveur de recevoir la greffe d'organe.*" [3]

Ce besoin doit primer sur le sacrifice qu'est le prélèvement : "*Pour que l'état de nécessité autorise la transplantation, c'est notamment à la condition que les chances fournies par l'opération au receveur dépassent de loin les risques assumés par le donneur. Il faut non seulement exclure le sacrifice de la vie de celui-ci, mais même s'opposer à une diminution importante de sa personne.*" [4]

Les règles ordinaires de la responsabilité médicale ne tolèrent pas que l'on pratique une mutilation dans un but nullement ou même "faiblement" curatif pour la personne impliquée individuellement dans le processus thérapeutique. A fortiori, cette règle doit-elle trouver application, lorsque la mutilation du donneur - le prélèvement d'organe - est pratiqué au profit d'un tiers : le receveur. Le corps médical doit alors sélectionner un receveur (α), ce qui suppose l'émergence de critères de sélection (β).

---

[1] L. 22 déc. 1976, relative aux prélèvements d'organes, art.1, al.1.

[2] En dehors du don de sang et de l'expérimentation cf. infra 2ème Partie, Titre 1.

[3] O.N.M., *Commentaire du code de déontologie médicale*, précité, art.22, p.82.

[4] DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain.*, précité, p.90. La référence à l'état de nécessité n'est pas obsolète si l'on considère que la loi du 22 décembre 1976 est très largement inspirée par ce fait justificatif, qu'elle a incorporé de manière spécifique dans l'édifice législatif. cf. infra 2ème Partie, Titre 1, les prélèvements d'organes.

(α) La sélection d'un receveur

Le choix d'un destinataire du greffon prélevé ne peut se faire que dans la perspective d'optimiser l'utilisation de l'organe à transplanter. La société concède au corps médical des prérogatives exorbitantes du droit commun en lui permettant d'attenter à l'intégrité des cadavres et des êtres vivants, à la seule condition que ce soit dans un but curatif. La rareté des organes transplantables comparée à l'importance des demandes médicales de transplantation oblige les médecins à hiérarchiser les malades qui sont placés en situation de concurrence les uns par rapport aux autres. [1]

Rares sont les hypothèses où un médecin contemporain est aussi radicalement placé devant l'obligation de choisir entre plusieurs malades pour décider lequel d'entre eux il pourra traiter, au détriment des autres, pour lesquels l'attente devra se prolonger. La loi ne donne pas de guide à la conscience du médecin qui doit décider et trancher entre les intérêts médicaux de plusieurs bénéficiaires potentiels dont un, et seulement un, sera le bénéficiaire réel de la greffe.

Refuser de choisir serait constitutif d'une infraction pénale par omission. Si l'on considère que les différents receveurs sont en situation de péril. [2] L'abstention d'engager un traitement possible est une faute. Laisser mourir deux patients, plutôt que de choisir lequel des deux doit être prioritaire pour l'emploi d'un traitement quel qu'il soit, est une omission répréhensible. A fortiori, en matière de transplantation, où la matière thérapeutique est rare. L'emploi du greffon, sa valeur sur le plan médical doivent, plus que jamais, condamner l'abstention.

D'un point de vue individuel, il est nécessaire que la greffe, comme tout acte médical mutilant soit accomplie dans un but curatif mais, "*il est essentiel du point de vue social que le sacrifice consenti par le donneur d'organe ne demeure pas vain.*" [3]

(β) Les critères de sélection d'un receveur

Le choix du receveur appartient, in fine, à l'équipe médicale chargée de la greffe. La comparaison des intérêts en présence pose la question des critères utilisés pour décider de la transplantation. Il pourrait, en effet, être tentant de classer les individus selon des critères de "valeur sociale" pour légitimer le sacrifice des "hommes-inférieurs" au profit des "hommes-supérieurs". [4]

Le premier critère de sélection des receveurs est géographique, ce qui s'explique par un souci permanent de raccourcissement des délais entre le prélèvement et la greffe, paramètre important dans la réussite de l'opération. [5] C'est pourquoi, hormis les cas de super-urgence foie, un organe

---

[1] Le développement des prélèvements multi-organes permet, face à un donneur de prélever un grand nombre d'organes et de tissus pour greffer plusieurs receveurs différents. Mais sur le plan médical, les receveurs potentiels du cœur, par exemple, seront tacitement en compétition, sachant qu'un seul cœur pourra être greffé. Il faut choisir un receveur parmi plusieurs.

[2] Au sens des articles 63 C.pén. et 223-6 N.C.pén.

[3] DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain.*, précité, p.89.

[4] "Pour rendre la force et l'énergie à des animaux débiles, j'ai prélevé aux jeunes ce qui manquait aux vieux et j'en ai fait bénéficier ces derniers au détriment des premiers. Un tel procédé n'est guère applicable à l'homme. Il serait, en effet, peu charitable de priver un être jeune d'une source d'énergie pour en faire profiter un homme âgé, quoique dans certaines circonstances exceptionnelles cela serait à souhaiter. Le relèvement de l'énergie vitale, de la force de production d'un Pasteur vaut bien une légère mutilation d'un robuste porte-faix.", VORONOFF Serge Dr., *Vivre, étude des moyens de relever l'énergie vitale et de prolonger la vie.*, Grasset, 1920, pp.149-150. Les critiques déjà répandues sur l'existence d'une médecine à deux vitesses, favorisant les puissants, délaissant les misérables, resurgiraient avec force si l'on tolérait des prélèvements fondés sur des critères d'argent et/ou de "valeur sociale" des individus.

[5] D'où le surcroît de précautions développées en matière de transplantations cardiaques: "La sélection de deux malades compatibles dans la liste d'attente d'une même équipe est préférable lorsque cela est possible. Ceux-ci sont immédiatement contactés et leur transport assuré jusqu'à l'hôpital dans les délais les plus brefs. La sélection de deux candidats vise à se prémunir contre la survenue d'une contre-indication temporaire à la greffe chez l'un d'entre eux (infection cutanée, soins dentaires en cours, etc...). Cette précaution permet d'éviter de perdre de précieuses heures, pouvant à l'extrême conduire à la perte d'un cœur fort précieux, au prix d'un retentissement psychologique non négligeable pour le candidat non retenu.", CABROL C. et autres, *prélèvement de cœur et cœur-poumons.*, in *Les prélèvement d'organes pour la transplantation.*, Doin, 1992, p.177.

prélevé sera tout d'abord proposé aux équipes locales de transplantation, à défaut de receveur, l'organe sera proposé au niveau régional, puis national et même international. [1]

Le premier critère médical déterminant est celui de la compatibilité greffon/receveur. Quel que soit l'organe concerné, il faut respecter la condition d'identité du groupe sanguin. [2] Ces précautions préalables visent à maximiser les chances de réussite de la greffe, sachant que le rejet est un échec définitif pour le greffon et souvent dramatique pour le receveur.

Un second critère médical repose sur les particularités physiques de l'organe. Il convient, en effet, de comparer le poids, la taille et le volume de l'organe à greffer avec l'anatomie du receveur. [3] Les spécialistes parlent d'appariement poids-taille. [4]

Un troisième critère médical repose sur l'état général du receveur. Deux conceptions s'opposent sur ce point. Certaines équipes privilégient la gravité du pronostic vital pour décider d'une greffe, fût-ce au détriment des critères de compatibilité. D'autres équipes, au contraire, préfèrent rechercher la meilleure efficacité possible pour l'opération de transplantation, en sélectionnant le receveur le plus compatible, dont l'état de santé permettra de supporter au mieux l'intervention. [5]

Le critère de proportionnalité est au cœur de cette polémique. Si un receveur est dans un état désespéré, les risques sont faibles mais l'avantage aussi. Si le receveur est un malade ordinaire et la greffe un moyen thérapeutique parmi d'autres, les risques et les avantages escomptés sont importants. Comment choisir entre ces deux receveurs si ce n'est pas l'emploi de critères subsidiaires ? A égalité d'utilité et de proportionnalité, certains préconisent une référence à l'âge du receveur, soit pour définir des seuils au delà desquels il n'est pas "souhaitable" de greffer [6], soit pour instaurer une règle de privilège au receveur le plus jeune.

A égalité de sacrifice pour le donneur, il est souhaitable que le corps médical choisisse le receveur pour lequel la greffe est l'acte médical le plus utile. C'est pourquoi, dans la plupart des cas, le recours à une transplantation d'organe est décidé après l'échec des moyens thérapeutiques traditionnels ce qui n'est pas rationnel. Attendre, c'est risquer de perdre un organe car la greffe ne sera plus utile au receveur ; anticiper c'est priver de greffe un receveur en plus grand danger de mort que le greffé.

Nous estimons que la licéité de la greffe doit être plus directement liée à l'intérêt de la santé personnelle du receveur.[7] La finalité thérapeutique de la greffe doit être appréciée principalement

---

[1] IGAS, *Rapport sur les transplantations d'organes en France.*, précité, pp.29-30. La localisation s'établit en fonction de l'établissement habilité à pratiquer le prélèvement sur le donneur, d'où l'intérêt pour les receveurs en attente de greffe d'être hospitalisés dans de grands centres hospitalo-universitaires, plutôt que dans de petits hôpitaux périphériques...Cet état de fait entraîne une spécialisation de certaines équipes.

[2] Cette règle ne peut être transgressée que dans des hypothèses de super-urgence foie dans lesquelles la survie du malade dépend entièrement d'une greffe en extrême urgence, indépendamment des considérations de groupe sanguin. Certains organes nécessitent la vérification de conditions supplémentaires de compatibilité biologique. Transplantation rénale par exemple, groupages tissulaires, immunologiques, plus recherche des antigènes et anticorps.

[3] Les greffes de cœur, de poumons et de reins ne donnent pas une grande souplesse aux médecins, qui doivent essayer d'adapter la morphologie de l'organe prélevé à l'organisme du receveur, sans pouvoir modifier le greffon. Les greffes de foie, au contraire, permettent, le cas échéant de réduire la taille du greffon. Cette technique a au moins deux intérêts, qui sont de permettre la greffe d'un foie adulte sur un enfant et même de partager un foie unique pour greffer deux receveurs différents. AZOULAY D., ADAM R., BISMUTH H., *prélèvement de foie.*, précité, pp.223-224..

[4] Cf: AZOULAY D., ADAM R., BISMUTH H., *prélèvement de foie.*, précité, p.211. L'amélioration des techniques d'adaptabilité des organes, augmente l'interchangeabilité des greffons et rend crucial l'établissement de règles cohérentes de répartition entre les différents receveurs potentiels qui sont aujourd'hui plus nombreux qu'hier, pour un même greffon. "Récemment ces techniques ont été perfectionnées, permettant de réaliser la greffe chez un enfant dont le poids est douze fois inférieur à celui du donneur.", HOUSSIN D., *1989 : La transplantation hépatique n'est pas un produit fini.*, in *La transplantation d'organes.*, JEPU-Arnette 1989, p.202.

[5] Jusqu'à quand faut-il attendre ? La mission de l'I.G.A.S. n'a pas voulu trancher entre les partisans de l'urgence et les adeptes de la patience. cf.IGAS, *Rapport sur les transplantations d'organes en France.*, précité, p.187.

[6] Pour la greffe cardiaque, "la limite d'âge a été relevée à 60 puis à 65 ans à condition que l'état physiologique du receveur le permette", pour la greffe cardio-pulmonaire la limite est fixée à "un âge supérieur à 50 ans, l'expérience ayant montré que les succès étaient beaucoup moins fréquents après cet âge.", CABROL C. et autres, *Transplantations cœur et cœur-poumons.*, précité, p.86.

[7] "La maladie du receveur et le but curatif personnel de la transplantation effectuée sont indispensables à la licéité de la greffe du cœur. (...) La médecine rejoint ici la morale et le droit. Il lui appartient d'apprécier la maladie du receveur et le caractère curatif de la

par rapport au receveur. Le receveur sélectionné pour bénéficier du greffon doit être celui pour lequel la balance avantage de la greffe, par rapport aux risques de la greffe, est le plus positif.

b) Seconde balance : les avantages pour le receveur par rapport aux risques pour le receveur

L'acte de greffe ne déroge pas aux règles définies pour les actes médicaux dans leur ensemble. Une transplantation d'organe ne sera licite qu'autant qu'elle aura pour but d'apporter plus de bénéfice à la santé du receveur (α), qu'elle ne lui fait courir de risques (β). Cette condition de proportionnalité sera plus facilement respectée chaque fois que la greffe aura pour but de sauver la vie du patient condamné. Lorsqu'elle est une des options thérapeutiques offertes au corps médical, il est important de vérifier que la décision opératoire est le fruit d'une analyse des avantages espérés par rapport aux risques prévisibles.

Les règles ordinaires préconisent de préférer, à égalité de vertu thérapeutique, la thérapie la moins mutilante : "*S'il existe pour le malade une méthode thérapeutique qui permette, sans compromettre les chances de guérison, d'éviter une mutilation, elle sera préférée.*" [1] C'est pourquoi les praticiens n'utilisent jamais la greffe comme un moyen thérapeutique ordinaire, en raison de son caractère irréversible, en particulier chez l'enfant. [2]

(α) les avantages de la greffe d'organe

Il n'y a pas, dans l'histoire médicale française, d'exemple de greffes d'organe décidées et pratiquées dans d'autres buts que l'intérêt de la santé du receveur. Les médecins refuseraient, à juste titre, une greffe sur un individu sain et même le traitement par transplantation d'une simple gêne ou d'un léger handicap dans la vie du receveur.

L'utilité de la greffe future ne peut être analysée qu'au regard de la nature de l'affection du receveur, du moment de l'intervention dans la chronologie de la maladie [3] et de l'espoir d'amélioration de sa santé. Pourtant, la greffe est à l'heure actuelle un acte curatif de substitution qui n'est décidé que lorsque les autres moyens thérapeutiques ont échoué.

Dans certains cas exceptionnels la transplantation est choisie parce qu'elle offre plus d'utilité pour l'amélioration de la santé du malade ou un meilleur rapport avantage/risque que les autres possibilités thérapeutiques. Cette hypothèse est celle des insuffisants rénaux qui peuvent être traités par la dialyse et de certains cardiaques ou insuffisants respiratoires pour lesquels existent des machines destinées à soutenir artificiellement la fonction cardio-respiratoire.

Le problème se pose dans les mêmes termes chaque fois qu'il existe plusieurs thérapies possibles, dont la greffe. Dans le cas où plusieurs voies restent ouvertes, à égalité ou équivalence de chances de guérison et de contraintes, nous pensons qu'il appartient au patient de pouvoir choisir. Il importe, en effet, que le patient puisse choisir entre deux situations qui concernent sa vie la plus personnelle. Ainsi en est-il pour un insuffisant rénal qui doit pouvoir choisir de supporter toute sa vie l'astreinte d'une séance bi-hebdomadaire de dialyse ou de préférer le risque et l'espoir d'une greffe de rein.

---

transplantation cardiaque envisagée qui sont les conditions juridiques indispensables de la licéité de l'opération.", COSTE-FLORET Paul, *La greffe du cœur devant la morale et devant le droit.*, R.S.C.1969, pp.794-795.

[1] O.N.M., *Commentaire du code de déontologie médicale*, précité, art.22, p.76.

[2] "Le choix est souvent difficile, mais les lourdes conséquences psychologiques et économiques de la transplantation sur la vie de l'enfant et de sa famille, associées au risque du traitement immunosuppresseur, amènent habituellement à choisir la chirurgie palliative d'abord, pour se réserver la possibilité ultime de transplanter l'enfant.", TAMISIER Daniel, VOUHE Pascal, *Prélèvement de cœur chez l'enfant*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, précité, p.276.

[3] "Le problème posé n'est pas tant celui des indications que celui du moment où il faut prendre la décision de l'intervention et de la façon dont il faut considérer celle-ci : comme une option thérapeutique ou comme un ultime recours.", IGAS, *Rapport sur les transplantations d'organes en France.*, précité, p.136.

Aussi lorsqu'il faudra comparer différents receveurs potentiels faudra-t-il considérer que celui dont la vie peut être sauvée par la greffe a objectivement plus d'avantages à être greffé que celui dont la survie n'est pas en cause. [1] Celui à qui la greffe peut apporter une large amélioration de sa qualité de vie, a plus d'avantages à être greffé que celui dont la qualité de vie ne sera que faiblement améliorée. [2] Encore faut-il analyser les risques de la greffe pour chaque individu.

(β) Les risques de la greffe d'organe

Une fois admis le diagnostic d'une indication possible de greffe, en raison de la détérioration fonctionnelle d'un organe, il faut au médecin, désireux de proposer une telle thérapeutique, envisager les risques immédiats et prévisibles de l'acte opératoire. La transplantation comporte, à l'évidence, tous les risques déjà définis en matière chirurgicale. [3]

La transplantation diffère des actes chirurgicaux "traditionnels" par la spécificité de la démarche technique qui comporte trois phases. Non seulement l'organisme du receveur est "ouvert" mais il est amputé d'une de ses composantes, puis on y implante une matière étrangère. La nature de cette matière est synonyme de risques particuliers. Un greffon sain est un facteur de trouble pour l'organisme hôte, dans la mesure où la greffe fait cohabiter deux éléments qui n'ont pas la même origine, ni les mêmes caractères spécifiques. C'est pourquoi il faut analyser le groupage tissulaire du donneur pour connaître les chances de compatibilité avec le receveur. A défaut de vérification, on risque des accidents comparables aux cas d'erreur de groupage sanguin.

Les risques de la transplantation reposent également sur la possibilité de transmettre des virus et des maladies au receveur par l'implantation d'un organe non-sain. "*Des antécédents de néoplasie chez le donneur contre-indiquent le prélèvement en raison de la possibilité de transmettre un cancer par le greffon.* [4]

Une des particularités spécifiques de la transplantation réside dans l'engagement à long terme que signifie obligatoirement la greffe. [5] L'acte de greffe dépasse le simple remplacement d'un organe usagé par un organe sain, car il engage le receveur dans un processus thérapeutique complexe et prolongé. Il faut briser les défenses internes de l'organisme qui lutte naturellement contre toutes les agressions extérieures en développant une stratégie adaptée. Le corps repousse le greffon en le détruisant, c'est le mécanisme du rejet.

Or, les succès contemporains des transplantations d'organes reposent sur la découverte de molécules nouvelles qui agissent sur le système immunitaire pour en affaiblir les mécanismes et

---

[1] C'est pourquoi l'hépatite fulminante est prioritaire sur la cirrhose du foie.

[2] Celui qui doit être dyalisé trois fois par semaine doit primer sur celui qui n'est dyalisé que deux fois par mois (greffe de rein), celui qui peut recouvrer la vue doit primer sur celui qui veut une amélioration esthétique (greffe de cornée).

[3] Le receveur encourt les risques d'une anesthésie générale et toutes les contraintes qui naissent d'une "ouverture" du corps humain, qui est toujours une rupture de l'étanchéité de la peau donc une voie possible pour tout intrusion éventuellement nuisible. Le choc opératoire, les aléas techniques, les perturbations organiques générées ne peuvent pas toujours être évalués au préalable avec précision, ils n'en doivent pas moins être pris en compte. "Loin d'être entrées dans la routine, les transplantations hépatiques et cardio-pulmonaires font appel à des techniques sophistiquées exigeant un temps prolongé en salle d'opération. Les suites post-opératoires immédiates nécessitent un séjour en réanimation ou unité de soins intensifs ; elles sont parfois périlleuses, grevées de complications. La sévérité de ces dernières peut obliger à réitérer la transplantation.", IGAS, *Rapport sur les transplantations d'organes en France.*, précité, pp.95-96.

[4] HAILLOT Olivier, *Prélèvement de rein.*, précité, p.120. Certains praticiens racontent le drame survenu, semble-t-il aux Etats-Unis, ou un multiprélèvement sur un donneur, apparemment séro-négatif, aurait communiqué le virus du S.I.D.A. à une cinquantaine de receveurs de ses organes et tissus. les tests actuels portent sur la détection de hépatite C., H.I.V., CMV, HTLV1 et 2, EBV et toxoplasmose. cf. BIRMELE Béatrice, LEBRANCHU Yvon, *Groupages tissulaires et sérologies virales et parasitaires.*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation.*, précité, pp.95-97.

[5] "Le succès d'une transplantation d'organe dépend d'un compromis entre d'une part l'immunodépression nécessaire pour éviter le rejet de la greffe, et d'autre part le maintien d'une compétence immunitaire suffisante pour protéger le receveur contre les infections. En outre, le traitement immunosuppresseur a des effets toxiques propres variant avec chaque médicament.", KORINEK A.M., *Les complications du traitement immunosuppresseur.*, in *La transplantation d'organes*, JEPU-Arnette 1989, p.279.

contraindre l'organisme à tolérer la présence du greffon. [1] La prévention du mécanisme de rejet est une préoccupation permanente des médecins-traitants des greffés, car la cessation de l'administration des produits anti-rejet entraîne da facto la destruction du greffon. Les greffés sont engagés dans une voie thérapeutique permanente ! "*Tout malade ayant fait l'objet d'une transplantation doit être soumis à vie à un traitement immuno-suppresseur.*" [2]

On conçoit que les effets secondaires graves de ces médicaments [3], cumulés à leur absorption continue à vie, constituent un risque et une contrainte qui doivent peser sur la décision de pratiquer une transplantation. Aussi pourrait-il être fâcheux d'engager dans la voie de la transplantation des patients dont on peut savoir a priori, qu'ils ne pourront se soumettre régulièrement et définitivement au traitement anti-rejet. [4]

D'autre part, la littérature médicale définit, pour chaque organe, un certain nombre de contre-indications qui sont autant de situations pathologiques qui doivent alerter les médecins sur les risques particuliers de chaque greffe. Une infection non contrôlée, un diabète non-stabilisé, une hypertension artérielle pulmonaire sont, par exemple, des circonstances de fait qui constituent des contre-indications très importantes. [5]

Aucun médecin ne devrait franchir ces prohibitions médicales et pratiquer une greffe d'organe, les espoirs de réussite de l'opération étant quasiment nuls. [6] Cette situation se rapproche de la notion d'acharnement thérapeutique. [7] Le médecin n'est pas obligé de tenter une greffe d'organe, dès lors que l'espoir de survie est quasi-nul. Nous pensons même qu'une greffe tentée par un médecin qui aurait conscience de son absence totale de chance de réussite serait illicite en raison du défaut d'utilité thérapeutique directe.

Le greffon utilisé pour améliorer la santé du receveur est dans la plupart des cas d'origine humaine, mais il faut envisager la licéité de l'utilisation des greffons d'animaux.

3°) La question particulière des xéno-greffes

Les produits d'origine animale sont une des composantes de la pharmacopée au même titre que les produits d'origine végétale et minérale. [8] Le règne animal présente l'avantage essentiel d'offrir une grande variété d'espèces, qui peut être élevé en grand nombre d'individus et qui ne bénéficie pas

---

[1] Les produits médicamenteux utilisés sont les corticoïdes, l'aziathioprine, la cyclosporine, le sérum anti-lymphocytaire, les anticorps monoclaux. cf. SOULILLOU J.P., *Immunosuppression des receveurs d'allogreffes, moyens et buts*, in *La transplantation d'organes*, précité, pp.255-264.

[2] Inspection Générale des Affaires Sociales, *Rapport sur les transplantations d'organes en France.*, précité, p.96.

[3] "La ciclosporine exerce non seulement une activité immunosuppressive mais aussi un effet néphrotoxique pas toujours lié à un excès de dose.", ROTTEMBOURG J., *L'utilisation optimale de la ciclosporine en transplantation d'organes*, in *La transplantation d'organes.*, précité, p.265.

[4] C'est le cas, en particulier de certains non-résidents français dont les pays d'origine n'ont pas une organisation pharmaceutique suffisante pour assurer le traitement. Le problème peut se poser aussi en termes monétaires, concernant le coût du traitement et en termes culturels, concernant le niveau de compréhension du patient quant à l'importance et aux moyens d'assurer un traitement régulier.

[5] CABROL Christian, *Prélèvement de cœur et cœur poumons.*, précité, pp.170-171.

[6] "La sélection des candidats doit conduire à l'exclusion des enfants dirigés trop tard vers un centre de transplantation, comme certains cas d'atrésie en état cachectique avec une ascite incontrôlable.", VALAYER J., YANDZA T., GAUTHIER F., De DREUZY O., *Prélèvement en vue de la transplantation hépatique pédiatrique.*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation.*, Doin, 1992, p.290.

[7] On peut reprocher au médecin d'accomplir des actes médicaux qui n'ont plus de chances statistiques d'être efficaces. Ce qui n'est pas incompatible avec l'incrimination de l'omission de porter secours, à partir du moment où le malade non-greffable, n'est pas abandonné mais continue à être pris en charge sur le plan médical. Il existe toujours des actes médicaux utiles, même pour le malade en situation désespérée, ne serait-ce que le traitement de la douleur ou le soulagement des affections annexes non liés à la maladie principale.

[8] On trouve ainsi dans la composition des médicaments quelques vestiges des préparations pharmaceutiques qui rappellent les méthodes des apothicaires de l'Ancien-Régime. Les bovins, les porcins, les chevaux, les poissons, les insectes, ont tous largement donné à l'humanité souffrante. Pommades cicatrisantes d'origines bovine, insuline d'origine porcine, sérum d'origine équine, huile de saumon contre le cholestérol, poudre de la mouche cantharide aux vertus vésicatoires et peut-être aphrodisiaques...

d'une protection juridique très élaborée devant les juridictions répressives. Sur le plan biologique, il existe des animaux dont les caractéristiques sont proches de celles de l'homme, c'est le cas en particulier pour certains singes et dans certains cas pour le porc. La science médicale a trouvé en l'animal un producteur de matière thérapeutique et un sujet d'expérimentation.

Il est, aujourd'hui, techniquement concevable de prélever sur un animal, vivant ou mort, un organe ou un tissu pour le greffer sur le corps d'un homme malade. Or, le droit pénal français ne se préoccupe du sort des animaux que pour sanctionner certains comportements humains cruels à leur égard, ce sont les incriminations des mauvais traitements et des actes de cruauté [1], ou pour réglementer les expérimentations sur les animaux vivants. [2] La lecture de ses dispositions pénales permet de penser que la mise à mort volontaire dans le but de prélever sur l'animal un organe ou un tissu utile à la thérapie d'un homme n'est pas prohibée par le Code pénal, dès lors qu'aucune souffrance n'est infligée à la bête.

Le droit pénal ne s'opposerait pas à la création de cheptels destinés à constituer des viviers de matière thérapeutique, ni à la mise à mort d'animaux aux fins de prélèvements dans un but de greffe, à la condition de ne pas faire souffrir les "donneurs". "*Si les droits de l'animal peuvent exister, le conflit d'intérêt entre ces droits et ceux de l'homme penche au profit de ces derniers lorsqu'il s'agit d'en préserver la vie.*" [3]

Il n'y a donc aucun empêchement juridique à la pratique de la xéno-greffe. Tant que la pratique est expérimentale, les normes juridiques sur l'expérimentation animale et sur l'expérimentation humaine trouvent application dans leur domaine de protection respectif. [4] Si la pratique dépasse le stade expérimental, elle doit être soumise aux règles ordinaires de licéité de l'acte médical.

Après avoir exposé les indications de xénogreffes et le lien avec la notion d'acte thérapeutique (a), il faut insister sur le rôle prépondérant à accorder au sujet de la greffe dans la justification pénale de cet acte thérapeutique extraordinaire (b).

a) Les indications de xéno-greffe et la notion d'acte thérapeutique

La question des xéno-greffes constitue un excellent prolongement de la question de la justification de l'acte thérapeutique original qu'est la greffe, car l'histoire montre des exemples de projets de greffes d'origines animales nettement éloignées de la perspective thérapeutique. Un auteur, peu suspect d'affabulation, rapporte le phantasme démentiel d'une artiste célèbre qui voulait se faire greffer une queue de tigre. [5] La quête éternelle d'une source de jouvence poussa les médecins à expérimenter des procédés parfois surprenants. [6] Leurs conclusions conduisaient à préconiser la greffe d'organe d'origine animale. C'est ainsi qu'en 1920, le Dr VORONOFF pouvait

---

[1] Art.453 C.pén. et R.38-12°.

[2] Art.454 C.pén. et décret n°87-848 du 19 octobre 1987.

[3] BYK Christian, *Les aspects juridiques des xénotransplantations*, J.C.P. 1992-I-3633, n°31.

[4] Cf. infra 2ème Partie, Titre 1, l'expérimentation.

[5] "On connaît, d'autre part, la fameuse excentricité à laquelle voulut se livrer Sarah Bernhardt au temps de sa folle jeunesse : n'avait-elle pas eu l'idée de se faire greffer sur les reins une queue de tigre ? Reynaldo Hahn a raconté l'histoire. Un chirurgien, dont il tait le nom, s'était chargé de l'opération ; il fallut que les amis de l'actrice, alarmés par cette folie, interviennent énergiquement auprès du praticien pour qu'elle renonce à sa lubie.", KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, Flammarion 1957, p.863, note 555.

[6] Ainsi BROWN-SEQUART, (1817-1894), en 1896 "s'étant fait injecter du suc glandulaire de bélier obtenu par la trituration des organes sexuels de cet animal, il a récupéré à 70 ans la force et l'énergie de la jeunesse avec des manifestations qu'il n'avait plus connues depuis des années." , VORONOFF Serge Dr., *Vivre, étude des moyens de relever l'énergie vitale et de prolonger la vie.*, Paris, Grasset, 1920, p.95. Le docteur VORONOFF, (1866-1951), expérimenta la greffe de testicules sur des boucs et des béliers avant de préconiser le passage à la thérapeutique humaine. Il relate plusieurs opérations de greffes de glande thyroïde prélevée sur un singe au profit d'enfants atteints de lésions incurables, stoppant leur croissance tant physique que mentale. Il en décrit les succès brillants. 5 décembre 1913, Jean G. 14 ans, greffe du lobe droit de thyroïde de grand singe papion, pp.162-175, 1916, greffe de glande thyroïde de chimpanzé, p.178.

écrire : "*Il y a donc lieu d'admettre que la greffe d'un organe de singe à l'homme peut être assimilée à la greffe de l'homme à l'homme, homogreffe.*" [1]

Les recherches actuelles en matière de xéno-greffes semblent s'orienter uniquement vers l'utilisation de l'organe animal en tant qu'organe de substitution dans l'attente d'un organe humain compatible. Seules des situations d'extrême urgence et d'absence de greffon doivent permettre de telles implantations. Dans l'attente de règles juridiques ou déontologiques précises sur la licéité des xéno-greffes, les recherches scientifiques continuent. [2]

La question essentielle n'est pourtant pas celle de la validité scientifique de telle ou telle méthode mais plutôt de la licéité de son emploi. Or, si la recherche de la guérison d'une maladie incurable est une finalité objectivement curative, la lubie d'une actrice un tant soit peu illuminée ou les caprices d'une belle vieillissante ne peuvent être placés sur le même plan.

Il faut, selon nous, démontrer une utilité directe réelle pour justifier l'opération de greffe qui ne saurait faire partie des thérapies employées pour l'amélioration du seul confort d'un individu. L'acte de greffe est un acte médical particulièrement risqué, parce qu'il bouleverse l'ensemble de l'organisme du receveur. Comme pour tout acte médical, le médecin doit recueillir préalablement le consentement libre et éclairé du sujet. En matière de xéno-greffe le consentement du greffé doit, selon nous, être déclaré incontournable.

b) Le rôle prépondérant du consentement en raison de la nature du greffon

Quelques expériences récentes de greffes d'os de veau sont restées discrètes. [3] Nul n'a, semble-t-il, songé à étudier la question de la xénogreffe jusqu'à la fin des années 1980. L'opinion publique a été particulièrement ébranlée par l'annonce en 1987 de la greffe sur un nouveau né d'un cœur de babouin. Bien que cet acte soit resté isolé, il faut analyser la licéité de telles greffes en insistant sur l'exigence d'un consentement particulièrement éclairé (α) et en niant le rôle dérogatoire de l'urgence en la matière (β).

(α) Un consentement particulièrement éclairé

Le respect des conditions ordinaires de la justification pénale du médecin, diplôme, consentement du patient-receveur, utilité thérapeutique, proportionnalité et qualité technique de l'acte s'imposent. En matière de xénogreffe, un élément essentiel sera, selon nous, la qualité de l'information préalable du receveur. On comprendrait mal qu'un patient puisse, un jour, sortir d'un établissement hospitalier où il aurait subi un acte grave sans savoir précisément qu'on a remplacé un de ses organes par un organe d'origine animale.

Si l'information du patient sur les spécificités techniques des moyens peut parfois être simple, sous réserve d'être intelligible et loyale, il est fondamental que cette information soit particulièrement détaillée et précise dès lors que les moyens employés confinent à des valeurs extrêmement sensibles.

---

[1] VORONOFF Serge Dr., *Vivre,* précité, p.188.

[2] Ainsi en matière de greffe de foie : "Dans de nombreux cas un greffon n'est pas trouvé à temps. Ceci explique que plusieurs équipes travaillent à mettre au point d'autres moyens d'obtention de greffons hépatiques (cadavre à cœur arrêté, donneur vivant apparenté, xénogreffe).", HOUSSIN D., *1989 : La transplantation hépatique n'est pas un produit fini.*, précité, p.202. Nous espérons que le terme de cadavre à cœur arrêté signifie techniquement, donneur en état de mort cérébrale, sans quoi il s'agit juridiquement non pas d'un cadavre mais d'une personne vivante, cf. infra 2ème Partie, Titre 1, les prélèvements d'organes.

[3] "La banque d'os conserve dans des récipients stériles à très basses températures des fragments d'os compacts ou d'os spongieux, prélevés sur un sujet décédé, ou sur un membre amputé (homo-greffes osseuses) ou même sur un animal (hétérogreffes dont les plus utilisées proviennent de l'os de veau).", BLONDEAU Philippe, *Possibilités et limites actuelles des greffes en thérapeutique humaine.*, C.Laën. 1956, p.7.

Nous concevons aisément que l'on puisse refuser de recevoir dans son corps une adjonction d'un organe ou d'un tissu animal. Cette opinion personnelle doit être strictement respectée par le corps médical sans quoi il faudra constater, sur le plan pénal, que l'acte n'a pas été réalisé avec le consentement libre et éclairé du patient. Le défaut de consentement empêchant d'invoquer le fait justificatif de permission tacite de la loi, le médecin qui grefferait un organe animal, contre le gré ou sans l'accord exprès et éclairé du patient, pourrait, selon nous, être poursuivi pour mutilation volontaire.

(β) L'urgence peut-elle imposer une xéno-greffe ?

L'urgence pourrait-elle dans certains cas extrêmes remplir les conditions de l'état de nécessité ? Imaginons l'hypothèse d'un individu en attente d'une greffe de cœur alors qu'aucun organe n'est "disponible". La dégradation de son état de santé empêche aux machines artificielles de suppléer aux fonctions cardio-respiratoires et à défaut de greffe cardiaque il est irrémédiablement condamné. Le chirurgien, le cardiologue, peuvent-ils, même contre la volonté du patient, tenter de le sauver en lui greffant le cœur d'un singe pensionnaire du laboratoire de zoologie voisin ? [1]

Le fait justificatif d'état de nécessité pourrait être invoqué. En transgressant la volonté du patient les médecins veulent sauvegarder sa vie, valeur supérieure. La balance semble pencher en faveur de la justification. Nous pensons pourtant qu'il est anormal de contraindre par un tel choix thérapeutique un individu à vivre dans des conditions qui peuvent être spirituellement traumatisantes.

Nul n'a le droit d'imposer à autrui de vivre avec une partie de son corps d'homme remplacée par une partie d'animal, même au risque de mourir. "*S'il revient à la société de définir, au nom de sa conception de la dignité humaine, des interdits absolus, il appartient, en revanche, à l'individu de faire connaître ses interdits personnels.*" [2] Une des dernières libertés humaines est de ne pas être contraint à mener une existence inhumaine. Si l'on considère que l'homme conserve un droit de ne pas se soigner, on ne peut le forcer à vivre avec une intégrité physique dénaturée, mi-homme, mi-animal.

Sur le plan psychiatrique on ne peut mesurer l'impact que constituerait la condamnation d'un homme à être une véritable chimère. Les mécanismes psychologiques du rejet des greffes, que l'on pressent être presque aussi puissants que les mécanismes immunologiques, sont des défenses instinctives contre les mutilations contre-natures. Si l'on en croit les théories darwinistes de la sélection naturelle qui expliquent l'élimination spontanée des monstres, on peut espérer que la médecine, qui favorise déjà la survie d'êtres humains naturellement mal conformés pour une vie "ordinaire", ne dérive pas vers la création systématique de centaures. La médecine ne doit pas devenir une branche de la tératologie.

Il n'y a pas, dans l'état actuel du droit, de fait justificatif pour légitimer la greffe d'organe d'origine animale sans le consentement parfaitement libre et éclairé du receveur. L'état de nécessité ne pourrait pas justifier une xéno-greffe non-consentie car l'atteinte à la dignité humaine par la dénaturation du corps est une valeur inférieure à la sauvegarde d'un individu.

---

[1] On rejoint ici l'hypothèse des témoins de Jéhovah refusant une transfusion sanguine ou des grévistes de la faim refusant l'alimentation cf. infra, 2ème Partie, Titre 3, l'urgence.

[2] BYK Christian, *Les aspects juridiques des xénotransplantations*, précité, n°11.

Conclusion du Chapitre 2

La médecine, autrefois qualifiée d'art conjectural, consiste encore aujourd'hui à gérer des risques. La technique et la prudence ne peuvent pas totalement supprimer les risques liés à la spécificité du terrain médical : l'être humain. Or, comme la condition préalable à toute intervention médicale est l'existence d'une utilité personnelle pour la santé du soigné, le médecin doit, lors de l'établissement d'un projet thérapeutique, prendre en compte et évaluer avec précision les risques que son action va créer.

Un choix thérapeutique n'est licite qu'à la condition qu'il présente une balance avantages / risques positive. Cette condition est parfois appelée : condition de la "raison proportionnée". L'atteinte au corps humain est illicite si elle vise à procurer à l'individu soigné plus de "mal" qu'elle ne laisse espérer de "bien". Cette condition de proportionnalité des avantages escomptés par rapport aux risques encourus constitue un second critère de justification de l'acte médical, après celui de l'utilité. Le critère de proportionnalité est également le critère du choix médical licite en cas de pluralité de stratégie possible. A égalité d'utilité thérapeutique, le médecin doit choisir le geste, le produit ou la méthode qui présente la meilleure balance avantage/risque pour le soigné.

La conscience individuelle de chaque praticien le guide généralement vers la meilleure stratégie thérapeutique. Aucune règle de droit ne prévoit de faire valider *ex ante* les décisions médicales, et nul magistrat ne peut, en principe, interférer a priori dans le choix du médecin (sauf dans certains cas pour le traitement d'un enfant mineur comme nous le verrons infra). L'appréciation de la responsabilité pénale du décideur intervient a posteriori. Si la stratégie médicale a abouti à un choix contraire à la "raison proportionnée", son auteur perdra le bénéfice de la permission légale implicite.

La condition de proportionnalité est un moyen de répression des excès de confiance, de la témérité ou de l'inconscience médicale. La non justification pénale de l'activité médicale pour non respect de la condition de proportionnalité reste exceptionnelle. Il faut espérer que "*dans ces situations où les plus graves intérêts peuvent se trouver engagés, l'agent conservera généralement une immense confiance en sa capacité de juger, en son «bon sens» personnel et en son «honnêteté foncière», sinon pour lui désigner toujours le meilleur parti, en tout cas pour lui éviter de franchir le seuil de l'injustifiable...*" [1]

La dernière composante de la justification de l'activité médicale liée à l'acte médical est la qualité de l'acte.

---

[1] VERHAEGEN Jacques, *L'humainement inacceptable en droit de la justification*, in *Licéité et références légales aux valeurs*, P.U.Louvain, Bruxelles Bruylant 1982, p.148.

Chapitre 3 : la qualité de l'acte médical

Pour que l'acte médical d'atteinte au corps soit pénalement toléré, il faut comme troisième condition de justification que l'acte soit de "bonne qualité". Si l'acte cause, par suite d'une erreur, d'une maladresse, d'une négligence etc..., une atteinte supplémentaire au corps, il y aura engagement de responsabilité civile, voire pénale.

La société peut apprécier la qualité de l'acte médical et définir ainsi l'acte de "bonne qualité" par deux moyens.

- D'une manière directe ou positive : l'acte doit être "conforme aux données actuelles de la science". Cette formule est utilisée par le juge, à défaut de définition légale, non pas pour dicter une liste normative de comportements à adopter (il ne peut pas faire œuvre normative), mais pour apprécier une éventuelle faute, donc pour traiter la seconde approche.
- D'une manière indirecte ou négative : l'acte ne doit pas être fautif. C'est au juge qu'il appartient de trancher le litige qui lui est soumis et qui porte sur la qualité d'un acte médical.

Pour apprécier l'importance de la "bonne qualité" d'un acte médical sur la justification, il convient de faire référence à la faute d'imprudence (section 1), puis d'étudier les liens entre la faute d'imprudence et la justification de l'activité médicale (section 2).

Section 1 : La référence à la faute d'imprudence du médecin

Dans le domaine médical, une atteinte au corps humain est généralement le fruit d'un comportement conscient et volontaire, mais le fait d'attenter à l'intégrité corporelle est source d'effets induits, qui eux, ne sont pas toujours souhaités par l'acteur. Or, le droit pénal assure l'intangibilité du corps humain en réprimant les comportements volontaires et involontaires.

Le caractère altruiste de la mission médicale n'annihile pas le fait qu'un acte médical peut être imprudent : c'est-à-dire de "mauvaise qualité". "*Le mobile le plus fort de toute l'activité humaine est qu'il conduit à de splendides accomplissements comme aussi à de belles imprudences.*" [1]

Après avoir exposé le principe de la répression pénale du comportement imprudent (§1), il faudra étudier l'application de ce principe à l'activité médicale (§2).

§1) La répression pénale du comportement imprudent

Le législateur, pour protéger totalement l'intégrité corporelle et la vie humaine, a incriminé séparément les atteintes volontaires et les atteintes involontaires contre le corps d'autrui. Se rend donc également délinquant celui qui a la conscience et la volonté de commettre une violence prohibée et celui qui, sans vouloir attenter à la santé d'autrui, est involontairement l'auteur d'une faute pénale d'imprudence qui cause un préjudice corporel à une victime.

Le Nouveau Code pénal punit les "atteintes involontaires à la vie" et les "atteintes involontaires à l'intégrité de la personne" [2] ; l'ancien Code pénal connaît la notion d'homicide, blessures et coups involontaires. [3]

L'édifice législatif montre que l'appréciation de la faute d'imprudence tend vers une faute objective (A), évolution encore renforcée par la théorie jurisprudentielle de l'unité des fautes civiles et pénales (B).

---

[1] HAMBURGER Jean, *Les belles imprudences*, éd° Odile Jacob, 1991, p.13.

[2] Art.221-6 et art.222-19 N.C.pén. Intitulés de deux sections du titre : "Les atteintes à la personne humaine".

[3] Art.319 et 320 C.pén. Intitulé de la section 2 du chapitre : "Crime et délits contre les particuliers".

A) L'évolution vers une faute normative ou objective

En ce qui concerne l'appréciation pénale du comportement imprudent, on note une indifférence de la loi (1°), corroborée par une indifférence du juge (2°) à la psychologie du délinquant.

1°) L'indifférence de la loi à la psychologie du délinquant

Le législateur fait référence à plusieurs comportements "involontaires" qui peuvent constituer une faute pénale d'homicide involontaire ou de blessures involontaires. [1] L'énumération légale du Code pénal mentionne : la maladresse, l'imprudence, l'inattention et la négligence, le défaut d'adresse ou de précaution, termes que l'on retrouve dans le nouveau Code pénal.

Vouloir définir la notion d'imprudence à partir des incriminations est donc voué à l'échec en raison de la multiplicité des comportements susceptibles d'être qualifiés de faute d'imprudence. Le législateur a décidé de conserver une grande "souplesse" de qualification au juge chargé d'apprécier les comportements poursuivis pour imprudence.

Il ressort des textes d'incrimination que la préoccupation première du législateur est de permettre la répression dès lors qu'un comportement humain est causalement à l'origine d'un homicide ou d'une incapacité, indépendamment de la psychologie du prévenu.

Les atteintes involontaires à l'intégrité corporelle sont punies en fonction de la gravité du préjudice subi par la victime, selon qu'il dépasse ou non 3 mois d'I.T.T. [2] La loi ne se préoccupe absolument pas de l'attitude psychologique du responsable d'une faute d'imprudence, qui est donc punie différemment en fonction d'un critère unique : le préjudice subi par la victime. La même faute sera parfois qualifiée d'atteinte involontaire à la vie (homicide par imprudence), parfois d'atteinte involontaire à l'intégrité corporelle (blessures par imprudence), en fonction du seul critère du résultat objectif de la faute.

Le Code pénal ancien ne distinguait pas selon que la faute d'imprudence est une faute consciente ou inconsciente. Les deux attitudes sont jusqu'à aujourd'hui également constitutives d'"infractions involontaires" : "*on réserve traditionnellement (et d'ailleurs trop restrictivement) le nom de «faute pénale» à l'élément moral particulier qui permet d'imputer pénalement à une personne un résultat dommageable qu'elle n'a pas voulu provoquer. (...) La faute pénale consiste donc soit à ne pas prévoir les conséquences dommageables de l'acte que l'on accomplit - ou à ne pas croire qu'elles pourront se produire - soit à ne pas prendre les précautions nécessaires pour les empêcher de survenir. Le résultat n'est pas imputable à la volonté positive de l'agent, mais plutôt à une inertie de la volonté. C'est la raison pour laquelle une doctrine classique qualifie les infractions dont il s'agit de «délits involontaires».*" [3]

Le nouveau Code pénal introduit la notion d'imprudence consciente qui consiste à mettre une personne en danger "par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement". [4] Il s'agit non pas d'une prise en compte systématique de l'attitude psychologique du délinquant pour la répression des comportements imprudents, mais de la création d'une incrimination spéciale lorsque le délinquant a été particulièrement imprudent. Cette incrimination spéciale ne supprime pas le principe d'indifférence de la loi à l'égard de la psychologie de l'auteur d'un comportement imprudent. Elle crée seulement une exception aggravante lorsque l'individu est présumé particulièrement conscient de son

---

1 Art.319 et 320 C.pén. et Art.221-6, 222-19, 222-20 N.C.pén.

2 Art.320 C.pén. et 222-19 al.1 N.C.pén. (I.T.T.> 3 mois), Art.R.40-4° et Art. R.625-2 N.C.pén. (I.T.T.< 3 mois).

3 MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°572, p.730.

4 Art.223-1 N.C.pén.

imprudence et que par l'"inertie de sa volonté", il a délibérément violé une obligation de sécurité ou de prudence.

2°) L'indifférence du juge à la psychologie du délinquant

La spécificité principale de la répression des infractions non-intentionnelles est que le juge s'applique à comparer le comportement du prévenu avec une norme juridique. Toute appréciation fondée sur la psychologie du délinquant est exclue. "*Jamais les juges du fond ne s'intéressent à la personnalité concrète du prévenu, jamais ils n'abordent des considérations psychologiques tenant à ce dernier dans le but de constater la faute, et jamais cette attitude n'a été censurée par la Cour de cassation.*" [1] Monsieur PUECH affirme que la juridiction pénale juge "*l'indiscipline - état de fait*" par référence à un "*modèle de conduite discrétionnaire*". [2]

L'analyse juridique est alors un raisonnement in abstracto, totalement indépendant de l'étude concrète de la culpabilité du prévenu. "*Parfois la loi impose aux individus de se conduire avec prudence, afin que soit évitée la lésion des valeurs qu'elle protège. Pour déterminer si une faute a été commise, le juge ne scrute pas la psychologie de l'agent en recherchant s'il a prévu ou pu prévoir les conséquences dommageables de son comportement. Il recherche s'il s'est conduit comme il aurait du se conduire, c'est-à-dire avec prudence et diligence ; et il se réfère pour cela à la conduite qui aurait été celle d'un homme normalement prudent et avisé, placé dans les mêmes circonstances. La faute d'imprudence résulte du manque de précautions. C'est une faute normative.*" [3]

Dans une étude riche et détaillée, Monsieur DANA a exposé le "mythe du contenu psychologique de la faute d'imprudence" : "*il est possible de démontrer, sans aucune conviction préalable, que la faute d'imprudence s'identifie en réalité à la violation d'une norme de conduite, qu'elle est inhérente aux prescriptions de la loi, qu'elle est, en fin de compte, une faute normative.*" [4]

C'est pourquoi le "fonctionnement" de l'esprit du prévenu est indifférent (sauf dans l'hypothèse de démence). Il faut et il suffit qu'il ait violé la norme juridique de référence, qu'il ait causé l'homicide par sa maladresse, par exemple, pour être pénalement responsable d'une infraction d'imprudence. "*Les infractions matérielles et d'imprudence ont des éléments moraux d'une entière neutralité prohibant toute distinction entre diverses attitudes psychologiques précises, puisque est en jeu une faute normative.*" [5]

Aussi, bien que le nouveau Code pénal différencie la faute d'imprévoyance consciente et la faute d'imprévoyance inconsciente [6], faut-il reconnaître que la répression des infractions non-intentionnelles repose sur un constat objectif de responsabilité qui s'éloigne nettement des règles ordinaires d'analyse de la culpabilité. L'individu mérite d'être condamné sur la base de l'article 319 du Code pénal parce que sa maladresse a causé la mort d'autrui, indépendamment de tout jugement moral sur son comportement. [7]

Cette "objectivisation" de la responsabilité pénale est un des raisons de la souplesse de terminologie employée par le législateur au sujet de la définition de la faute d'imprudence.

---

1 DANA Adrien-Charles, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, L.G.D.J. 1982, n°328, p.339.

2 PUECH Marc, *Droit pénal général*, Litec 1988, n°545 et s., p.197.

3 VIDAL J., *La conception juridique française de la culpabilité*, in Ann.Fac.Toulouse, 1976, p.54.

4 DANA Adrien-Charles, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, précité, n°297, p.307,.DASKALAKIS Elie, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, Travaux et recherches de l'université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, P.U.F. 1975.

5 JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal général*, Domat-Montchrestien 2ème éd° 1991, n°463, p.527.

6 Art.223-1 N.C.pén. Sur l'imprévoyance consciente avant le nouveau Code pénal cf. MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°572 et s., pp.730-733.

7 "Ce qui est défendu, c'est d'être imprudent. Qu'est-ce qu'être imprudent ? Le même comportement sera ou non qualifié tel selon les circonstances et selon la personnalité de son auteur. (...) Dès qu'un comportement imprudent se trouve en relation de cause à effet, même indirect et non exclusif, avec un dommage corporel, l'infraction est réalisée et l'on est auteur de cette infraction.", LEVASSEUR Georges, *La responsabilité pénale*, 2ème *Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, T.1, pp.56-57.

Prononcer une sanction pénale du seul fait d'avoir violé une norme générale ou spéciale de prudence inquiète le médecin dont l'activité consiste en permanence à choisir entre deux risques. Le médecin a peur du raisonnement juridique qui va analyser à froid et a posteriori l'acte qu'il a décidé et exécuté en fonction de ses propres critères et aptitudes. "*Le caractère «diachronique» de la thérapeutique et la complexité des facteurs qui y interviennent ne sont le plus souvent pas pris en compte par les Tribunaux qui s'en tiennent à la causalité simple aux relations binaires : telle cause a donné tel effet. (...) au polymorphisme de l'accident thérapeutique répond le relativisme extrême de l'intervention judiciaire.*" [1]

L'inquiétude augmente encore à la constatation qu'en matière d'imprudence la faute pénale est identique à la faute civile.

B) L'identité des fautes civiles et pénales

En matière de faute d'imprudence, la clef de voûte de notre système de responsabilité est la question de l'identité des fautes pénales et civiles. La faute d'imprudence, constitutive des infractions figurant dans le Code pénal, est-elle la même que la faute civile d'imprudence visée par le Code civil ? "*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*". [2] La Cour de cassation affirme depuis 1912 [3] qu'il y a identité absolue entre la faute pénale et la faute civile. [4] Malgré de virulentes attaques doctrinales [5] et quelques atteintes par voie législative [6], la Cour de cassation maintient le principe de l'identité des fautes civiles et pénales.

Un des corollaires de ce principe est de renforcer l'autorité du criminel sur le civil qui impose au juge civil de tenir compte de la décision rendue par le juge pénal. Le principe de l'autorité de la chose jugée par la juridiction pénale empêche le juge civil de retenir une faute civile d'imprudence au titre de l'article 1383 du Code civil en cas de relaxe du prévenu poursuivi sur le fondement des infractions pénales d'imprudence. [7]

D'où la tentation pour le juge pénal de condamner un prévenu par égard aux intérêts civils de la victime de son comportement. [8] Cette préoccupation est très importante et fréquente dans le domaine médical où les victimes peuvent souvent faire valoir un lourd préjudice qu'il paraît inéquitable de laisser à leur charge. En trouvant une faute pénale d'imprudence "de rattachement", le juge permet à la victime d'être indemnisée, sachant que c'est l'assurance de responsabilité civile ou

---

1 BRUNHES Jean, *Accidents thérapeutiques et responsabilités*, Masson 1970, p.192.

2 Art.1383 C.civ.

3 Cass.civ. 18 déc. 1912, D.1915, 1, 17.

4 "Depuis longtemps, une partie de la doctrine s'est prononcée en faveur de «l'unité de la faute pénale d'imprudence et de la faute civile». Mais cette opinion très controversée n'a pas immédiatement triomphé en jurisprudence. La Cour de cassation a en effet affirmé, à plusieurs reprises, l'autonomie de l'infraction d'homicide ou de blessures involontaires avant de se rallier en 1912 à la thèse contraire qu'avait adoptée la Cour de cassation belge dès 1894 et à laquelle notre juridiction suprême s'est tenue depuis.", GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil*, Les obligations, la responsabilité, par VINEY Geneviève, L.G.D.J. 1982, n°152, p.185.

5 Cf. notamment PIROVANO, *Faute civile et faute pénale*, L.G.D.J. 1966 et HANNEQUART, *Les problèmes posés dans le droit pénal moderne par le développement des infractions non-intentionnelles*, R.I.D.P. 1961, p.953.

6 "La loi du 23 décembre 1980 qui a désolidarisé l'action civile de l'action publique au point de vue de la prescription, ne marque-t-elle pas un premier jalon vers la dualité des fautes ?", MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°577, p.737, note 4.

7 "D'après une thèse autrefois soutenue - et qui conserve ses partisans - la faute pénale a un contenu et une nature différente de ceux de la faute civile : c'est la théorie de la dualité des fautes pénales et civiles. Elle éviterait les interférences (...), et tout particulièrement celle de l'autorité de la chose jugée au pénal à l'égard du juge civil.", STARCK Boris, *Droit civil*, obligations, responsabilité délictuelle, Litec, 3ème éd° 1988, n°22, pp.16-17.

8 "Il sait que s'il relaxe le prévenu il privera la victime de tout droit à réparation. Sa décision est donc fâcheusement déterminée par l'aspect civil du problème. C'est extrêmement regrettable, car il peut arriver qu'une faute d'imprudence soit négligeable au regard de l'ordre public sans que pour autant les intérêts civils de la victime doivent être sacrifiés.", MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°577, p.737. cf. aussi AUBY Jean-Marie, *Droit de la santé*, précité, p.371.

l'hôpital qui supporteront les dommages-intérêts. Reste qu'une condamnation est prononcée, ce que le juge compense alors par une peine "symbolique". [1]

Sur le plan procédural, il faut rappeler que la victime a le choix de porter son action civile devant une juridiction pénale ou devant une juridiction civile. La doctrine diverge quant à la voie judiciaire choisie majoritairement par les victimes, en matière médicale. Certains penchent pour le choix de la voie civile : "*L'examen de la jurisprudence indique clairement que la responsabilité médicale encourue à la suite d'homicides ou de blessures consécutifs à des imprudences ou à des négligences reste avant tout de nature civile et d'ordre contractuel et que la responsabilité pénale y apparaît assez exceptionnelle.*" [2] D'autres pour la voie pénale : "*En pratique, c'est presque toujours la procédure pénale qui est utilisée à l'encontre du médecin. (...) en optant pour la procédure pénale, le plaignant a tout à gagner, et rien à perdre. Il lui suffit d'attendre.*" [3]

Or, le principe de l'identité des fautes civiles et pénales nie les différences d'essence entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale en confondant les enjeux privés de la réparation des conséquences de la faute avec les enjeux publics de la répression du fautif. Le droit pénal a pour mission de protéger l'ordre public en faisant respecter des normes de comportement définies par la loi pénale. Il s'agit d'une mission de police générale au service de l'organisation sociale. Ce qui signifie que le délinquant doit être sanctionné pour avoir violé la règle commune, afin qu'il soit "socialement rétribué" pour sa faute passée et qu'il ne recommence pas à l'avenir.

La sanction pénale a également pour mission d'instruire et d'intimider les tiers afin qu'ils préviennent individuellement et collectivement les comportements délinquants. La répression pénale s'adresse principalement à des coupables (punition) et accessoirement à des coupables potentiels (prévention spéciale et générale).

La responsabilité civile, au contraire, vise à protéger des intérêts strictement individuels en veillant à ce que chacun ait son dû et qu'il ne puisse pas s'instaurer un déséquilibre illicite entre les intérêts patrimoniaux et extra-patrimoniaux des personnes. La faute civile est un fait générateur de responsabilité, une source de réparation. L'action civile a pour but la juste indemnisation de la victime et non la sanction du fautif.

C'est pourquoi il faut critiquer la confusion entre faute civile et faute pénale d'imprudence. "*Les critères d'appréciation de la faute ne peuvent pas être identiques en droit pénal et en droit civil. La faute civile (...) est appréciée in abstracto : le juge se demande si n'importe quel homme moyennement prudent et diligent aurait agi comme l'auteur du dommage, et en prononçant une condamnation civile, il se borne à constater l'erreur de conduite génératrice de l'obligation de réparation, sans rechercher si cette erreur de conduite mérite une réprobation sociale. La faute pénale, au contraire, est par essence intimement liée à ce concept de réprobation sociale. Elle implique nécessairement un jugement de valeur morale sur l'attitude du délinquant ; et ce jugement, inséparable d'une appréciation in concreto, doit tenir compte de la psychologie du prévenu.*" [4]

L'essence de la responsabilité pénale est de porter ce jugement de valeur morale au nom de la société. Les intérêts des particuliers ne sont que subsidiaires voire totalement distincts. "*L'intérêt*

---

[1] Homicide par imprudence (erreur de diagnostic, de pronostic et de thérapeutique, septicémie), 2 mois d'emprisonnement avec sursis, C.A. Paris 5 avril 1991, Jurisdata n°021763. Homicide par imprudence (erreur de diagnostic, hémorragie post-opératoire), 10000 F d'amende, C.A. Douai 14 sept. 1990, Jurisdata n°045696. Homicide par imprudence (erreur de diagnostic, appendicite), 4000 F d'amende, C.A. Paris 27 juin 1984, Jurisdata n°024987. Homicide par imprudence (non-surveillance d'un nourrisson, déshydratation), dispense de peine, C.A. Paris 22 avril 1983, Jurisdata n°023160. Coups et blessures involontaires (maladresse et défaut de surveillance de l'anesthésie, victime réduite à l'état végétatif), 1 mois d'emprisonnement avec sursis pour chacun des 2 prévenus, T.corr. Lyon, 26 janv. 1989, Jurisdata n°042621.

[2] MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, La responsabilité pénale du médecin, par Michel VERON, précité, p.30.

[3] SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, Masson 1989, p.271.

[4] MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°577, pp.736-737.

direct des victimes est de percevoir une indemnité sur le seul fondement de la constatation du dommage qu'elles éprouvent, indépendamment du point de savoir s'il résulte ou non d'une faute." [1]

Maintenir le principe de l'identité des fautes civiles et pénales dénature le procès pénal par égard pour les victimes. [2] Le juge pénal a pour mission de prononcer des sanctions dont la sévérité doit être proportionnelle à la gravité des fautes commises et non pas aux dommages causés. Pour préserver les intérêts respectifs de la société et des particuliers il faut revenir à la dualité des fautes civiles et pénales. Il faut que disparaissent les "*infractions pénales qui sont le simple prétexte de la mise en jeu de la responsabilité civile du médecin, c'est-à-dire articles 319 et 320 du Code pénal*" [3], qui ont parfois été qualifiées de "conséquences inadmissibles de la thèse de l'unité dans le domaine pénal." [4]

La science juridique ne manque pas d'auteurs imaginatifs ayant proposé de construire par un système législatif adéquat un édifice préservant simultanément les intérêts sociaux (responsabilité pénale) et les intérêt privés (responsabilité civile). Dès 1966, M. le Professeur TUNC proposait sous la dénomination de "sécurité médicale", " *d'abandonner la responsabilité pour faute et, transportant le problème sur un plan différent, de demander aux médecins de prendre une assurance qui couvrirait tous les résultats anormaux des traitements et des interventions chirurgicales.*" [5]

Madame DORSNER-DOLIVET propose un système de garantie collectif subsidiaire : "*Pour ne pas laisser sans réparation toutes les victimes d'accidents thérapeutiques, qui ne résultent ni de l'évolution normale de la pathologie ni d'une faute du praticien, il faut créer un fonds chargé de pourvoir à leur indemnisation. Mais ce système d'indemnisation - et c'est là la clef du problème - ne doit jouer qu'à titre subsidiaire (...) en supprimant de l'optique du juge chargé de statuer sur la responsabilité la volonté de prononcer à tout prix une condamnation pour accorder une indemnité. (...). C'est seulement en l'absence de corrélation entre les deux éléments - responsabilité et réparation - que la solidarité doit prendre le pas sur la responsabilité individuelle.*" [6]

C'est aussi l'esprit des différentes propositions législatives visant à créer un système d'indemnisation du risque médical ou de l'aléa thérapeutique [7] ; distinguer réparation et répression, responsabilité civile et responsabilité pénale. [8] "*L'assurance professionnelle relie les microévénements au maintien de l'ordre social et des individus à une forme de solidarité : elle est la seule formule capable de rétablir dans la société l'équilibre rompu par un de ses membres. Ce n'est donc pas la disparition de la responsabilité dite individuelle qui assure la solidité du lien assurantiel (...), c'est l'interconnexion d'une socialisation des risques attachés à une profession.*" [9]

§2) L'imprudence médicale

Le médecin ne bénéficie d'aucun privilège juridique qui lui permettrait d'échapper à la responsabilité pénale pour ses fautes d'imprudence. Lorsqu'il commet une faute d'imprudence à

---

1 DORSNER-DOLIVET Annick, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie.*, L.G.D.J. 1986, n°559, p.460.

2 Contra "les articles 319 et 320 n'exigent pas que la faute présente un certain degré de gravité : toute faute même la plus légère, est sanctionnée en fonction de son résultat et non selon sa gravité. (...) Comme ne matière civile, cette faute sera appréciée in abstracto.", VERON Michel, *Droit pénal spécial*, Masson 3ème éd° 1988, p.136.

3 SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, précité, p.270.

4 AKIDA Mohamed, *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence*, Thèse Droit Lyon, 1979, p.31.

5 TUNC A., *La responsabilité civile*, in 2ème *Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, T.1, pp.43-44.

6 DORSNER-DOLIVET Annick, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie.*, précité, n°577, p.470.

7 Cf. par exemple "Proposition de loi relative à l'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques", Ass.Nat. 11 mai 1993, Doc.n°164.

8 Sur ce point cf. THIRIEZ Frédéric, *L'indemnisation du risque thérapeutique*, note sous C.E. 9 avril 1993, L.p.aff. 19 mai 1993, n°60, p.15.

9 CHATEAURAYNAUD Francis, *La faute professionnelle. Une sociologie des conflits de responsabilité*, Métailié 1991, p.82.

l'occasion de son activité professionnelle, la doctrine juridique affirme sa responsabilité (A) et la jurisprudence lui fait application de la loi pénale (B), comme à tout professionnel, comme à tout citoyen.

A) Doctrine et faute d'imprudence du médecin

De nombreux auteurs se sont penchés sur la responsabilité juridique de l'activité médicale. Ils reconnaissent l'existence d'un contentieux pénal de l'imprudence médicale (1°) qui montre qu'à l'évidence, chaque médecin est responsable de ses imprudences (2°).

1°) La reconnaissance du contentieux pénal de l'imprudence médicale

La médecine, comme toute activité humaine, est soumise aux règles de la responsabilité pénale des auteurs d'infractions à la loi pénale. Certains auteurs croient détecter une augmentation contemporaine du contentieux pénal de l'activité médicale [1], d'autres le contestent, statistiques à l'appui. [2]

Il reste que les médecins ont le sentiment unanime d'être soumis davantage aujourd'hui à un "risque médico-légal", autrement dit à la probabilité d'être attrait en justice au cours de leur carrière. La médiatisation des procès médicaux est une des causes de cette inquiétude du corps médical. Il s'agit dans la plupart des hypothèses de poursuites pour une faute pénale d'imprudence.

La presse et l'édition à grands tirages ne manque pas d'exploiter ce filon qu'est la sensationnelle mise en cause de la responsabilité d'un médecin. En vertu du principe du balancier, l'opinion publique a basculé de l'impunité [3] à la recherche d'une responsabilité systématique. [4]

En tout état de cause, la doctrine ne manque pas d'analyser précisément les catégories de fautes pénales d'imprudence qui peuvent êtres accomplies par un médecin. "*La doctrine distingue trois catégories de fautes entraînant la responsabilité contractuelle du médecin : d'abord les fautes contre le devoir d'humanisme (...), ensuite les fautes contraires au devoir de prudence pesant sur toutes personnes, enfin les fautes de technique médicale. Ce sont surtout en général ces deux dernières catégories de fautes qui sont susceptibles d'entraîner la responsabilité pénale du médecin sur le fondement des articles 319 et 320 du Code pénal.*" [5]

---

1 "Beaucoup plus qu'autrefois, les médecins, chirurgiens, et membres des professions médicales sont l'objet de poursuites pour fautes commises dans l'exercice de leur art.", MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1777, p.1435.

2 PENNEAU Jean, *La responsabilité du médecin*, Dalloz 1992, p.101, étude des statistiques du Sou médical (mutuelle d'assurances) entre 1977 et 1989. cf. POULETTY Jacques Dr, *La responsabilité médicale en secteur privée depuis 20 ans*, in 3ème *Congrès International d'Ethique Médicale*, O.N.M. 1992, p.247.

3 "La raison est que nul médecin ne peut être responsable de ses opinions de ses pensées, de son système. Soumis par la loi à des épreuves, à des études, à des examens, il a une capacité légale. Rien, continue le demandeur, n'est plus conjectural que la médecine. (...) Rendez-le responsable, il laissera le malade. (...) Aucune loi ne pose en principe la responsabilité du médecin pour ses prescriptions ou ses opérations. (...) Le médecin dans l'exercice de sa profession, n'est soumis pour les prescriptions, ordonnances, opérations de son art à aucune responsabilité.", Me MERIEUX, plaidoirie sous Cass.req. 18 juin 1835, S.1835-1 p.403-404.

4 La lecture des titres de quelques ouvrages "grand public" est à ce sujet édifiante. D'AUTREC C.V., *Les charlatans de la médecine*, La table ronde 1967, LOMBARD Paul, MACAIGNE Pierre et OUDIN Bernard, *Le médecin devant ses juges*, Robert Laffont 1973, PRAYEZ Pascal, *La fureur thérapeutique*, Retz 1986, ROBIN François et NATIVI François, *Enquête sur l'erreur médicale*, La découverte, 1987, COHEN P., LABADIE D. et LABADIE L., *Les médecins face à leurs juges*, éd° Performa-droit 1987, CARVER Cynthia, *Méfiez-vous de votre médecin. Comment faire face aux médecins et aux autres problèmes médicaux*, Québec-Agenda 1987, CHAUVEAU Loïc, *Pire que le mal. Enquêtes sur les erreurs médicales*, Calmann-Lévy 1989, CABRIT Alain et DAPOGNY Bernard, *Patients-médecins, tous vos droits*, éd° du puits fleuri 1992, SKRABANECK Petr et McCORMICK James, *Idées folles, idées fausses en médecine*, éd° Odile Jacob 1992, AIMOT Jean-Wladimir et GROSS Alma, *SOS bavures médicales*, éd° du Rocher 1993.

5 DUMONT Jean, *J.-Cl. pénal*, art.319 à 320-1, 8-1992, n°183, p.23.

2°) Le médecin est pénalement responsable de ses imprudences

Certains affirment trop rapidement que l'affirmation de la responsabilité du médecin pour ses imprudences professionnelles est une donnée récente, toujours est-il qu'il n'y a plus aucun doute à ce sujet, le médecin est pénalement responsable pour toutes les infractions qu'il peut commettre. "*Pendant longtemps, le médecin a connu une relative impunité. De nos jours il n'est pas rare que des médecins soient poursuivis devant les tribunaux (...) Le médecin est un citoyen comme les autres, soumis aux devoirs de tous. Son métier ne lui vaut aucun privilège, bien au contraire.*" [1]

Quelques décisions jurisprudentielles ambiguës avaient pu, en leur temps, laisser penser que le médecin n'assumait la responsabilité que des fautes lourdes ou graves. La doctrine critiqua cette distinction fictive fondée sur la gravité des différentes fautes pénales d'imprudence. [2] "*Il est aujourd'hui admis que la faute nécessaire à l'existence d'un délit pénal d'imprudence est la même que celle qui engage l'agent à une réparation civile envers la victime. Et cette conception générale s'applique actuellement aux médecins.*" [3]

Aucun régime spécial de responsabilité ne subsiste : "*Le temps des idoles est bien fini et certains ont pu dire que, sur le chirurgien, pesait «le bistouri de Damoclès».*" [4] Le médecin est pour le droit pénal un technicien professionnel qui, comme ses collègues architectes, transporteurs ou électriciens, répond des fautes volontaires et involontaires qu'il pourrait commettre à l'occasion de l'exercice de sa profession. "*Les articles 319, 320 et R.40-4° du Code pénal, réprimant l'homicide et les blessures par imprudence sont applicables au médecin pour les dommages corporels qu'il cause par sa faute, dans l'exercice de ses fonctions, comme à tout citoyen.*" [5]

La jurisprudence propose à l'observateur de multiples exemples de condamnations de médecins pour des infractions pénales non-intentionnelles commises à l'occasion d'un acte médical.

B) Jurisprudence et faute d'imprudence du médecin

Nombreux sont les auteurs qui pensent que l'affaire Thouret-Noroy mis un terme en 1835 à la théorie de l'irresponsabilité juridique des hommes de l'art. [6] Il est vrai que le procureur général DUPIN répondit brillamment aux arguments de la défense qui plaidait l'impunité absolue des praticiens dans l'exercice de leur profession. "*C'est lorsqu'il s'agit de l'exercice d'une profession ou d'une fonction publique que l'on est responsable envers les tiers, non seulement de son imprudence, de sa légèreté, mais encore de l'ignorance de ce qu'on doit savoir. (...) Pour qu'un homme puisse être déclaré responsable d'un acte de sa profession, il faut qu'il y ait une faute dans son action, (...) cette responsabilité est non seulement l'application d'un principe de droit naturel, mais l'application d'un principe de droit constitutionnel. Le Roi seul est irresponsable. (...) Pourquoi donc les médecins et les chirurgiens seraient-ils seuls exempts de cette responsabilité naturelle qui pèse à la fois sur toutes les fonctions publiques et sur toutes les professions ? (...) Non, le médecin, le*

---

1 LAZORTHES Guy, *L'homme, la médecine et le médecin*, Masson 1993, p.276.

2 Contra cf. "Les plus habiles, les plus éprouvés, les plus savants, les plus forts, peuvent se tromper, connaître, comme chacun, un moment de défaillance et, aussi que toute thérapeutique pouvant le plus souvent, s'analyser chirurgicalement (...) en une agression contre l'organisme humain, l'échec finirait par conduire automatiquement les médecins devant des juges répressifs ce qui est moralement et juridiquement, injustifiable : les articles 319 et 320 du code pénal qui punissent l'homicide et les blessures par imprudence ne sont pas fait pour eux. L'application de ces deux textes à des médecins ayant agi dans le cadre de leur art est limitée à des cas extrêmes, c'est-à-dire lorsque, suivant la juste expression d'un jugement du tribunal de Marseille (10 fév. 1938, D.H.1938-52), apparaît «une série de fautes lourdes, extérieures à la profession, résultant d'un manque de soins caractérisé».", KORNPROBST Louis, *L'étendue et les limites de la responsabilité médicale du point de vue juridique*, in 2ème *Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, Tome 1, pp.120-121.

3 SAVATIER R. et J., AUBY J.M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, précité, n°327, p.312.

4 SORGUES M., *Application du droit à la médecine*, in *Droit de l'homme et médecine*, Masson 1984, p.149.

5 PENNEAU Jean, *J.-Cl. pénal*, Annexes, V° Médecine, fasc.4, 3-1992, n°103, p.13.

6 Cf. notament KORNPROBST L., *L'étendue et les limites de la responsabilité médicale du point de vue juridique*, précité, p.120.

chirurgien ne sont pas indéfiniment responsables, mais ils le sont quelquefois ; ils ne le sont pas toujours, mais on ne peut pas dire qu'ils ne le sont jamais." [1]

Mais cette décision, bien qu'exemplaire, ne fut pas la première reconnaissance jurisprudentielle de la responsabilité pénale des soignants professionnels. La Cour de cassation avait admis dès 1817 qu'une sage-femme était pénalement responsable de son imprudence lorsqu'elle avait causé la mort d'une femme et de son enfant à l'occasion d'un accouchement. [2]

Les juges du fond appliquaient depuis lors sans hésitation les articles 319 et 320 du Code pénal aux officiers de santé. [3] L'innovation contenue dans l'arrêt du 18 juin 1835 consistait à appliquer cette responsabilité à un médecin, aristocrate de la médecine de l'époque, comparé aux soignants non-médecins, simples manuels de la profession. L'évolution scientifique a transformé l'exercice de la médecine, au point que le médecin contemporain peut se voir reprocher aussi bien une faute intellectuelle (1°) qu'une faute manuelle (2°).

1°) Faute intellectuelle

La distinction entre faute intellectuelle et faute manuelle est un choix de présentation sans relation avec un quelconque critère juridique, mais elle permet de montrer que la qualité de l'acte médical peut être altérée par un raisonnement fautif comme par un geste inadapté. Le médecin peut être imprudent : en pensée, en action (a) et même par omission (b).

a) Des décisions fautives

Le domaine du diagnostic est le terrain privilégié de l'appréciation juridique du raisonnement médical. Le juge pénal doit souvent déterminer si l'homicide ou les blessures résultent d'une erreur ou d'une faute de diagnostic. Constitue une faute le fait de ne pas tenir compte de symptômes évidents [4], mais ne constitue pas de faute le fait de se tromper de diagnostic lorsque les symptômes sont ambigus [5] ou que l'affection est rarissime. [6]

Le raisonnement in abstracto se fonde toujours sur une comparaison avec le comportement théorique d'un praticien "équivalent". L'existence d'une faute résulte de la preuve de la non-conformité de l'acte poursuivi avec l'acte d'un médecin comparable, normalement prudent. Le juge prend pour référence de comportement prudent, l'attitude qu'aurait eu à la place du prévenu un médecin de même expérience placé dans les mêmes conditions. La prudence ne s'apprécie donc pas par rapport à une norme scientifique pré-définie, mais par rapport à un comportement humain prévisible (cf. supra Titre 1, l'appréciation de la responsabilité du spécialiste).

---

[1] Concl. Proc.DUPIN sous Cass.req. 18 juin 1835, S.1835-1, p.406 à 408

[2] Cass. sect.crim. 18 sept. 1817, Sirey 1815-1818, 1, 373.

[3] Cf. Cour Royale d'Angers, 1er avril 1833 et Cour Royale de Paris 5 juill. 1833, Sirey 1833, 2, 563, deux arrêts de condamnation d'officier de santé pour faute pénale d'imprudence.

[4] Négligence de signes réactionnels à la première injection d'un sérum antitétanique, Cass.crim. 31 janv. 1956, Bull.crim. n°110, négligence de la douleur provoquée par l'injection de nesdonal, anesthésique normalement indolore, Cass.crim. 12 juill. 1961, Bull.crim. n°335, diagnostic d'un état normal malgré une perte de poids de plus de 10%, une déshydratation et des diarrhées chez un nourrisson, C.A. Paris 22 avril 1983, Jurisdata n°023160, ignorance pendant 9 heures de l'anormalité de la douleur d'une parturiente, révélant en fait une rupture de l'utérus, Cass.crim. 21 mars 1989, lexilaser, Pourvoi n°87-80545.

[5] "Attendu qu'analysant les rapports d'experts, (...) le choc subi par la malade était au-dessus de toute thérapeutique, qu'il était impossible au Dr Codron de prévoir qu'elle ferait une rupture utérine", Cass.crim. 18 oct. 1971, Bull.crim. n°287. "Attendu que pour relaxer le prévenu et débouter les parties civiles de leurs demandes, la cour d'appel énonce que les signes cliniques que présentait la malade étaient frustes et que le médecin a cru pouvoir éliminer de façon absolue le diagnostic d'une occlusion intestinale, (...) que les juges en déduisent que cette erreur de diagnostic ne constitue pas en elle-même une faute pénalement punissable, dès lors qu'elle s'explique par la complexité et l'équivoque des symptômes, la difficulté de leur constatation et de leur interprétation .", Cass.crim. 17 janv. 1991, lexilaser, Pourvoi n°90-82009.

[6] Diagnostic et opération d'une affection annexielle au lieu d'une appendicite aiguë gangreneuse, affection "au diagnostic malaisé". C.A. Aix-en-Provence 2 déc. 1991, Jurisdata n°048158. Décès d'une patiente atteinte d'une affection extrêmement rare, existence d'une dizaine de cas seulement relevés dans les ouvrages de médecins, péritonite fécale nommée syndrome d'ogilvie. C.A. Paris 24 avril 1986, Jurisdata n°023023.

"Attendu que pour relaxer les docteurs S. et D., poursuivis du chef d'homicide involontaire, et pour débouter de leurs demandes indemnitaires la veuve et les enfants de la victime, parties civiles, la juridiction du second degré, se fondant sur les conclusions de plusieurs rapports d'expertises, retient notamment que l'obstacle auquel s'est heurtée l'intubation trachéale était très difficilement prévisible, «même pour l'anesthésiste le plus expérimenté» ; que, si les prévenus ont commis une erreur de diagnostic en attribuant l'impossibilité d'intubation à un spasme du pharynx alors qu'elle était liée à un relâchement musculaire, cette erreur «ne revêt pas un caractère fautif puisqu'elle ne procède pas d'une ignorance ou d'une négligence dans les examens préopératoires»; que le fait d'avoir différé le recours à la trachéotomie «ne constitue pas davantage une faute pénalement répréhensible, dès lors que l'existence d'un goitre a dû faire hésiter», ainsi que l'a reconnu l'un des experts. " [1]

L'acte médical normalement prudent est celui qui est "conforme aux données actuelles de la science". Constitue donc une faute d'imprudence le fait de proposer un traitement abandonné ou dénué de fondement scientifique [2], au même titre qu'un traitement excessivement novateur. [3] Au contraire, la conformité des soins avec ceux préconisés habituellement dans les mêmes circonstances est le signe d'une démarche scientifique prudente. [4]

La liberté thérapeutique n'est pas abolie, mais l'éloignement de la norme scientifique du moment crée pour le praticien des obligations de prudence renforcée. [5] La Cour de cassation tolère un acte thérapeutique "non-normal" dès lors qu'il n'est pas contraire aux données actuelles de la science et qu'il est décidé et exécuté avec prudence. [6] Un accident à l'occasion d'un traitement scientifiquement critiqué sera plus facilement qualifié de faute d'imprudence. [7]

Le juge se réfère le plus souvent à l'avis des experts pour savoir si l'acte critiqué était ou non conforme aux données de la science. Il arrive parfois que sa mission soit facilitée par le fait que le praticien a violé un règlement définissant un critère scientifique. Il a été jugé que le fait de prélever plus de sang que ne le permettait un arrêté ministériel était constitutif d'une faute d'imprudence. [8] Le médecin avait simultanément transgressé une norme scientifique et une norme juridique.

La jurisprudence révèle un cas d'homicide par imprudence résultant d'une ignorance professionnelle tellement exceptionnelle que la juridiction a condamné le médecin à une peine de 2 ans d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve consistant en une obligation de suivre une

---

1 Cass.crim. .3 nov. 1988, lexilaser, Pourvoi N° 87-82.088, Bull.crim. 1988, n°360.

2 Ainsi pour le traitement d'une rétrécissement accidentel de l'œsophage par homéopathie. "Attendu qu'en présence de l'avis unanime des médecins allopathes et de la division existant entre les tenants de l'école homéopathique, le docteur D. a fait preuve d'une imprudence caractérisée en négligeant systématiquement, conformément à l'avis hasardeux d'une minorité dissidente, le recours à la sonde (...), que le traitement limité qu'il a appliqué ne saurait être considéré comme conforme aux données actuellement acquises de la science.", C.A. Montpellier 14 déc. 1954, D.1955, p.745, et rejet du pourvoi par Cass.civ. 1er juill. 1958, D.1958, p.600. Pour le fait de remettre une boîte d'ampoules vieilles de 12 ans sans en vérifier l'état de conservation cf. Cass.civ. 30 juin 1976, Bull.civ. n°220.

3 Traitement par la pyrétothérapie dont le prévenu est le promoteur, C.A. Paris, 2 déc. 1957, D.1958, somm.96. Méthode de chirurgie esthétique dite ridectomie qualifiée d'aberration par les experts, C.A. Paris 21 déc. 1968, Gaz.pal. 1969-1-somm.17.

4 Choix scientifiquement équivalent entre le doppler et la phlébographie, deux méthodes habituelles de traitement. C.A. Paris, 11 déc. 1992, Jurisdata 023471.

5 Pour l'emploi d'un vaccin antituberculeux non-commercialisé en France, Cass.crim. 19 déc. 1957, D.1958, p.274, rapport LEDOUX.

6 Choix de l'extraction d'un stérilet par voie haute au lieu de la méthode normale par voie basse, rejet du pourvoi contre l'arrêt de relaxe, Cass.crim. 4 mai 1982, D.1983, somm. p.375, note PENNEAU.

7 "Lorsqu'au cours d'un traitement d'une hernie par injection sclérosante, thérapeutique tombée en désuétude, l'artère spermatique du patient est blessée en raison de l'injection du liquide dans la lumière du vaisseau, c'est-à-dire à un endroit contre-indiqué, il y a lieu de condamner le praticien pour blessures involontaires."

8 En méconnaissance de l'arrêté ministériel du 28 mai 1956, un spécialiste de la transfusion avait prélevé sur un donneur professionnel "plus fréquemment que ce texte ne l'autorise et sans qu'une circonstance exceptionnelle ne justifie cette dérogation, une quantité de sang très supérieure à la soustraction maxima impérativement fixée à 400g prélèvement ayant entraîné le décès du donneur.", T.G.I. Seine, 23 avril 1966, D.1966. somm.23.

formation post-universitaire en raison des risques encourus au titre de la santé publique. [1] Faute d'avoir pu prévenir le danger de l'incompétence du médecin, la juridiction a donc estimé qu'il était de son devoir de personnaliser la sanction pénale de manière à contraindre le praticien à se conformer à ses obligations déontologiques élémentaires. "*Les médecins ont le devoir d'entretenir et de perfectionner leurs connaissances.*" [2]

Etrange solution, puisqu'il appartient d'ordinaire à la juridiction ordinale de veiller au respect des règles professionnelles et à la juridiction pénale de tirer les conséquences de la violation de la loi pénale. La coexistence du droit disciplinaire et du droit pénal aurait dû permettre la "rééducation" ou l'élimination professionnelle d'un incompétent et en sus, la sanction pénale d'un délinquant.

b) Des omissions fautives

L'obligation de prudence scientifique a pour corollaire l'absence de faute du praticien qui refuse de se lancer dans une démarche thérapeutique d'avant-garde. "*les prévenus ne peuvent se voir reprocher l'omission d'une ponction crico-thyroïdienne, opération qui, à l'époque des faits, avait sans doute été décrite dans la littérature médicale mais n'était pas encore de pratique courante.*" [3] Parce que le médecin prudent est un médecin "moyen" il ne peut lui être reproché de ne pas être un héros ou un génie. Il serait, par contre, fautif de ne pas employer les moyens ordinairement utilisés face à un tableau pathologique donné. [4]

Mais il est de nombreux cas où le juge pénal a sanctionné un médecin pour une faute d'imprudence résultant d'une abstention. En particulier dans le domaine de l'organisation de la surveillance et de la continuité des soins. "*Attendu que, pour retenir la culpabilité du docteur Hermann du chef de blessures involontaires, la cour d'appel, par motifs propres et adoptés, s'est fondée sur les témoignages (...) d'où il résultait que le médecin avait tardé à venir au chevet de la patiente malgré plusieurs appels de la Dame Dugas et que ce retard était à l'origine des lésions dont la victime restait atteinte.*" [5]

A été condamné pour homicide par imprudence un médecin qui "*devant l'aggravation alarmante de l'état du malade, tarde à ordonner une réintervention chirurgicale ou son transfert vers un centre de réanimation.*" [6]

Dans le domaine des vaccins et sérums antitétaniques [7], il a été jugé qu'il était imprudent de ne pas prescrire une injection de sérum antitétanique en cas de blessure souillée chez un rural. [8] En matière d'anesthésie, est une faute d'imprudence le fait de ne pas s'assurer de la vacuité de l'estomac du sujet avant de l'endormir. [9]

---

[1] C.A. Caen, 17 mai 1989, Jurisdata n°044282, appel de T.G.I. Caen 29 sept. 1988. Faute de diagnostic et prescription médicamenteuse inadaptée.

[2] Décret 28 juin 1979, précité, art.16. cf aussi art.17 al. 2 : "un médecin ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions, dans les domaines qui dépassent sa compétence ou ses possibilités."

[3] Cass.crim. 3 nov. 1988, lexilaser, Pourvoi N° 87-82.088, Bull.crim. 1988, n°360.

[4] Condamnation pour homicide par imprudence d'un médecin n'ayant recherché ni par échographie ni par réintervention à localiser une hémorragie postopératoire. C.A. Douai, 14 sept. 1990, Jurisdata n°045696.

[5] Cass.crim. 9 janv. 1992, lexilaser, Pourvoi N° 91-81.544. cf. aussi pour un prévenu ayant quitté une clinique pendant son temps de garde C.A. Paris, 11 juill. 1986, Jurisdata n°025952.

[6] C.A. Aix-en-Provence, 2 déc. 1991, Jurisdata n°048158. Le diagnostic erroné ne constituant, par ailleurs qu'une erreur non fautive en raison de l'accomplissement des examens préopératoires nécessaires.

[7] Sur cette question cf. DOLL P.J., *La responsabilité médicale en matière d'injection antitétanique*, Gaz.pal. 1972 doct. p.237.

[8] "Méconnaissant à l'évidence le danger mortel du tétanos résultant d'une blessure par piqûre chez un rural, le prévenu est demeuré inactif et a prescrit un traitement banal et anodin sans recourir à aucune des mesures préventives indispensables ; qu'il a fait preuve d'une légèreté blâmable, d'une méconnaissance grave de ses devoirs d'état et a commis une faute véritablement inexcusable.", Cass.crim. 20 juin 1968, Bull.crim. n°201.

[9] Cass.crim. 22 juin 1972, Bull.crim. n°218.

Certains praticiens accumulent, malheureusement les fautes d'imprudence, en ajoutant à une faute de diagnostic, une faute d'exécution et une faute de surveillance. [1] La faute intellectuelle n'exclut pas la faute manuelle.

2°) Faute manuelle

Il arrive que le dommage subi par la victime résulte d'une faute individuelle unique (a), mais le développement de la notion d'équipe médicale a pour corollaire l'apparition d'hypothèses de pluralité de fautes (b).

a) La faute individuelle unique

Le praticien est faillible, sa main peut trembler et sa lucidité être prise en défaut. La jurisprudence relate des cas d'imprudences tellement caricaturales qu'elles emplissent régulièrement les pages des gazettes.

Ont été condamnés, par exemple :

- un chirurgien qui avait oublié une pince [2], une compresse [3], un corps étranger [4], dans l'organisme de l'opéré ;
- une stagiaire en anesthésie ayant confondu le robinet d'oxygène et le robinet de protoxyde d'azote [5] ;
- un médecin s'étant trompé de dosage de médicament. "*Mme Moskal est décédée des suites d'une injection de solution adrénalinée ; que le docteur Puscien a, sans avoir procédé à aucune vérification, notamment de la concentration de la solution préparée sous ses yeux et sur ses instructions, injecté un produit d'une concentration 30 fois supérieure à celle d'une solution qui aurait été obtenue à partir d'une ampoule de 1 cc d'adrénaline (qu'il croyait avoir été utilisée) ; que seules une inattention et une imprudence majeures de sa part sont susceptibles d'expliquer qu'il ait procédé à l'injection.*" [6]

b) La co-existence de plusieurs fautes

La démarche thérapeutique est malheureusement parfois l'occasion d'une succession de fautes techniques d'imprudence. Un second praticien se voit souvent reprocher de n'avoir pas réagi avec prudence à la première faute commise par un collègue.

A une faute dans l'action médicale peut s'ajouter une faute de réaction médicale. "*Attendu que pour déclarer D. coupable d'homicide involontaire, après avoir constaté que POTTIER Bernadette avait commis une faute d'inattention grave à l'origine du décès de Patricia BONNET en procédant à une injection d'«ARAMINE» qui avait provoqué une poussée d'hypertension artérielle induisant un œdème cérébral, lui-même responsable secondairement d'une thrombose de la carotide droite, les*

---

[1] Ainsi pour un spécialiste qui confronté à un cas de blennorragie a accumulé un défaut d'examen clinique sérieux, une thérapeutique hasardeuse par la fièvre artificielle, et un défaut de surveillance du traitement. Cass.civ. 2 fév. 1960, D. 1960, p.500 rejet du pourvoi contre C.A. Paris 2 déc. 1957, J.C.P. 1958-II-10616, note SAVATIER. Pour une sage-femme ayant commis une faute de diagnostic, de pronostic et de thérapeutique face à un nouveau-né atteint de septicémie cf. C.A Paris 5 avril 1991, Jurisdata n°021763.

[2] "Attendu que X a commis une faute lourde professionnelle en oubliant une pince de «Kocher» dans le ventre du patient ; que des devoirs préparatoires et subséquents s'imposent à l'opérateur et à ses assistants ; qu'en effet, avant et après l'opération, le chirurgien doit prendre des mesures utiles et efficaces, non seulement pour éviter tout oubli, mais pour se rendre compte de cet oubli s'il y a lieu, et pour pouvoir prendre en ce cas les dispositions nécessaires.", C.A. Aix, 12 janv. 1954, J.C.P.1954-I-8040 note Jean SAVATIER.

[3] "à la fin de la seconde opération, l'absence de repérage permanent à l'extérieur du corps et l'oubli d'une compresse laissée par le Docteur L. dans la plaie, ont provoqué son aspiration à l'intérieur de la cavité abdominale d'où elle a été retirée le 5 mai.", C.A. Paris 5 mars 1957, D.1957, p.299.

[4] Oubli d'un fragment de verre de 5 cm en triangle dans la cuisse, la migration du débris de verre entraînant une section du nerf sciatique et une paralysie. C.A. Paris, 12 janv. 1984, Jurisdata n°020408.

[5] C.A. Paris 1er avril 1984, Jurisdata n°023325.

[6] Cass.crim. 7 juin 1988, Bull.crim. n°261.

juges du second degré, adoptant les motifs non contraires du jugement entrepris, énoncent que la prévenue est mal fondée à soutenir que le défaut de surveillance de l'opérée, relevé à sa charge par les experts désignés en second lieu par le juge d'instruction, est sans relation de cause à effet avec la mort de la victime ; qu'ils ajoutent que si, comme le soulignent ces experts, l'injection du produit avait eu des effets irréversibles sur l'état de la patiente, qui en aurait conservé en cas de survie des séquelles importantes, l'issue mortelle n'était cependant pas inéluctable et pouvait être évitée par le recours à des gestes thérapeutiques rationnels comportant notamment, selon la déposition orale de l'un desdits experts, maintien de la respiration assistée, contrôle électroradioscopique et surtout, transfert immédiat de la patiente dans un centre de réanimation spécialisé; qu'ils déduisent de l'ensemble de ces éléments que D., à qui incombait cette surveillance post-opératoire, «a commis une faute de négligence qui a concouru à l'acheminement vers l'issue mortelle du processus morbide déclenché par l'erreur initiale»." [1]

Ont étés condamnés chacun pour une faute d'imprudence :

- le gynécologue dont la manipulation maladroite des forceps a provoqué une brèche utérine et l'anesthésiste qui sous-estime la gravité de la situation malgré une hémorragie et s'abstient de surveiller la patiente [2] ;

- le dermatologue pour son mauvais dosage et le radiologue pour une faute de manipulation [3] ;

- la sage-femme qui s'abstient pendant plus de quinze minutes d'exécuter l'ordre d'interrompre une perfusion et le gynécologue négligeant l'organisation d'une césarienne. [4]

Conformément aux principes de la responsabilité pénale strictement individuelle chaque soignant ne peut se voir reprocher que ses fautes personnelles. [5] Cela est particulièrement vrai pour l'appréciation des fautes pénales au sein de l'équipe médicale. [6]

L'existence d'un contentieux de la faute médicale d'imprudence impose que soient étudiés les liens entre la faute d'imprudence et la justification pénale de l'activité médicale.

Section 2 : Les liens entre la faute d'imprudence et la justification de l'activité médicale

L'analyse de l'activité médicale conduit à affirmer que l'acte unique d'atteinte à l'intégrité du soigné peut être constitutif de plusieurs fautes pénales différentes (§1), ce qui a pour conséquence d'apprécier ponctuellement la justification de chaque infraction commise (§2).

---

1 Cass.crim. 25 juin 1985, lexilaser, Pourvoi N° 84-91.596.

2 C.A. Paris 4 oct. 1991, Jurisdata n°024389.

3 C.A. Paris 1er juill. 1972, Gaz.pal. 1973, 1, 29.

4 Cass.crim. 9 déc. 1986, lexilaser, Pourvoi n°86-91124. Cf. l'hypothèse où le médecin de garde par ailleurs directeur de la maternité, s'absente et laisse un individu non-titulaire du diplôme français de docteur en médecine pratiquer un accouchement. Condamnation pour exercice illégal de la médecine et complicité d'exercice illégal de la médecine. Or, la patiente devait décéder du fait d'une double faute de diagnostic (déchirure utérine et anémie) commise par chacun des deux prévenus, deux condamnations pour homicide par imprudence. C.A. Paris 11 juill. 1986, Jurisdata n°025952. Refus par la juridiction de qualifier la faute du médecin de complicité d'infraction non-intentionnelle. Contra C.A.Chambéry 8 mars 1956, J.C.P.1956-II-9224, conducteur d'un bobsleigh condamné comme auteur d'un homicide par imprudence et les passagers comme complices.

5 C.A. Metz 12 nov. 1987, Jurisdata n°050213, relaxe du chef de service dont l'interne avait prescrit un traitement contre-indiqué à l'état de la victime. La juridiction fonde la relaxe sur le fait que le praticien avait laissé la consigne expresse de le joindre en cas de problème, consigne non-respectée par l'interne dont la qualification justifiait par ailleurs la confiance minimum qui lui avait été témoignée. Cass.crim. 22 juin 1972, Bull.crim. n°219 Relaxe d'un chirurgien, condamnation d'un anesthésiste pour défaut d'examen pré-opératoire (groupage sanguin) et faute dans le déplacement du corps. Cass.crim. 21 mai 1985, rejet pourvoi contre relaxe d'un chef de service, condamnation de l'interne pour faute de prescription, de la surveillante pour faute dans l'écriture de la prescription et de l'infirmière pour faute dans l'injection.

6 Sur ce point cf. PRADEL Jean, *La responsabilité de l'équipe médicale en droit pénal*, in *Les aspects actuels ou méconnus de la responsabilité médicale*, Actes du colloque du 5 avril 1991, Poitiers, Litec 1992, p.49.

§1) Le médecin est susceptible de commettre plusieurs infractions simultanées

Lorsqu'un comportement unique est simultanément constitutif de plusieurs infractions différentes, les pénalistes parlent de concours idéal d'infractions (A). Nous voudrions montrer que l'acte médical d'atteinte au corps est une hypothèse de concours idéal d'infractions (B).

A) La notion de concours idéal d'infractions

Un même fait infractionnel tombe parfois sous le coup de plusieurs textes d'incrimination, ce qui impose aux juges de qualifier ce comportement soit comme une seule infraction soit comme plusieurs. Il y a alors concours de qualifications. Ainsi, par exemple, l'acte de pénétration sexuelle imposé par la contrainte peut-il être qualifié viol (qualification criminelle), mais il pourrait également être qualifié attentat à la pudeur (qualification correctionnelle). Il y a, alors, pluralité de qualifications légales mais une seule infraction commise.

Le juge pénal doit retenir la qualification la plus sévère. "*Les tribunaux français considèrent généralement qu'un acte matériel unique à qualifications légales multiples constitue une seule infraction punissable «sous sa plus haute acception pénale».*" [1] Cette situation est nettement différente du cas où le délinquant commet plusieurs actes matériels différents, punis par la loi pénale, sans que ces infractions soient séparées par des condamnations définitives : le concours réel d'infractions.

"*Il ne faut pas confondre cette situation, dite concours réel ou cumul réel d'infractions , avec celle dénommée concours ou cumul idéal, dans laquelle un acte unique a réalisé la violation de plusieurs dispositions légales.* " [2] Il faut analyser une troisième hypothèse, lorsque le délinquant, par le même fait matériel, commet plusieurs infractions distinctes : la doctrine parle alors de concours idéal d'infractions. Selon un exemple classique il y a concours idéal d'infractions lorsque un automobiliste brûle un feu rouge (infraction au Code de la route) et tue un piéton qui traversait (homicide par imprudence).

La jurisprudence ne reconnaît une pluralité d'infractions que si le fait matériel unique est une atteinte à des intérêts légaux différents. "*Depuis plusieurs années, la Cour de cassation paraît considérer que le concours de qualification équivaut à un concours réel d'infractions lorsque la situation pénale déférée au juge se caractérise par plusieurs éléments moraux distinctement incriminés et par la violation cumulative d'intérêts collectifs ou individuels distinctement protégés par les textes violés.*" [3]

Or, ce dénombrement des infractions commises est une phase fondamentale de l'analyse qui nous occupe. Il est donc fondamental de tenir compte du critère utilisé par le juge pénal : le nombre de valeurs sociales atteintes. "*Il semble résulter de la jurisprudence que le critère de l'unité ou de la pluralité d'infractions réside principalement dans le point de savoir si l'acte, au besoin unique, était dirigé contre une seule valeur sociale protégée par la loi ou indistinctement contre plusieurs.*" [4]

Monsieur PUECH a démontré que ce critère était aujourd'hui consensuel : "*Lorsque l'activité viole des lois qui protègent des valeurs sociales distinctes, on comprendrait mal que cette activité ne soit poursuivie que sous une seule qualification, car ce serait laisser sans protection les autres valeurs sociales méconnues. Le critère paraît faire l'unanimité de la doctrine contemporaine.* " [5]

Nous pensons que l'acte médical manqué est un cas de concours idéal d'infractions.

---

1 MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°368, p.485.

2 STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges et BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, Dalloz, 14ème éd° 1992, n°596, p.461.

3 MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°372, p.488.

4 STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges et BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, précité, n°596, p.462.

5 PUECH Marc, *Droit pénal général*, Litec 1988, n°920, p.332. Contra cf. JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal général*, Domat-Montchrestien, 2ème éd° 1991, n°463 et 464, pp.527 à 530.

B) L'acte médical manqué : concours idéal d'infractions

Il apparaît que l'acte médical est parfois une hypothèse de concours idéal d'infractions parce que le geste unique d'atteinte au corps peut être constitutif de plusieurs infractions distinctes (1°) qui protègent des valeurs sociales différentes (2°).

1°) L'acte médical : pluralité d'infractions

L'acte médical est le plus souvent une atteinte à l'intégrité corporelle. Or, les atteintes à l'intégrité corporelle sont toutes incriminées par la loi pénale soit au titre des infractions intentionnelles soit au titre des infractions non-intentionnelles.

Il s'avère que le médecin en portant sa main sur le corps d'autrui peut commettre l'un ou l'autre de ces comportements prohibés par le Code pénal. Mais il faut aller plus loin et affirmer que le médecin peut accomplir par le même geste une infraction volontaire et une infraction d'imprudence.

Le chirurgien commet l'infraction intentionnelle de coups et blessures volontaires (élément légal : art.309 C.pén., art.222-11 N.C.pén.) lorsqu'il porte son bistouri sur un abdomen (élément matériel) pour inciser volontairement la peau (élément moral). Mais il commet par le même geste une infraction non-intentionnelle d'homicide par imprudence, si par sa maladresse, il cause la mort d'un patient (art.319 C.pén., art.221-6 N.C.pén.).

Il faut donc distinguer nettement la qualification pénale de l'acte médical et la qualification pénale de l'accident survenu au cours de l'acte médical. Car, le fait matériel unique est susceptible de tomber sous le coup de deux textes répressifs.

Imaginons, par exemple, la situation du médecin qui opèrerait un patient pour une appendicite "fictive" dans le seul but d'accomplir un acte professionnel rémunérateur et qui, à l'occasion de ce geste chirurgical, oublierait dans l'abdomen du sujet une pince hémostatique, ce qui causerait sa mort.

Nous pensons que par une action unique - l'appendicectomie - ce médecin est l'auteur de deux infractions distinctes. D'une part, il a commis l'infraction de coups et blessures volontaires pour avoir décidé de violer la norme pénale qui protège l'intégrité du corps humain contre toute atteinte, d'autre part, il a commis un homicide par imprudence. [1] Il y a alors concours idéal d'infractions.

Mais, pour affirmer que l'activité médicale peut être constitutive d'un concours idéal d'infractions, il faut encore démontrer que le fait matériel unique peut porter atteinte à des valeurs sociales distinctes. "*Tout est fonction <u>des valeurs sociales protégées</u> par les qualifications en concours : ou bien ces qualifications engagent la même valeur, et il n'est pas nécessaire de les cumuler, ou bien elles tendent à la protection de valeurs différentes, et le cumul est retenu.*" [2]

2°) Les infractions commises à l'occasion de l'acte médical : pluralité de valeurs sociales en cause

La Cour de cassation a autrefois jugé que le fait de jeter des grenades dans un établissement public était constitutif de deux crimes distincts car ce fait unique lésait à la fois la propriété privée et l'intégrité corporelle. [3] Ou qu'il y avait concours idéal d'infractions lorsque la même faute causait deux préjudices distincts au regard de la loi pénale. [4] Mais, les exemples puisés dans la

---

[1] Il y a peut être commission d'une escroquerie de surcroît !

[2] MAYAUD Yves, *Ratio legis et incrimination*, R.S.C. 1983, n°19, p.607.

jurisprudence [1] reflètent le plus souvent des hypothèses de pluralités de victimes alors que l'acte médical s'applique par essence à une seule personne : le patient.

Et certains auteurs refuseraient que l'on puisse trouver dans le geste du médecin une atteinte à des valeurs sociales différentes. "*Outre la difficulté de procéder en maintes occurences au partage entre les intérêts lésés, on comprend mal pourquoi leur pluralité peut parvenir à transformer une action délictueuse unique en plusieurs faits. Les différents intérêts lésés ne sont en définitive que les facettes de l'intérêt social en général.*" [2]

Nous pensons néanmoins que l'acte médical peut porter atteinte à des valeurs sociales nettement distinctes. Les infractions intentionnelles, en matière médicale, sont celles qui mettent en cause l'organisation générale des professions de santé. Car il est interdit à quiconque de porter atteinte volontairement au corps d'autrui sauf en cas de fait justificatif et que la mission médicale est d'attenter quotidiennement à l'intégrité corporelle des patients.

C'est l'intérêt de la société, de la collectivité toute entière, de créer et de faire respecter les normes de licéité des actes médicaux. La société française a choisi de laisser les actes médicaux être objectivement des infractions volontaires pour ne justifier pénalement que ceux qui respectent une somme de conditions tacites. Aussi peut-on affirmer qu'en matière médicale, l'incrimination des infractions volontaires résulte d'un choix politique, au sens de la gestion de la cité.

La survie de l'incrimination objective des comportements volontaires est une décision commune à la politique criminelle et à la politique de la santé publique. La protection de la santé privée n'est qu'un objectif accessoire et secondaire, parfois même inexistant.

Comme le montre l'exemple de la stérilisation volontaire qui n'est justifiée qu'en cas de caractère thérapeutique même en cas de consentement parfaitement libre et éclairé du patient. La société protège par l'incrimination des intérêts collectifs qui peuvent être totalement distincts des intérêts de l'individu qui désire être stérilisé.

A contrario, en imposant des vaccinations collectives, la société justifie pénalement des coups et blessures volontaires sans tenir compte de l'intérêt personnel de la personne vaccinée.

Les infractions non-intentionnelles, au contraire, ont pour principale mission de protéger les intérêts individuels des particuliers et accessoirement seulement d'assurer le respect de valeurs collectives. La dilution de la notion de culpabilité en est un signe. Les infractions d'imprudence sont destinées à sanctionner les individus qui, par leur comportement, créent objectivement des risques pour autrui.

Il s'agit alors d'imposer à chacun d'agir selon les règles élémentaires de la prudence afin de pouvoir sanctionner les fauteurs de risques anormaux. La loi pénale veut garantir ainsi au citoyen-consommateur que son interlocuteur est et sera un professionnel prudent et qu'il fournira une prestation de "bonne qualité", sans quoi il sera pénalement sanctionné.

En matière médicale, les infractions d'imprudence ont pour vocation d'assurer la "police" de la bonne exécution, essentiellement technique, des actes médicaux, au profit du soigné. Accessoirement, il est socialement souhaité que la somme des intérêts des soignés rejoigne l'intérêt général. La sanction des professionnels imprudents protègera indirectement une valeur collective, la santé du public.

---

[3] Cass.crim. 3 mars 1960, Bull.crim. 1960, n°138. Rejet du pourvoi contre l'arrêt ayant condamné un terroriste-indépendantiste algérien pour destruction d'immeuble par explosif et tentative d'homicide volontaire.

[4] Cass.crim. janv. 1957, Bull.crim. n°10. victime n°1, I.T.T.supérieure à trois mois (art.320 C.pén.), victime n°2, I.T.T. inférieure à trois mois (art.R.40 C.pén.)

[1] MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°372, p.489, notes 3 et 4.

[2] JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal général*, précité, n°463, p.529. cf. aussi : "ce que sanctionne le législateur, c'est une conduite morale blâmable se traduisant par une indifférence aux règles sociales. (...) un maladroit comme un étourdi ne se trouvent pas dans l'état de concentration nécessaire pour que leur activité s'exerce sans dommage pour autrui. Et la légèreté qu'ils manifestent est une faute contre les valeurs sociales.", DUMONT Jean, *J.-Cl. pénal*, art.319 à 320-1, 8-1992, n°43, p.10.

C'est pourquoi nous affirmons que l'acte médical est constitutif d'un concours idéal d'infractions. Et ce, parce que le fait matériel unique est susceptible de tomber sous le coup de textes répressifs différents protégeant des valeurs sociales distinctes.

§2) La justification ponctuelle de chaque infraction commise

Si l'on admet que l'acte médical est toujours une atteinte volontaire à l'intégrité corporelle (infraction intentionnelle) et qu'il entraîne parfois de surcroît une atteinte involontaire (infraction non-intentionnelle), il faut analyser l'impact des faits justificatifs sur cette situation infractionnelle complexe. La permission de la loi ne justifie pas une faute d'imprudence (A), mais une imprudence est parfois nécessaire (B).

A) Le refus de la permission de la loi

L'acte médical principal est soumis, quant à sa justification, au respect des conditions exigées par l'autorisation tacite de la loi pour toute activité médicale. Aussi, dès lors qu'un médecin diplômé accomplit avec le consentement du sujet un acte à finalité thérapeutique, son infraction intentionnelle de coups et blessures, par exemple, est pénalement impunissable.

Cette source de justification bénéficie-t-elle à la faute d'imprudence qui peut éventuellement être commise au cours de cet acte licite ? Autrement dit, la permission de la loi peut-elle "couvrir" pénalement l'auteur d'une faute d'imprudence ?

En accord avec M.PENNEAU, nous pensons que le médecin ne peut profiter d'un fait justificatif qu'en matière d'infraction intentionnelle. "*Dans l'exercice de sa profession, le médecin plus que toute autre personne est en situation de porter atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui, (...). Le plus souvent, cette atteinte à l'intégrité corporelle sera portée volontairement, beaucoup plus rarement involontaire. A l'inverse de la situation habituelle, c'est dans la première hypothèse que le médecin sera le plus souvent justifié.*" [1]

Parce que le médecin a un mandat de la société, il peut blesser autrui de manière licite, mais cette permission ne l'autorise pas à dépasser son mandat et certainement pas à être imprudent. Chaque client individuellement, la société collectivement, ont, vis-à-vis du médecin, une "créance d'acte médical consciencieux." [2]

Le médecin n'est pas dispensé des devoirs généraux de prudence et de conscience. "*Les infractions que la loi prescrit de commettre, et qu'elle justifie en principe, peuvent reprendre vigueur, ou d'autres infractions peuvent naître, lorsque l'exécutant a outrepassé son devoir.*" [3]

Une situation voisine est celle du policier perquisitionnant au domicile d'un particulier. Il commet objectivement une violation de domicile [4], dont il est pénalement justifié par la permission de la loi si les conditions légales sont respectées. [5] Si en pénétrant par la force dans le domicile, il blesse un individu par un éclat de bois de la porte trop violemment défoncée, il commet l'infraction de coups et blessures par imprudence.

---

1 PENNEAU Jean, *J.-Cl. pénal*, Annexes, V° *Médecine*, fasc.4, 3-1992, n°1, p.2.

2 "On ne saurait parler d'un droit à la guérison, mais, pour ce qui relève de l'activité, des possibilités, du médecin, d'une créance d'intervention consciencieuse.", MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°429, p.283.

3 MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°419, p.538.

4 Art.184 C.pén. et art. 226-4 N.C.pén. (par un particulier) ou art 432-8 N.C.pén.(par un dépositaire de l'autorité publique).

5 Consentement du particulier en enquête préliminaire, compétence O.P.J. en enquête de flagrance, ou commission rogatoire d'un juge d'instruction.

La permission de la loi ne justifiera pas l'excès de zèle que l'individu aura développé au service d'une activité licite. La violation de domicile sera "couverte" par un fait justificatif, les blessures par imprudence resteront pénalement punissables. Au sujet de l'obligation de porter secours - devoir légal - la jurisprudence a jugé qu'un individu qui, pour désarmer un enfant lui cassait le bras, n'était pas responsable de l'infraction de coups et blessures volontaires mais qu'il devait être condamné pour coups et blessures par imprudence. [1]

Lorsque la loi permet à certaines personnes d'accomplir impunément des infractions en leur confiant des pouvoirs exorbitants du droit commun, elle ne leur confie pas de blanc-seing. Le fait justificatif de permission de la loi n'autorise un individu à commettre des infractions pénales qu'à condition de respecter les conditions légales.

Or, aucune loi n'autorise l'imprudence. C'est pourquoi le médecin, comme le policier ou le secouriste peuvent être justifiés pénalement pour les infractions intentionnelles commises mais resteront responsables de leurs éventuelles imprudences.

Le médecin est, en principe, impunissable pour les blessures qu'il cause volontairement parce que la loi l'y autorise mais il ne bénéficie d'aucune dérogation légale si à l'occasion de cette activité licite, il commet une maladresse, une imprudence, une inattention, une négligence ou une inobservation des règlements.

Ce raisonnement est conforté par Messieurs MERLE et VITU, dans les termes suivants : "*la permission chirurgicale ou médicale de porter atteinte à l'intégrité corporelle des malades est implicitement contenue dans les textes qui organisent la profession médicale. (note 1) Mais cette permission n'est exclusive ni d'homicide ou blessures involontaires (toute la jurisprudence sur la responsabilité médicale en témoigne) ni même d'une infraction intentionnelle lorsque le praticien n'agit pas dans un but curatif.*" [2]

B) La justification de certaines imprudences par l'état de nécessité

L'état de nécessité au contraire de la permission de la loi ne paraît pas incompatible avec l'éventualité d'une justification des infractions non-intentionnelles, parce que l'état de nécessité suppose une comparaison entre une valeur sacrifiée et une valeur sauvegardée.

Or, il peut être globalement positif qu'un individu commette une imprudence.

Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle jugé que le fait pour un policier de tirer au sol et de blesser quelqu'un (infraction de coups et blessures par imprudence) pouvait être justifié par le souci de sauver des vies humaines. "*Attendu que pour relaxer Ziegler du chef de blessures involontaires, la cour d'appel énonce que son action «a été commandée par la nécessité réelle et urgente d'appréhender un individu armé, ayant précédemment fait usage de son arme et se trouvant dans un état d'excitation violente», et que le risque qu'a pris Ziegler en tirant un coup de feu au sol pour intimider Ameur apparaît en rapport avec le danger créé par ce dernier ; (...) les juges (...) ont pu, sans priver leur décision de base légale, estimer que le prévenu avait accompli un acte nécessaire, exclusif de toute faute.*" [3]

De même est justifié le médecin qui commet un excès de vitesse s'il peut démontrer que son imprudence était compensée par la nécessité de secourir un malade en danger de mort. [4]

---

[1] C.A. Alger, 9 nov. 1953, D.1954, p.369.

[2] MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°437, p.559, Texte et note 1.

[3] Cass.crim. 16 juill. 1986, D.1988, p.386, 2ème esp. La chambre criminelle avait déjà cassé un arrêt (C.A. Rouen 16 mars 1971) qui n'avait pas examiné l'argument de l'état de nécessité avancé par un prévenu d'homicide par imprudence dans le domaine de la navigation fluviale. Cass.crim. 29 nov. 1972, Bull.crim.n°370.

[4] Relaxe sur le fondement de l'état de nécessité d'un anesthésiste appelé d'urgence qui viole le Code de la route, C.A. Nancy 6 fév. 1990, Jurisdata 052168. La justification aurait pu s'étendre à l'homicide par imprudence si la vitesse excessive avait entraîné involontairement la mort d'un piéton. Contra condamnation d'un médecin pour franchissement d'une ligne continue, absence de justification par l'état de nécessité par défaut de preuve de l'urgence, C.A. Paris 10 janv. 1985, Jurisdata 020747.

L'histoire relate des situations de péril grave et imminent aux cours desquelles des médecins accomplirent des actes médicaux que l'on peut qualifier de record d'imprudence, tant par les moyens employés [1], que par la dangerosité du milieu. [2] Il apparaît avec certitude que ces imprudences étaient pénalement justifiées par l'état de nécessité.

Nul ne pourrait un instant reprocher aux médecins des camps de concentration, aux médecins de guerre ou aux médecins de catastrophes naturelles de prendre des risques, de commettre des imprudences, parce qu'ils tentent de sauver des vies en danger absolu de mort. Ils sacrifient une valeur, la prudence, pour sauvegarder une valeur supérieure : la vie.

Il est donc logique de conclure que le médecin est ordinairement pénalement justifié des infractions intentionnelles qu'il commet par la permission tacite de la loi, mais que ses éventuelles imprudences ne peuvent être justifiées que par l'état de nécessité. La loi ne permet jamais d'être imprudent, mais le droit pénal reconnaît que dans certains contextes périlleux, il est socialement utile que les citoyens commettent des imprudences.

Pour l'acte médical quotidien, le médecin doit faire preuve d'une prudence quasi-absolue, mais face à un danger actuel et imminent [3], il ne lui sera pas reproché de déroger aux règles de la prudence ordinaire dès lors que son imprudence est, sur le plan social, moins grave que l'intérêt qu'il veut sauvegarder.

Ce raisonnement doit s'appliquer même si le danger a pour origine une faute médicale. Si une faute d'imprudence crée un danger imminent, le péril objectif justifiera certainement l'acte imprudent mais nécessaire destiné à parer au danger. "*L'état de nécessité est une situation objective dont la valeur justificative est indépendante de la psychologie du délinquant. Si l'agent a commis une faute antérieure, cette faute lui sera directement imputable lorsqu'elle constitue une infraction pénale. Mais l'infraction nécessaire commise postérieurement n'en sera pas moins justifiée en elle-même, car la faute antérieure de l'agent ne supprime pas l'utilité ou l'indifférence sociale qui caractérise le dommage engendré par cette infraction.*" [4]

Le chirurgien qui oublie une pince dans l'abdomen d'un patient est l'auteur d'une faute d'imprudence qui peut causer un danger imminent. Face à ce danger, il peut être socialement utile que lui même ou un autre praticien agisse avec célérité, en dérogeant aux règles de prudence ordinaire sur les examens préopératoires par exemple, pour sauver la vie du patient. L'oubli de la pince reste punissable, l'imprudence commise au cours de la seconde opération est impunissable car commise en état de nécessité.

---

1 "Le Belge au bras déchiqueté. Il s'appelait Gilboux. Il avait fait l'admiration de tous, SS compris. Jamais il ne s'était plaint. On m'avait bien donné quelques médicaments, un peu de désinfectant, mais rien pour tailler, scier... et je devait obligatoirement l'amputer afin d'éviter une infection ascendante. Clément Marot sort de sa poche une vieille lame de rasoir, un peu ébréchée. Il la fixe sur une planchette :
- C'est une Gillette. Elle tiendra le coup. Ca va faire mal. On n'a pas d'anesthésique.
- Allez-y docteur. J'ai confiance en vous.
- Prêt ?
La lame pénètre dans la chair...Pour ligaturer, des bouts de ficelle, trouvés dans un coin du block et trempés dans le Rivanol. Quatres jours plus tard, les prisonniers de guerre lançaient par-dessus des barbelés une scie à amputation. Clément Marot régularisa le «travail». Gilboux était sauvé. L'équipe chirurgicale française devait réussir vingt-quatre amputations à Sand-Bostel et des centaines de «sauvetages» difficiles.", BERNADAC Christian, *Les médecins de l'impossible*, éd° France-Empire, 1968, pp.264-265.

2 "En vingt jours, il réussit à mener à bien plus de deux cent cinquante interventions chirurgicales d'urgence. Cela tenait du prodige. (...) Dans la réanimation et dans la salle d'opération, les pansements sales disparaissaient, avalés par le sol, et se mélangeaient au sang, au vomis. Avec la chaleur, cette masse se mit à fermenter et devient une nouvelle source de chaleur.", GRAUWIN Médecin-Commandant, *J'étais médecin à Dien-Bien-Phu*, éd° France-Empire, 1954, p.242 et p.246.

3 Nous n'excluons aucun type de danger, ce qui sous-entend que nous critiquons le refus du bénéfice de l'état de nécessité au prévenu qui est par sa faute à l'origine du danger. cf. Cass.crim.25 juin 1958, D.1958, p.693 note M.R.M.P. (aff.Lesage c/ Le Goff, en matière de circulation routière et d'ouverture inopinée de portière à l'origine de l'imprudence du conducteur).

4 MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°444, p.567.

Pour le médecin comme pour tout citoyen, il existe de belles imprudences : les imprudences nécessaires, parce que socialement utiles. "*Le mobile le plus fort de toute l'activité humaine est qu'il conduit à de splendides accomplissements comme aussi à de belles imprudences.*" [1]

Conclusion du Chapitre 3

La troisième condition de justification de l'acte médical d'atteinte au corps repose sur l'exigence d'un acte de "bonne qualité". L'évaluation de la qualité de l'acte se fait non pas de manière directe et positive, mais de manière indirecte et négative, par l'appréciation du caractère fautif du comportement du médecin. Or, en matière d'infraction pénale d'imprudence, le droit positif montre une incontestable évolution vers la notion de faute objective dont la répression est totalement indifférente à la psychologie individuelle du délinquant, même si le nouveau Code pénal incrimine spécialement l'imprévoyance consciente.

Le médecin qui ne donne pas des soins "conformes aux données actuelles de la science", est l'auteur d'une faute pénale d'imprudence si son acte cause un préjudice au soigné. Mais, il faut distinguer les différentes infractions qui peuvent être commises à l'occasion de l'acte médical unique. L'acte médical peut être une hypothèse de concours idéal entre une infraction volontaire (le geste de soins) et une infraction involontaire (le décès accidentel du soigné, par exemple).

La permission implicite de la loi peut justifier l'infraction intentionnelle, si toutes les conditions de licéité sont réunies (diplôme, consentement, utilité et proportionnalité thérapeutique), mais elle ne justifie pas une dérogation aux normes générales de prudence. Seul l'état de nécessité peut justifier une imprudence rendue nécessaire pour sauvegarder une valeur socialement supérieure à la prudence.

Pour une société qui tend à assurer la sécurité maximale des citoyens tant dans le domaine du travail que de la circulation routière, il est probable que le législateur interviendra pour garantir les intérêts des victimes "d'accidents" médicaux. [2] Une prise en compte du "risque thérapeutique" par un mécanisme d'assurance permettra alors de distinguer l'indemnisation des victimes de préjudice anormaux - responsabilité civile - et la répression des comportements délinquants - responsabilité pénale -. Cette évolution est souhaitable pour redonner au droit pénal ses rôles pédagogique et intimidant, indépendamment de la recherche d'un fait générateur de réparation ou d'une source d'indemnisation.

Conclusion du Titre 2

La licéité de l'activité médicale repose sur trois conditions fondamentales, liées à l'acte médical. Chacune de ces trois conditions est une composante de la justification pénale de l'activité médicale.

- L'acte médical doit offrir au soigné la perspective d'être utile à la guérison de sa maladie ou à l'amélioration de sa santé. L'acte doit avoir un but curatif. Le but curatif est le seul objectif licite.
- L'acte médical doit être le reflet d'une gestion mesurée des risques. Le choix thérapeutique doit montrer une balance avantage/risque positive. La raison proportionnée est la seule stratégie thérapeutique licite.

---

[1] HAMBURGER Jean, *Les belles imprudences*, éd° Odile Jacob, 1991, p.13.

[2] Sur ce point cf. DUCOS-ADER Robert, *De quelques éléments de comparaison entre le droit de la santé et le droit de la consommation*, in *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY*, Dalloz 1992, p.739.

- L'acte médical doit être conforme à un certain niveau de qualité de conception et d'exécution. L'activité médicale doit être pratiquée avec prudence. L'acte médical de "bonne qualité" est le seul acte licite.

Cette solution se dégage de la permission implicite de la loi. Il serait utile, qu'au jour où le législateur envisagera d'insérer expressément dans la loi le principe d'intangibilité ou d'inviolabilité du corps humain [1], la loi définisse explicitement la notion de but curatif. [2]

La dérogation au principe d'intangibilité pourrait être rédigée ainsi : «N'est pas pénalement responsable le médecin qui, pour améliorer la santé d'une personne, accomplit sur le corps de cette personne un acte médical de qualité, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et l'intérêt de la santé de la personne.»

Une telle formulation juridique, outre qu'elle guiderait les praticiens de la médecine et du droit dans l'appréciation des limites de la justification pénale de l'activité médicale, aurait pour mérite de définir précisément la frontière du licite et de l'illicite. La loi rejoindrait la pensée de Claude BERNARD : "*le vrai médecin doit (...) guérir quand il peut, soulager quand il ne peut guérir et consoler quand il ne peut ni guérir ni soulager.*" [3]

---

[1] Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le Code civil, du 25 mars 1992, Doc. Ass. Nat. n°2599. "Chacun a droit au respect de son corps. La loi garantit l'inviolabilité et l'indisponibilité du corps humain (...).", projet de nouvel article 17 du Code civil.

[2] "Toute personne est à couvert de responsabilité criminelle lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale. a) si l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnable, et b) s'il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce.", Code criminel du Canada, art.45, cité par GROFFIER Ethel, *Le corps humain et les actes juridiques en droit canadien*, in *Le corps humain et le droit*, Ass.Capitant 1975, pp.207-208.

[3] BERNARD Claude, *Principes de médecine expérimentale*, 1878, P.U.F.-Quadrige 1987, p.33.

Conclusion de la 1ère Partie

Finalement, à l'issue de cette Première Partie, il apparaît que si le médecin peut déroger au principe de l'intangibilité du corps humain, c'est en raison de la loi qui organise et autorise la profession médicale. La loi permet implicitement que le droit commun soit écarté, sous réserve de certaines conditions cumulatives. L'acte médical d'atteinte au corps n'est licite que s'il est accompli par un professionnel compétent, sur le corps d'une personne consentante et qu'il consiste en une démarche altruiste, individuellement positive et socialement utile.

Il n'y a pas, à l'heure actuelle, de volumineux contentieux de la justification pénale de l'activité médicale. Cela peut s'expliquer par deux facteurs. Le premier est que la haute conscience morale des médecins maintient leur action dans les limites des actes licites ; le second est que les actes médicaux effectués en violation des conditions de consentement ou de caractère curatif, sont peu "visibles" sur le plan juridique. "*La connaissance d'un fait par la justice dépend d'abord de sa visibilité puis du renvoi c'est-à-dire des circonstances qui poussent à dénoncer une infraction aux autorités compétentes.*" [1] Dans tous les cas, il est souhaitable que la loi affirme expressément les conditions de consentement du soigné et de caractère curatif de l'acte de soins.

Au delà de la répression des individus qui franchissent la frontière de l'injustifiable, la définition légale des conditions de la justification d'une activité attentatoire au corps est, en effet, l'expression d'un choix de société quant à une valeur pénalement protégée : l'intégrité de la personne humaine. Comme, selon la formule du Professeur HAMBURGER, "*l'action du praticien ne sera rien d'autre que la projection de l'image qu'il s'est faite lui-même du monde extérieur, de l'homme malade et du rôle du médecin*" [2], il est nécessaire que la société se dote de lois explicites pour affirmer les critères de justification de l'atteinte licite à l'intangibilité du corps humain.

---

[1] ROBERT Ph., *Les statistiques criminelles et la recherche, réflexions conceptuelles*, Déviance et société, Genève 1977, vol.1, p.6-7 ; *Les statistiques criminelles ou l'histoire d'un contresens*, Actes 1976, p.7 et s. ; *Les comptes du crime, les délinquances en France et leurs mesures*, Le Sycomore 1985.

[2] HAMBURGER Jean, *Progrès de la médecine et responsabilités du médecin*, in 2ème *Congrès International de Morale Médicale*, ONM 1966, T.1, p.317.

2ème Partie

Les dérogations à la justification de l'acte médical par la permission implicite de la loi : les justifications expresses

Il faut déduire des textes permettant en France l'exercice de la médecine, une permission légale implicite de déroger à l'intangibilité du corps. Précisément, comme elle est implicite, ne peuvent être expressément définies dans un texte quelconque, les conditions de justification de l'activité médicale, attentatoire à l'intégrité corporelle. Il faut donc rechercher les conditions de justification dans la pratique juridique, et spécialement dans la jurisprudence. Il se dégage cinq conditions fondamentales : le diplôme, le consentement, la finalité thérapeutique, les moyens proportionnés et la qualité de l'acte.

Or, un texte organise parfois la validation d'actes médicaux ne remplissant pas les conditions générales de justification. Il apparaît qu'une telle norme juridique modifie l'état du droit commun, en autorisant des dérogations aux conditions ordinaires de justification.

Le Législateur est parfois intervenu pour rendre licite des actes médicaux non compatibles avec les conditions générales de justification résultant de la permission légale implicite. Lorsque la norme nouvelle redéfinit toutes les conditions de licéité de l'acte, le texte constitue le fait justificatif de permission légale expresse. Il en est ainsi en matière d'acte médical sans but thérapeutique. L'atteinte médicale au corps est alors justifiée par la loi qui permet "officiellement" l'acte médical (Titre 1). D'autres normes, sans toujours justifier à elles seules un acte médical, apportent des correctifs à l'exigence d'un consentement personnel du soigné (Titre 2). Enfin, le contexte d'urgence modifie les conditions ordinaires de justification en permettant "d'assouplir" certaines conditions de licéité de l'acte médical (Titre 3).

Titre 1 : Les dérogations à l'exigence d'un but thérapeutique individuel résultant de permissions légales explicites

Le rétablissement et l'amélioration de la santé ne sont plus les seuls objectifs de l'activité médicale. La société admet aujourd'hui que les compétences médicales puissent avoir des utilités nouvelles. L'apparition d'une forte demande des individus pour accéder à des moyens médicaux de maîtrise de la reproduction a suscité une justification conditionnelle de la contraception, puis de l'avortement (chapitre 1).

La découverte de nouvelles techniques thérapeutiques fondées sur l'utilisation de produits d'origine humaine, a nécessité une réglementation juridique d'encadrement des atteintes médicales au corps du donneur pour qui le prélèvement ne présente aucun caractère curatif. La loi autorise certaines atteintes au corps accomplies dans un but altruiste (chapitre 2).

L'observation de la vie humaine a amené les thérapeutes de tous temps à accumuler les observations utiles à leur mission d'action sur la santé. L'étude du fonctionnement des organismes sains, les efforts de compréhension des mécanismes biologiques sont autant d'expériences destinées à leur servir au jour de leur confrontation avec un malade réclamant leurs soins. Les recherches en vue de l'amélioration ultérieure des soins médicaux sont aujourd'hui autorisées par la loi qui permet l'expérimentation sur l'homme (chapitre 3).

Chapitre 1 : Les permissions légales de la contraception et de l'avortement

Il existe un état particulier de la santé humaine qui ne peut pas être qualifié de maladie, et qui est néanmoins l'objet des plus grandes attentions de la part du corps médical : il s'agit de la grossesse. Il ne fait aucun doute que l'étude des mécanismes biologiques de la reproduction humaine a fait depuis toujours l'objet de l'intérêt des hommes dans la mesure où elle conditionne, au delà des enjeux individuels, la survie de l'espèce toute entière. Certains y voient le fondement de l'ensemble de l'édifice juridique de la société humaine. [1] Que l'on cherche à la favoriser ou à l'empêcher, la grossesse est un état fondamental de la santé humaine. [2]

Or, la maîtrise de la reproduction par des moyens médicaux ne peut pas être justifiée par le caractère thérapeutique propre aux actes médicaux "ordinaires", sauf à affirmer que l'état de grossesse est une maladie ou une affection assimilée. Après une longue période d'interdiction légale expresse, puis d'indifférence sociale à l'égard de la répression, la société a estimé socialement utile de permettre, sous conditions, la maîtrise médicalisée de la non reproduction humaine. Le Législateur est alors intervenu pour exprimer une justification pénale de la contraception (section 1), puis une justification pénale de l'avortement (section 2).

Section 1 : La justification pénale de la contraception : la maîtrise de la vie

L'attachement à la préservation et au développement de la vie, ainsi que les préoccupations démographiques, expliquent que le droit pénal français ne contient aucune disposition concernant l'incitation ou l'encouragement à la reproduction. Il n'existe pas d'incrimination d'incitation à la grossesse, ni d'incitation à la procréation. [3]

L'Etat ne bride pas l'instinct de survie des justiciables, il n'y a donc pas de grossesse pénalement répréhensible, ni de citoyennes interdites d'être enceintes. [4] De même que le droit protège la liberté de se marier, il protège la liberté de se reproduire. Ce parallèle amène à se demander si le droit connait également une protection de la liberté de ne pas se reproduire, comme il connait une protection de la liberté de ne pas se marier. L'incrimination de certaines violences faites au fœtus et de l'incitation à la non-procréation montre qu'il n'y a pas de liberté de non-reproduction.

Il convient d'étudier la politique criminelle en matière de maîtrise de la vie (§2), avant d'en déduire certaines réflexions sur le statut pénal de l'œuf humain (§1).

§1) Politique criminelle et contraception

Les progrès contemporains des sciences biologiques et médicales ont abouti à une amélioration frappante de la maîtrise de la fécondité. On sait aujourd'hui stimuler ou empêcher les

---

[1] "Le Droit a été construit par et pour une certaine espèce vivante, douée de caractères bien définis ayant un cycle vital particulier, par et pour une certaine espèce où la reproduction est sexuée, où les deux sexes sont séparés, où la proportion sexuelle est voisine de l'unité, où la fécondation est interne, où la génération s'effectue sur le mode vivipare, où le délai de gestation est d'environ neuf mois. (...) Il est évident que si l'Homme était hermaphrodite comme l'Escargot, s'il changeait de sexe comme le Mollusque Crepidula, s'il naissait adulte comme le cobaye, si sa tête repoussait comme celle du Ver de terre ou de la Planaire, il ne se serait pas donné les mêmes lois.", ROSTAND Jean, *La biologie et le Droit*, in *Science fausse et fausses sciences*, Gallimard-NRF, 4° éd° 1958, pp.77-78.

[2] Certains ont même pu affirmer que la grossesse était une étape indispensable de la santé de la femme : "On dirait que les femelles, au moins chez les mammifères, n'atteignent leur plein développement qu'après une ou plusieurs grossesses. Les femmes qui n'ont pas d'enfants sont moins équilibrées, plus nerveuses que les autres.", CARREL Alexis, *L'homme, cet inconnu*, 1ère éd° 1935, Plon, 1967, p.140.

[3] A ne pas confondre avec la possible répression de l'encouragement à l'abandon d'enfant en vue d'une adoption, cf. sur ce point, DREIFUSS-NETTER F., *Le désir d'enfant face au droit pénal*, R.S.C. 1986, p.275. Les incriminations légales protègent également la pudeur et la volonté des individus en interdisant le viol ou l'excitation de mineur à la débauche, indépendamment des conséquences de l'infraction. Le fait que le viol soit à l'origine d'une grossesse n'est pas une circonstance aggravante du crime de viol, cela confirme que la valeur protégée est le respect de le femme indépendamment des suites de l'acte.

[4] Ce qui explique la réprobation systématique qui s'abat sur les auteurs de propositions tendant à stériliser certaines catégories de délinquants.

mécanismes de la reproduction, ce qui ouvre, inévitablement, des horizons juridiques qui ne pouvaient être envisagés hier. [1] Les moyens scientifiques et médicaux modernes donnent aux hommes la capacité de limiter leur fécondité en empêchant la venue au monde d'êtres humains qui n'auraient pas manqué de naître selon le seul jeu des mécanismes naturels.

Dès lors que l'homme comprit que l'enfantement était le résultat de l'acte sexuel, il lui vint à l'esprit de vouloir interférer sur cet état de la nature. Le premier moyen contraceptif, et le plus efficace sans aucun doute, étant l'abstinence, le premier homme qui ne voulut pas procréer réfréna ses ardeurs pour éviter la paternité à moins que les femmes, elles-mêmes, ne l'aient maintenu à l'écart. Dans les clans organisés selon les règles du patriarcat, les femmes acquéraient une grande valeur d'échange, en tant que futures reproductrices, ce qui suscita le respect de la virginité comme garantie de leur état de gestatrice intègre. [2]

Le refus de toute relation sexuelle ne pouvait suffire à satisfaire les premières tentatives de régulation des naissances, l'imagination et l'observation humaine développèrent très tôt des moyens contraceptifs les plus divers. Hippocrate décrit ainsi 413 recettes destinées à éviter la conception ou à en détruire le fruit. Ces prescriptions sont parfois des drogues, parfois des dispositifs intra-vaginaux ou intra-utérins et même des fumigations, bains ou inhalations, dont la composition laisse rêveur. [3] Il y pourtant des auteurs comme Tertullien pour s'offusquer de ces pratiques anticonceptionnelles : "*Empêcher la naissance, c'est un homicide anticipé.*" [4]

L'empirisme de l'époque ne permet pas de penser qu'une véritable science de la contraception était née. Les médecins se contentaient de prescrire des produits connus pour leurs vertus fœticides ou purgatives sans distinguer réellement contraception et avortement. Ce n'est qu'à partir du développement de techniques médicales efficaces que la société décida d'intervenir, pour condamner d'abord (A), puis finalement abandonner la répression (B).

A) La condamnation initiale de la contraception

Le fait de vouloir empêcher le mécanisme naturel de la reproduction est, sur le plan historique, un acte socialement déviant qui a très tôt fait l'objet d'une condamnation morale (1°). Le droit pénal a été employé non pas pour condamner l'acte anticonceptionnel lui-même, mais l'information sur la contraception (2°).

1°) La condamnation morale de la contraception

Les premiers chrétiens cultivèrent cet attachement à l'idée que Dieu seul peut décider de la vie humaine en général, et de la reproduction en particulier. [5] La seule règle est le devoir de procréation

---

[1] François TERRE n'hésite pas à parler de double révolution : "En matière de procréation, une double révolution s'est produite depuis un siècle. Finie l'époque où la naissance de l'enfant apparaissait comme l'effet du hasard. La maîtrise accrue de l'homme sur sa reproduction lui permet, dans certaines conditions, de l'empêcher au moyen de la contraception, de la provoquer à l'aide de la procréation assistée.", TERRE François, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Flammarion, 1987, p.15.

[2] Au Moyen-âge, la jeune fille vierge est synonyme de pureté. La victime d'un viol ou d'un rapt est toujours très jeune, la plupart du temps vierge. Car le viol est difficile à prouver chez une femme ayant auparavant déjà connu l'homme, au sens biblique. Le procureur du Roi préférait poursuivre pour violence ou blessures volontaires sachant que l'administration de la preuve en était plus facile et que le consentement ou plutôt le non-consentement de la victime n'était pas, alors, le centre du débat. cf. PORTEAU-BITKER, *Justice laïque et viol*, R.H.D.F.E. 1988, p.515 et s. "La virginité apparaît comme la caractéristique et le propre du christianisme, la marque de l'authentique esprit chrétien. Déjà les apologistes du IIe siècle, (...), avaient mis en un vigoureux relief, en face de l'immoralité païenne, la pureté des mœurs chrétiennes.", Père Thomas CAMELOT, *Les traités De Virginate au IVe siècle*, in *Mystique, sexualité et continence*, ouvrage collectif, Desclée de Brouwer éd°, 1990, pp.115-116.

[3] Epines d'acacias broyées, huile et céleri cuits dans la bière douce, suc de concombre sauvage pétri dans la polenta, eau de chou et de poireau, 9 nœuds résineux du peuplier de Crète, etc... FONTANILLE Marie-Thérèse, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, éd° Searle, Paris 1977, pp.78-119.

[4] Tertullien, (155-220), *Apologétique*, 9,8.

[5] D'où la grâce de la maternité accordée par Dieu à certaines femmes stériles : "Sur fond de Bible, on évoque volontiers le malheur des femmes stériles : Sara, femme d'Abraham, Rebecca, femme d'Isaac, Rachel, femme de Jacob. Leur rôle, capital dans l'histoire du

contenu dans le texte biblique : "*soyez féconds et multipliez.*" [1] C'est pourquoi, on trouve chez les pères de l'Eglise des condamnations des rapports sexuels non destinés à être féconds [2], parallèlement au développement du culte de la virginité mariale et à l'encouragement à la pureté des mœurs, exaltée au travers de la virginité et de la continence.[3]

Dès 1953, Pie XII, fustige la "fraude contre les desseins de la nature" pour les couples. "*C'est donc un crime - que la raison d'Etat ou quelque prétexte d'eugénisme ou d'économie ne saurait justifier - d'attenter d'une façon ou d'une autre contre la vie dans son itinéraire qui va de l'union des époux jusqu'au berceau : et il faut entendre par là non seulement le meurtre direct de l'innocent, mais également la fraude contre les desseins de la nature qui, en tant que tels, expriment la volonté du Créateur.*" [4] "*Par l'encyclique «Humanae vitae», le pape Paul VI a condamné la régulation artificielle des naissances. Il est resté en cela dans la droite ligne de la tradition.*" [5]

L'Eglise n'a jamais admis la dissociation volontaire entre union et procréation. "*Est exclue toute action qui, soit en prévision de l'acte conjugal, soit dans son déroulement, soit dans le développement de ses conséquences naturelles, se proposerait comme but ou comme moyen de rendre impossible la procréation.*" [6]

Alors que l'église protestante semble reconnaître aujourd'hui la contraception [7], l'Eglise catholique s'oppose moralement toujours à la maîtrise de la fécondité. [8] Les catholiques ne doivent pas vouloir réguler ce que Dieu a créé et se rapprocher ainsi du rôle du Créateur. [9]

Les non-croyants, les athées et les agnostiques qui pensent que la reproduction est plutôt liée au hasard, conçoivent plus aisément que l'homme puisse tenter de maîtriser sa fécondité. La société décida, dans un premier temps, de réprimer toute information sur les moyens anticonceptionnels.

---

peuple juif, illustre, derrière l'affrontement d'une nature rebelle, la puissance du surnaturel. La destinée de ces femmes n'est pas nécessairement de rester infécondes : elles cessent d'ailleurs de l'être si le Seigneur, constatant leur foi retrouvée, exauce leurs prières.", TERRE François, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit.*, précité, pp.94-95. Sans oublier Elisabeth, femme de Zaccharie, et cousine de la vierge Marie qui mettra au monde, dans "l'âge de la vieillesse", St Jean Baptiste.

[1] Genèse, I, 28.

[2] "S'unir sans chercher la procréation, c'est outrager la nature", "La loi chrétienne veut que les maris n'aient de rapports avec leurs femmes, que modérés et uniquement pour mettre des enfants au monde", "Parce qu'il a été destiné par Dieu à la reproduction de l'homme, le semen ne doit pas être éjaculé en vain, il ne doit pas non plus être endommagé ni gaspillé.", Clément d'Alexandrie, "Le bon chrétien n'a de rapports avec sa femme que pour avoir une postérité", Origène, "Il y a deux raisons à l'institution du mariage : elle est là pour que nous vivions chastement et que pour que nous ayons des enfants.", Jean Chrysostome, "Je ne vois pas de quelle utilité serait la femme pour l'homme si l'intention de mettre des enfants au monde était écartée.", Augustin, "C'est une honte pour les femmes de ne pas avoir la récompense des noces puisque c'est leur seule raison de se marier.", Ambroise, cités par FONTANILLE Marie-Thérèse, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, précité, p.53.

[3] "Il est certain que nos grands mystiques ont été des continents (...) Une certaine tonalité de l'expérience, une certaine disponibilité de l'affectivité capable de s'investir toute entière dans l'Objet divin, une ferveur sensible, ne requièrent-elles pas une continence qui évite le court-circuit au niveau sensible, sinon au niveau spirituel ?", BEINAERT Louis s.j., *La signification du symbolisme conjugal dans la vie mystique*, in *Mystique, sexualité et continence*, précité, p.185. Contra cf. "Les grands poètes, les artistes de génie, les saints, de même que les conquérants, sont en général fortement sexués.", CARREL Alexis, *L'homme cet inconnu*, précité, p.206. Ce qui n'est pas incompatible à la lumière des théories freudiennes de la sublimation de l'énergie sexuelle par détournement de but...

[4] Pie XII, Secr.d'Etat à la semaine sociale d'Italie, 27 sept. 1953, in *Le droit à la vie dans l'enseignement des papes*, Solesmes 1981, p.54. Mais il avait, dès auparavant, limité l'action médicale vis-à-vis de la régulation des naissances : "un médecin digne de sa profession (...) n'encouragera jamais ce qui frustrerait de façon délibérée l'inestimable pouvoir de la nature de transmettre la vie.", Pie XII, "A des chirurgiens militaires", 13 févr. 1945, in *Le droit à la vie dans l'enseignement des papes*, précité, p.56. Position réitérée par Jean XXIII, Lettre encyclique Mater et Magistra, 15 mai 1961, ibidem, p.46.

[5] TERRE François, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit.*, précité, p.97.

[6] Paul VI, Lettre encyclique Humanae vitae, 25 juill. 1968, in *Le droit à la vie dans l'enseignement des papes*, précité, p.52. Position confirmée par Jean-Paul II : "C'est en sauvegardant les deux aspects essentiels, union et procréation, que l'acte conjugal conserve intégralement le sens d'amour mutuel et véritable, (...). La contraception prive intentionnellement l'acte conjugal de son ouverture à la procréation, et opère par là une dissociation volontaire des finalités du mariage.", Congrégation pour la doctrine de la foi, "Critères moraux des techniques biomédicales", 22 févr. 1987, in *L'éthique médicale dans l'enseignement des papes*, éd° Solesmes 1987, p.288.

[7] La Fédération protestante de France exprima en 1987 sa compréhension : "de la contraception qui dissocie sexualité et fertilité face à la détresse d'une fécondité qui peut constituer une menace.", TERRE François, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit.*, précité, p.100.

[8] "L'enfant à naître devra être le fruit de l'amour de ses parents. Il ne peut être ni voulu ni conçu comme le produit d'une intervention de techniques médicales et biologiques ; cela reviendrait à le réduire à devenir l'objet d'une technologie scientifique. Nul ne peut soumettre la venue au monde d'un enfant à des conditions d'efficacité technique mesurées selon des paramètres de contrôle et de domination.", Congrégation pour la doctrine de la foi, "Critères moraux des techniques biomédicales", 22 févr. 1987, in *L'éthique médicale dans l'enseignement des papes*, précité, p.290.

[9] Il y a peut-être un rapprochement à faire avec le pêché originel qui consiste à regarder de trop près l'arbre de la connaissance...

2°) L'incrimination de l'information sur la contraception

On peut considérer que l'Etat laïc s'est affranchi de toute conception négative de la contraception par sa théorie du mariage, non lié à la reproduction. [1] Cela serait faire abstraction des préoccupations démographiques. En France, la loi du 31 juillet 1920 incriminait à la fois la propagande anticonceptionnelle et la divulgation de procédés anticonceptionnels. [2]

Le but était de lutter contre la diffusion des idées autant que des outils antinatalistes. Le législateur voulait lutter contre la dénatalité dans un pays décimé par la première guerre mondiale, en empêchant le développement des moyens modernes de contraception, que réclamaient certaines parties de la population avides de vivre pleinement les "Années-folles".

Ce souci démographique ne réprimait que la diffusion publique d'information ou de recettes contraceptives sans prohiber les pratiques individuelles : "*l'article L.648 laissait licite l'usage personnel des contraceptifs et aussi, évidemment, la prescription médicale d'anticonceptionnels à des fins strictement thérapeutiques.*" [3] Par ailleurs, la technologie de l'époque ne connaissait pratiquement que des moyens contraceptifs mécaniques et ponctuels ou des méthodes de repérage des périodes mensuelles de non-fécondité fondées sur la température. [4]

La découverte de nouveaux moyens chimiques de prévention de la grossesse devait influencer l'évolution des mœurs et donc du droit. [5] Les pouvoirs publics semblent avoir acquis, dans le seconde partie du XX^{ème} siècle, un sens aigu de la réalité concrète de la misère sociale en constatant qu'il valait mieux permettre à une grossesse de ne pas débuter, quand elle n'est pas désirée, plutôt que de risquer de voir se développer l'avortement ou même l'infanticide. [6]

La nouvelle pilule "américaine" apporta aux partisans de la régulation des naissances le moyen technique stable et sûr qu'ils attendaient pour réclamer l'abandon de la loi de 1920.

Il n'est pas inutile de rappeler que l'introduction de la pilule dans les mœurs ne fut pas aussi consensuelle que l'absence actuelle de débat sur le bien-fondé d'un libre accès à la contraception le laisse aujourd'hui penser.

Les médecins eux-mêmes résistèrent à l'élargissement de la définition de l'acte médical dans le sens de la contraception. "*Rappelez-vous qu'en 1962 l'Ordre national des médecins était opposé à la pilule contraceptive. Lisez ce communiqué du Conseil de l'Ordre, en date du 24 janvier 1962 : «Le médecin n'a aucun rôle à jouer et à assurer dans l'application des moyens anticonceptionnels.» C'est clair et impératif. Et des voix autorisées comme celle du Pr. Grassé affirmaient : «C'est une*

---

1 "Si l'intention de procréer est nécessaire au mariage, il n'y a plus de place pour le mariage *in extremis*. Si le mariage n'est parfait que par la naissance, la conséquence logique est le divorce pour stérilité, et le danger pratique la stérilité volontaire pour se réserver une voie de plus vers le divorce.", CARBONNIER Jean, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, in Etudes Ripert, L.G.D.J. 1950, p.334.

2 L. 31 juill, 1920, incorporée dans les articles L.648 et L.649 C.S.P. jusqu'à leur abrogation par la loi du 28 décembre 1967. Les peines étaient : de 1 à 6 mois d'emprisonnement et de 360 à 18000 f d'amende.

3 MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel*, Droit pénal spécial par André VITU, Cujas 1982, n°2130, p.1730.

4 L'efficacité de ces méthodes telles que la méthode Ogino était toute relative, au point que l'on a pu parler de générations de bébés-ogino.

5 "Aux Etats-Unis, au début de ce siècle, une femme, Margaret Sanger, inventait le «planning familial» et commençait sa quête du contraceptif idéal. L'idée de contraception ne date pas de ce temps-là, mais elle n'a pris sa forme moderne qu'en devenant porteuse de deux projets de réforme : l'émancipation des femmes et l'allégement du fardeau des pauvres. Trente ans plus tard, la science acceptait le rendez-vous. Grégory Pincus, biologiste outsider, passait contrat avec Margaret Sander. L'année suivante, il tirait d'un lot d'une centaine de stéroïdes une petite molécule provenant d'un igname mexicain, pour lui assigner sa vocation : prévenir la grossesse. (...) Autorisée en 1960 aux Etats-Unis et aussitôt adoptée, la pilule traversa l'Atlantique, d'abord clandestinement, puis légalement.", JOURNET Nicolas, Les cahiers de science & vie, hors série 1992, n°10, *L'invention de la pilule*, p.1.

6 "Considérant que la contraception et l'information sexuelle sont les meilleurs moyens de régulation des naissances et de prévention de l'avortement, le législateur a rendu licite la contraception en abrogeant certains textes répressifs, (loi du 4 décembre 1974) et a créé un Conseil Supérieur de l'information sexuelle, de la régulation des naissances de l'éducation familiale (loi du 11 juillet 1973).", MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, Maloine 1984, pp.59-60.

tendance hitlérienne que de prôner la pilule anticonceptionnelle.» Pour le Pr. Chauchard, cette même pilule était une «monstruosité digne du meilleur des mondes»." [1]

Il se trouvait donc des autorités médicales pour refuser que la médecine s'éloigne de sa mission initiale : l'acte strictement thérapeutique. [2]

B) L'abandon de la répression : la loi du 28 décembre 1967

Les "concepteurs" de la législation moderne sur la contraception pensaient pouvoir, par la libéralisation des moyens anticonceptionnels, allumer un contre-feu face au danger collectif grandissant de l'avortement. Leur conviction était si forte qu'ils la diffusèrent très efficacement : "*Avant les débats parlementaires, avant même le travail de la Commission spéciale, présidée par M. Lucien Neuwirth, une large campagne de presse, savamment orchestrée, destinée à matraquer l'opinion, avait soutenu, proclamé, réaffirmé que la contraception remplacerait l'avortement comme l'avortement a remplacé l'infanticide.*" [3]

La loi du 28 décembre 1967 supprima l'incrimination créée par la loi du 31 juillet 1920 (1°), ce qui a influencé les critères de justification de l'acte de prescription médicale d'un moyen anticonceptionnel (2°).

1°) La suppression de l'incrimination

La loi du 28 décembre 1967 devait élargir nettement les possibilités de diffusion d'informations au public sans mettre un terme à toutes les restrictions en matière de contraception. "*Le législateur a entendu à la fois promouvoir la liberté de la contraception, mais sans ruiner les efforts faits d'autre part pour encourager la natalité.*" [4]

La fabrication des produits et objets contraceptifs est autorisée à condition d'obtenir une autorisation de mise sur le marché, conformément aux règles applicables aux médicaments. La publicité restée longtemps limitée aux diffusions adressées aux médecins et pharmaciens est aujourd'hui possible à l'égard de tous publics, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. [5]

La contraception autrefois strictement limitée, sans être interdite en soi, est aujourd'hui libre, ainsi que la diffusion d'information sur les moyens anticonceptionnels. [6] On remarquera, toutefois, que si le choix d'employer des moyens anticonceptionnels n'est pas une faute pénale, il peut constituer une faute eu égard aux obligations du mariage. [7]

La prescription d'un produit anticonceptionnel est devenue un acte médical "ordinaire" (a), avec toutefois quelques particularités en ce qui concerne le stérilet (b).

---

1 BEAULIEU Etienne, *Choc en retour. Où commence la vie humaine ?* Rev.Autr.1991, n°120, *Le défi bioéthique. La médecine entre l'espoir et la crainte*, p.28.

2 "C'est tardivement que la femme s'est vue reconnaître le droit à la contraception, c'est à dire le droit à «la régulation médicale des naissances.»", SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, Masson 1989, p.373.

3 LOUVET J., *Considérations sur une proposition de loi extensive de l'avortement thérapeutique*, Gaz.pal.1971, p.101.

4 MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°2131, p.1731.

5 Loi n°67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances, article 5, modifié par la loi n°91-73 du 18 janvier 1991, article 7. Cette extension a été déterminée par le souci de pouvoir informer les jeunes des moyens qui, bien que contraceptifs, sont surtout des moyens de prévention contre le S.I.D.A., tels que les préservatifs.

6 Certains y voient une évolution globale des mœurs, "Le grand bouleversement réside dans la légitimation de la contraception, remettant en question du même coup les multiples interdits frappant la sexualité, féminine surtout.", BELLO Pierrette, DOLTO Catherine Dr., SCHIFFMANN Aline Dr., *Contraception, grossesse, IVG.*, Seuil 1983, p.65.

7 "L'usage de contraceptifs n'est pas en lui-même une cause de divorce, mais le refus injustifié et unilatéral d'avoir des enfants, malgré le souhait de l'autre conjoint est considéré comme une injure grave.", DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, note sous C.E. 31 oct. 1980, J.C.P. 1982-II-19732.

a) La prescription d'un contraceptif est devenue un acte médical

Le législateur a entendu réserver expressément la prescription des contraceptifs hormonaux, comme la pilule, et des contraceptifs utérins, comme le stérilet, à la décision d'un médecin, et la délivrance de ces produits, au monopole des pharmaciens. [1] "*L'insertion des contraceptifs intra-utérins ne peut être pratiquée que par un médecin.*" [2] Ce qui aboutit à n'exclure de la catégorie des actes médicaux que l'achat et l'utilisation des préservatifs, tous les autres contraceptifs relevant du monopole des médecins ou des sages-femmes. [3]

La prescription de médicaments ou de dispositifs anticonceptionnels est, aujourd'hui, un acte médical ordinaire sur le plan de la qualification juridique, ce que reconnaît le corps médical : "*La responsabilité du médecin est entièrement engagée par la prescription de contraceptifs comme elle l'est pour tout autre acte médical.*" [4]

La loi du 4 décembre 1974 a supprimé l'obligation pour les mineures d'obtenir le consentement écrit d'un des parents ou du représentant légal. "*Cette mesure qui était prévue par la loi de 1967 était inappliquée parce qu'inapplicable.*" [5] Le législateur a entendu fournir aux mineurs un interlocuteur institutionnel pour entendre leur demande. "*Les centres de planification ou d'éducation familiale sont autorisés à délivrer à titre gratuit des médicaments, produits ou objets contraceptifs sur prescription médicale, aux mineures désirant garder le secret.*" [6] Ce secret ne peut être réellement garanti que par l'accès gratuit à la contraception. [7]

La question d'une éventuelle clause de conscience du praticien peut se poser en matière de contraception, tant pour le médecin prescripteur que pour le pharmacien distributeur. [8] Le médecin bénéficie d'une liberté de prescription qui est incompatible avec une obligation de prescrire un contraceptif à tout patient qui le lui demande, ce qui suffit à protéger la conscience des praticiens qui seraient, le cas échéant, opposés à toute contraception.

Quant au choix de tel ou tel procédé contraceptif, il est logique d'appliquer à cet acte médical les règles ordinaires en matière de choix d'une voie thérapeutique, à savoir proportionnalité des avantages par rapport aux risques. La personne qui sollicite un contraceptif médicamenteux ou intra-utérin doit faire l'objet d'un examen médical destiné à analyser le moyen médical le plus utile et le moins risqué pour atteindre le but poursuivi : la non-grossesse. [9]

---

[1] "La délivrance des contraceptifs est exclusivement faite en pharmacie, sur prescription médicale.", Loi n°74-1026 du 4 décembre 1974, art.1, modifiant l'article 3 de la loi de 1967.

[2] L. 28 déc. 1967 relative à la régulation des naissances, article 3 al.4.

[3] Les sages-femmes peuvent prescrire les diaphragmes, capes et les contraceptifs locaux, crèmes, éponges et ovules spermicides. L. 28 déc. 1967, précitée, article 3 al.3.

[4] O.N.M., *Guide d'exercice professionnel à l'usage des médecins*, Masson 16ème éd° 1991, T.2, p.949.

[5] SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, Sauramps-médical, 1991, p.101.

[6] O.N.M., *Guide d'exercice professionnel* ,.précité, T.2, p.950.

[7] Cf. Décret n°92-784 du 6 août 1992 relatif aux centres de planification ou d'éducation familiale, art.4. J.O. 12 août 1992, p.10969, D.1992, lég°, p.481. La volonté étatique d'assurer aux mineurs un accès libre et gratuit à la contraception s'est étendu à l'accès aux moyens médicaux de dépistages des maladies sexuellement transmissibles, y compris le virus HIV. Cf.art.6 bis de la loi du 28 décembre 1967, modifié par la loi n°90-86 du 23 janvier 1990, art. 50, et le décret du 6 août 1992, art.8 à 14.

[8] Cf l'affaire de la pharmacienne de Franche-comté qui refusait de vendre la pilule. Après de nombreux rebondissements tant médiatiques que juridiques la pharmacienne fut relaxée de l'accusation de refus de vente, ce texte ne s'appliquant pas aux médicaments. Lyon 19 févr. 1982, D.S. 1982, 455. Monsieur MEMETEAU constate pour sa part, après l'avoir vertement critiqué que "nulle clause de conscience à proprement parler n'existe légalement au profit des pharmaciens.", MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, jurisprudence française n°4, Litec 1985, p.332.

[9] "Quelle que soit la solution retenue la femme devra se soumettre à un examen médical : c'était le seul moyen permettant d'éviter les contre-indications et de choisir le contraceptif le mieux adapté.", CALLU Marie-France, J.-Cl. pénal,.art.317, fasc. *régulation des naissances*, n°7.

b) La question particulière du stérilet

Il peut paraître choquant que le législateur ait incorporé dans les dispositions concernant la contraception les dispositifs intra-utérins comme le stérilet, ce qui scientifiquement confond contraception et avortement. La distinction essentielle réside dans le moment de l'interférence dans le phénomène reproductif.

La contraception vise à empêcher l'ovule d'être fécondé, alors que l'avortement a pour but d'empêcher l'ovule déjà fécondé de se développer, et de l'expulser du corps de la femme. Or, "*selon la majorité des spécialistes, le stérilet est, non pas anticonceptionnel, mais très probablement abortif : six jours après la fécondation, il empêche l'œuf humain de se fixer dans l'utérus.*" [1] Cette énorme différence n'a visiblement pas perturbé les rédacteurs de la loi de 1967, ni l'opinion publique pourtant "sur-abreuvée" d'informations scientifiques.

Il y a lieu de s'interroger sur l'absence de classement du stérilet dans les produits abortifs, car les textes antérieurs aux lois de 1975 et 1979 sur l'interruption volontaire de grossesse connaissaient des cas limités d'avortement licite. La rédaction de l'article 3 de la loi du 28 décembre 1967 traite du stérilet comme d'un contraceptif méritant certaines précautions, sans conscience qu'il s'agit , en fait, d'un mécanisme abortif prolongé dans le temps. [2]

La meilleure preuve que le stérilet devrait être soumis aux règles ordinaires concernant les produits abortifs résulte de l'énonciation des risques dérivés de la pose d'un tel appareil. "*Le vécu pénible, dans ce cas, est indiscutablement celui du médecin qui a posé le stérilet. Il est pris entre sa bonne conscience d'avoir annoncé le risque possible, c'est-à-dire le pourcentage d'échecs, mais aussi le fait d'avoir accepté de faire l'intervention. Le fait que le contraceptif intra-utérin puisse avoir une incidence fâcheuse sur le développement de l'enfant, ultérieurement, suscite son inquiétude.*" [3]

Il nous semble essentiel de distinguer la contraception qui vise à empêcher deux catégories différentes de cellules de se rencontrer et l'avortement qui vise à tuer un composé de ces deux cellules. Car, si l'ovule et le spermatozoïde sont des cellules vivantes, il ne s'agit que de la vie biologique, ni l'un, ni l'autre ne sont destinés à dépasser le stade de quelques heures, il ne s'agit pas de cellule humaine. [4]

En revanche, l'ovule fécondé est destiné à donner naissance à un être original, au patrimoine génétique propre, source de vie humaine, petit résumé d'homme ou personne potentielle. [5] "*Contrairement à l'avortement, la contraception est généralement bien accueillie parce qu'elle permet de concilier l'intérêt de la mère (qui veut maîtriser ses grossesses) et l'intérêt potentiel de l'enfant (qui n'ayant pas été conçu, ne risquera pas d'être supprimé par un avortement, autorisé ou non).*" [6]

Il y a plus de différence entre contraception et avortement qu'entre avortement et infanticide. La contraception veut empêcher la vie humaine de surgir, l'avortement veut l'empêcher de se développer, en recourant, le cas échéant à la provocation de la mort, tout comme l'infanticide. Il y a une erreur scientifique et juridique à classer le stérilet dans l'arsenal des moyens contraceptifs.

---

1 TOULAT Jean, *L'avortement, crime ou libération ?*, Fayard 1973, p.123.

2 "Les contraceptifs hormonaux et intra-utérins ne peuvent être délivrés que sur prescription médicale. (...) L'insertion des contraceptifs intra-utérins ne peut être pratiquée que par un médecin.", L. 28 déc. 1967, précitée, article 3 al.3 et 4.

3 VELLAY Pierre, *Le vécu de l'avortement*, éd° universitaires, 1972, p.146.

4 Pour un avis prudent cf. "Il est métaphysiquement impossible de dire si la vie commence dès la fécondation, c'est-à-dire avec la conjonction des gamètes (et dans ce cas, même le stérilet serait un abortif), ou seulement à la nidation intra-utérine de l'œuf.", SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, précité, p.372.

5 Sur l'expression de "personne potentielle", cf: infra 2ème Partie, Titre 1, le statut de l'œuf humain fécondé, p.281 et s.

6 CALLU Marie-France, J.-Cl. pénal,.art.317, fasc. *régulation des naissances*.

Tout au plus, peut-on constater que l'acte médical de pose d'un dispositif intra-utérin est réalisé avant toute fécondation. Ce qui ne désarme pas les critiques puisque le dispositif est destiné à éliminer tous les ovules fécondés qui pourront survenir, il s'agit d'avortement prémédité, au sens d'une anticipation systématique. [1] Il serait plus exact de comparer le stérilet avec une méthode de stérilisation temporaire et réversible, encore que la stérilisation n'ait pas pour but de détruire un œuf humain fécondé.

Une autre explication réside dans l'utilisation d'un autre critère que celui de la fécondation, celui de la nidification. [2] Or, cette distinction médicale dans le processus chronologique de la grossesse ne doit pas interférer sur la qualification juridique dès lors que le cap essentiel est que l'œuf humain est un être nouveau, une fusion de deux patrimoines génétiques, dès la fécondation.

La nidification est, selon nous, une phase importante mais non fondamentale par rapport à la démarche juridique. Empêcher la fécondation, c'est empêcher la vie par des moyens anticonceptionnels, empêcher la nidification ou la nidation, c'est provoquer la mort. Cette opposition nous semble essentielle. Il faut constater aujourd'hui que tant la pratique médicale que la pratique juridique, s'accommodent de cette analyse erronée selon laquelle le stérilet est un moyen contraceptif. [3]

L'analyse a pourtant été très différente lors des débats sur l'utilisation d'une nouvelle molécule aux effets sensiblement comparables au fonctionnement d'un stérilet, encore s'agissait-il d'un moyen chimique et non mécanique, la pilule R.U.486. [4]

Cette pilule a été considérée d'emblée comme un moyen abortif et elle "*s'utilise dans le cadre de la loi sur l'I.V.G. et en milieu hospitalier. (...) Fin 1989, 39000 femmes en France y avaient déjà eu recours. Actuellement utilisée dans 30% des I.V.G.*" [5] Son inventeur préfère le terme de contragestion. [6]

La pilule R.U.486 est un stérilet chimique, qui est considéré comme moyen abortif, contrairement au stérilet physique qui est classé comme moyen contraceptif. Cette distinction n'est pas rationnelle, car ces deux moyens agissent au même moment et avec les mêmes effets.

---

[1] L'article 317 du Code pénal n'impose pas que la femme soit enceinte, ni que les moyens employés soient efficaces.

[2] "Certains produits absorbés après des rapports qui pouvaient être fécondants empêchent, non pas la fécondation de l'ovule mais la fixation de l'œuf dans l'utérus. S'agit-il alors de contraception ou d'avortement ? Le choix en faveur de la première qualification s'impose, car il ne saurait y avoir avortement s'il n'y a pas de grossesse, et celle-ci n'a pas commencé tant qu'il n'y a pas eu «nidation» de l'œuf. (...) L'administration de la «pilule du lendemain» est donc soumise à la législation sur la contraception.", DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, Rép.pénal Dalloz, V° *Avortement*, août 1986, n°2.

[3] On peut penser que cela résulte aussi de l'analogie dans les conditions d'emploi de ce moyen avec les autres moyens anticonceptionnels, utilisation systématique, indépendamment d'un diagnostic de grossesse, facilité d'utilisation.

[4] Le comprimé de mifepristone, anti-hormone s'oppose aux effets de la progestérone indispensable à la nidification et empêche ainsi l'oeuf fécondé de se développer. Bien qu'autorisé le 23-9-1988, le laboratoire producteur, (Roussel-Uclaf) décida de le retirer en raison d'un risque de boycottage de ses produits aux Etats-Unis). Le ministre de la santé, (Claude EVIN), le mit en demeure de reprendre la distribution. L'autorisation de mise sur le marché, (A.M.M.), date du 28-12-1988 sous le nom de Mifegyne 200 mg. Il est aujourd'hui utilisé en association avec des prostaglandines destinées à éviter certains effets secondaires.

[5] *QUID*, Robert LAFONT, 1991, p.1375.

[6] "J'ai choisi, quant à moi, l'expression «contragestion» - pour «contragestation». Il ne masque en rien qu'il s'agit de l'arrêt d'une grossesse. Il rend simplement compte de la différence physique et psychologique radicale qui existe entre l'avortement tardif et une interruption de la gestation précoce, comme celle provoquée par le RU 486.", BEAULIEU Etienne, *Choc en retour. Où commence la vie humaine ?* Rev.Autr. 1991, n°120, *Le défi bioéthique. La médecine entre l'espoir et la crainte.*, p.29.

2°) La contraception et les conditions ordinaires de justification pénale des actes médicaux

Il a fallu une intervention du législateur pour permettre la diffusion d'information sur les moyens médicaux anticonceptionnels. La loi du 28 décembre 1967, précitée, n'a pas bouleversé la licéité des moyens contraceptifs, mais elle en a étendu la diffusion et les critères de prescription. Les méthodes anticonceptionnelles étaient jusque là quasi-clandestines ou en tout cas discrètes, en dehors de l'hypothèse d'une indication thérapeutique, telle qu'une incompatibilité médicale avec une grossesse.

La loi de 1967 a justifié la prescription médicale des produits contraceptifs en dehors de tout but curatif pour le client. Cette nouvelle entorse au principe d'une médecine strictement curative ne pouvait être qu'une œuvre législative.

L'intervention de la loi de 1967 a étendu la notion d'acte médical, puisque la prescription de moyens contraceptifs n'était licite auparavant que dans un but strictement thérapeutique, et qu'elle est désormais licite quel que soit le but de cette contraception. Ce qui signifie que le législateur reconnait à chaque personne le droit de solliciter de son médecin un acte médical qui n'a pas pour but d'améliorer sa santé mais seulement de lui permettre une sexualité sans risque de grossesse.

Le médecin se voit ainsi doté d'une nouvelle mission conforme aux préoccupations modernes de santé publique mais néanmoins éloignée de sa mission initiale. Soigner, guérir ou soulager sont et restent des démarches différentes de la participation à la maîtrise de la fécondité par l'empêchement de la reproduction "naturelle".

Nouvel acte médical, la prescription d'un médicament contraceptif ou la pose d'un dispositif anticonceptionnel n'est pas un acte curatif, à moins d'en forcer la définition en alléguant que de prémunir les personnes contre les grossesses futures est un paramètre de leur santé affective et mentale. Il est moins hypocrite de reconnaître officiellement que la contraception est aujourd'hui un droit qui en vertu de la loi permet à l'individu consentant de gérer sa reproduction, indépendamment de toute considération de santé.

Sur le plan sociologique, la contraception a considérablement modifié le colloque singulier entre le patient et le médecin, ne serait-ce que parce que l'interlocuteur du praticien est en pleine possession de ses moyens, tant physiques que mentaux, lorsqu'il sollicite un acte médical de prescription.

Mais c'est surtout le rôle prépondérant accordé à la volonté du patient qui perturbe l'ordre traditionnel du rapport médical. "*En face d'une demande de contraception, le praticien assiste au renversement des rôles habituels : normalement, le médecin est celui qui sait (fait le diagnostic) et ordonne (prescrit le traitement). Il est le thaumaturge en principe incontesté : lors de la consultation de contraception, il perd sa prééminence et devient celui qui adapte une volonté éclairée, celle de la femme, aux nécessités de la médecine qu'il est censé connaître. Le médecin perd la dignité que lui donne habituellement le mystère qui enveloppe le fait médical.*" [1]

Le domaine de la contraception est celui de la reconnaissance sociale de l'importance grandissante du consentement du "consommateur" d'acte médical par rapport à la volonté du "producteur" de médecine.

Toutefois, sur le plan strictement pénal, c'est l'autorisation de la loi de 1967, et non le consentement de la "victime" qui permet de justifier le médecin prescripteur ou implantateur d'un produit anticonceptionnel. Cette loi permet au médecin contemporain de pratiquer publiquement cette médecine non-curative sans encourir les sanctions qui seraient objectivement applicables dans des situations comparables.

---

[1] BAUDET J.H. et TABASTE J.L., *Le choix difficile pour la femme*, in SOUTOUL J.H., *Conséquences d'une loi. Avortement an II*, éd° La Table Ronde, 1977, p.88.

La civilisation occidentale contemporaine reconnaît au corps médical le rôle de prescripteur et de distributeur de produits jugés utiles à certains conforts de la vie moderne. Cet éloignement de la mission initiale des thérapeutes est le reflet d'une évolution plus globale tendant au développement d'un droit à l'individu sur son corps.

La maîtrise de la fécondité peut être analysée comme un choix de la personne quant à l'opportunité de se reproduire. Cette prise en compte de la volonté de l'individu incite à étudier le statut pénal de l'œuf humain.

§2) Le statut pénal de l'œuf humain

Sur le plan strictement pénal, il faut analyser si l'œuf humain fécondé fait l'objet d'une protection de son intégrité physique. [1] C'est une des missions de la loi que d'être pédagogue en exprimant la hiérarchie des valeurs à protéger : "*Le Législateur, qui connaît uniquement des catégories abstraites, générales et impersonnelles, et qui a seulement compétence pour fixer les limites de la répression, doit se borner à fixer le point de départ et le point ultime de la protection de la vie humaine, avant d'indiquer les actes punissables et de préciser les sanctions applicables.*" [2]

Après avoir exposé quelques aspects du débat éthique sur le statut de fœtus (A), et montré que les incriminations générales du Code pénal ne protègent pas l'œuf humain (B), il conviendra d'étudier la portée de la dichotomie personne / chose en droit pénal (C). Il apparaît, en effet, que le fœtus bénéficie de la protection d'une incrimination spéciale - l'avortement - qui se distingue des infractions contre l'intégrité physique de la femme qui le porte [3].

A) Quelques aspects du débat éthique sur le statut du fœtus

De nombreuses réflexions éthiques d'autorités religieuses [4] et d'auteurs laïcs [5] expriment le souhait de reconnaître à l'œuf humain le statut de personne. Cette conception repose sur la datation

---

[1] Les différents vocables utilisés pour désigner l'œuf humain fécondé n'ont d'intérêt que médical ou philosophique, puisque le droit pénal ne distingue pas selon que l'œuf à 1 jour ou 300, ni qu'on le nomme ovule fécondé, blastula, embryon ou fœtus. "Les œufs arrivés au stade de «blastula» peuvent vers le 12e jour après leur fécondation s'implanter en bonne place dans la muqueuse utérine. Cette nidation survient environ 33 jours après le premier jour des dernières règles normales de la femme enceinte. Après sa nidation, l'œuf fécondé est appelé embryon ; à la fin de 13e semaine après la fécondation il a pris forme humaine et est devenu fœtus. Il commence à se manifester à sa mère par des mouvements spontanés ; selon la doctrine de l'ancien droit canonique le nouvel être était à ce stade animé par l'âme qu'il venait de recevoir.", CAYLA Jean-Simon Dr., *La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse : aspects médicaux et biologiques*, R.T.D.soc. 1980, p.311. Loin de nous l'idée d'aborder le nature scientifique de l'œuf humain, encore que certains travaux pourraient être utilisés pour la démonstration de la "validité scientifique" de tel ou tel statut juridique. cf. OLIVIERO Philippe, *La notion de «pré-embryon» dans la littérature politico-scientifique*, Arch.phil.droit 1991, *Droit et science*, pp.85-107.

[2] DOUCET J.P., note sous Cass.crim.2 avril 1992, Gaz.pal. 23-24 oct. 1992, p.8.

[3] Cf. infra section 2, p.297.

[4] Cf notamment l'opinion de l'Eglise catholique dans la logique de la prohibition de la contraception et de l'avortement. "Dès que l'ovule est fécondé, se trouve inaugurée une vie qui n'est celle ni du père, ni de la mère, mais d'un nouvel être humain qui se développe pour lui-même. Il ne sera jamais rendu humain s'il ne l'est pas dès lors. (...) Du point de vue moral, ceci est certain : même s'il y avait un doute concernant le fait que le fruit de la conception soit déjà une personne humaine.", Paul VI, Congr. pour la doctrine de la foi, décl. 18 nov. 1974, in *Le droit à la vie dans l'enseignement des papes*, précité, pp.96-97. L'Eglise défend la vie sous toutes ses formes parce qu'elle provient de Dieu. La vie humaine, don de Dieu, commence à la conception. "Dieu maître de la vie, a confié aux hommes le noble ministère de la vie et l'homme doit s'en acquitter d'une manière digne de lui. La vie doit être sauvegardée avec un soin extrême dès la conception.", Jean-Paul II, au congrès du Mouvement pour la vie, 12 oct. 1985, in *L'éthique médicale dans l'enseignement des papes*, précité, p.230. Phrase reprise in extenso des travaux de Vatican II, cf. Paul VI, Vat.II, Gaudium et spes, 7 déc. 1965, in *Le droit à la vie dans l'enseignement des papes*, précité, p.104."Le fruit de la génération humaine dès le premier instant de son existence, c'est-à-dire à partir de la constitution du zygote, exige le respect inconditionnel moralement dû à l'être humain dans sa totalité corporelle et spirituelle. L'être humain doit être respecté et traité comme une personne dès sa conception, et donc dès ce moment on doit lui reconnaître les droits de la personne, parmi lesquels en premier lieu le droit inviolable de tout être humain innocent à la vie." Congrégation pour la doctrine de la foi, 22 févr. 1987, "Critères moraux des techniques biomédicales", in *L'éthique médicale dans l'enseignement des papes*, précité, p.277.

[5] Les partisans de cette thèse aiment à se référer à Tertullien : "Citons Tertullien qui tient le même langage qu'Athénagoras : «C'est un homicide anticipé que d'empêcher de naître ; peu importe qu'on arrache l'âme déjà née ou qu'on la fasse disparaître naissante. Il est déjà un homme celui qui le sera.»" VARAUT Jean-Marc, *Le possible et l'interdit. Les devoirs du droit*, éd° Table Ronde, 1989, p.134 Ou à Jean ROSTAND : "A Jean Rostand, la revue Recherches (oct. 1971) posait, entre autres, cette question : «Pensez-vous que dès

de l'apparition de la vie humaine au moment de la fécondation, qui crée la vie d'un ensemble de cellule à qui l'on donne par anticipation la qualité de personne.

On retrouve la trace de l'opinion pontificale dans la démarche de Madame BOUTIN, parlementaire catholique qui affirme que : "*le souci légitime de défendre «l'humanité de l'homme» conduit à l'affirmation de l'embryon comme personne, sauf à «remettre en cause l'humanité de la chaîne entière».*" [1]

Les interprétations divergent pourtant quant à la conception catholique, l'œuf humain fécondé est-il une personne humaine ou est-il un être humain qui doit être considéré comme une personne humaine ? "*L'embryon n'est jamais qualifié de personne humaine comme on le dit généralement, mais de vie humaine qui doit être traitée et respectée «comme» une personne humaine.*" [2] Or cette distinction est essentielle pour le droit pénal car il faut déterminer si l'œuf humain bénéficie du statut protecteur que le Code pénal crée pour la personne humaine. L'œuf humain est-il déjà une personne ou faut-il qu'il naisse pour l'être ? [3]

D'autres auteurs, comme Madame LABRUSSE-RIOU, abordent le débat à propos de la qualité de "sujet de droit" : "*il semble bien que progresse la reconnaissance de l'embryon comme sujet autonome, ce qu'accrédite la médecine prénatale. (...) Il faudra bien inventer le statut protecteur de ces instants, et affirmer que dès ce moment l'être humain est un sujet de droit.*" [4]

C'est pour assurer la protection de l'intégrité physique de l'œuf humain fécondé que des auteurs, comme Monsieur ANDORNO, lui attribuent la qualité de personne : "*Dans le cas de l'embryon, le fait qu'il est vivant, qu'il appartient à l'espèce humaine, qu'il a son propre patrimoine génétique, en somme qu'il est un individu de nature raisonnable, une personne. Il mérite toute la protection de la part du droit, par le fait même d'exister en tant qu'être humain.*" L'auteur veut lutter contre la "réification" de l'embryon humain en affirmant que n'étant pas une chose, l'embryon ne peut être qu'une personne. [5]

---

le moment où l'œuf est fécondé, il y ait un être humain ?» Réponse du célèbre biologiste : «Bien sûr ! il y a un être humain. Tout l'homme est déjà dans cet œuf fécondé.»" TOULAT Jean, *L'avortement : crime ou libération ?*, Fayard, 1973, p.37. "La vie humaine commence au moment de la conception, au moment de la fusion du spermatozoïde et de l'ovule." KASTLER Alfred Pr., cité par TOULAT Jean, ibidem, 1973, p.38. TOULAT rajoute : "La science ne connaît pas de seuil qualificatif depuis la fusion de l'ovule et du spermatozoïde qui, elle, est un événement déterminé, créateur d'une nouvelle structure.", ibidem, p.39. cf aussi "Biologiquement la vie d'un être nouveau commence dès que la tête d'un spermatozoïde a pénétré dans un ovule arrivé à maturité, éjecté de son follicule, happé par les franges du pavillon de la trompe et parvenu dans l'ampoule de celle-ci.", CAYLA Jean-Simon Dr., *La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse* , précité, p.310.

1 POUVOIRS 1991, n°56, *Bioéthique*, p.123. Lors de la discussion des projets de loi sur la bioéthique à l'Assemblée Nationale, Madame BOUTIN s'est fait le porte-parole de la doctrine catholique : "Mme Boutin a consacré la majeure partie de son intervention à la défense de l'embryon. (...) Le député est revenu avec fracas sur la loi Veil de 1975. «C'est la source de tous nos maux, elle a ouvert une brèche qui a permis toutes les dérives actuelles», a-t-elle asséné.", PARIS Gilles, Le Monde, 21 nov. 1992.

2 HERMITTE Marie-Angèle, *Science, technologie et religion*, in Arch.phil.droit 1991, *Droit et science*, p.117. Dans les deux cas (protection en tant que personne ou comme une personne), l'embryon devrait être protégé pénalement au même titre que les personnes humaines. Le germe est élevé au rang du fruit, pour que malgré leurs différences, ils soient protégés par les mêmes règles. Ce qui n'est pas sans créer de paradoxe, dès lors que le nouveau catéchisme interdit tout avortement mais tolère la peine de mort. "L'Eglise aura de plus en plus de peine à expliquer le distinguo subtil qu'elle établit entre sa lutte radicale pour protéger l'embryon et son acceptation, même réservée à des cas extrêmes, de la peine de mort. Dans le premier cas, celui de l'avortement, elle n'hésite pas à préconiser la résistance aux autorités civiles (article 2273 du catéchisme) ; dans le deuxième cas, elle s'abrite derrière «le bien-fondé du droit et du devoir de l'autorité publique de sévir...»", TINCQ Henri, *La peine de mort légitimée*, Le Monde, 18 nov. 1992, p.9.

3 Le raisonnement consiste alors à assimiler l'apparition biologique de la vie humaine, c'est-à-dire la fécondation, à la reconnaissance de la qualité de personne humaine à part entière. La personne existe dès lors qu'un œuf humain est fécondé : "Son être propre est donc enfermé dans le secret de la vie de son corps d'où il émerge peu à peu." BRUAIRE Claude, *Une éthique pour la médecine*, Fayard, 1978, p.74.

4 LABRUSSE-RIOU Catherine, *La maîtrise du vivant : matière à procès*, POUVOIRS 1991, n°56, *Bioéthique*, pp.106-107.

5 ANDORNO Roberto, *Procréation artificielle, personnes et choses*, Droit prospectif, Revue de recherche juridique, Presse Universitaire Aix-Marseille, 1992-1, p.21. La vision trop strictement dualiste, ne permet pas de conception intermédiaire. S'il est certes délicat de graduer et de dater "l'humanisation" du produit de la reproduction humaine, il ne nous semble pas rationnel d'assimiler fécondation et apparition d'une nouvelle personne, ne serait-ce que parce que cet œuf même fécondé peut encore se diviser pendant plusieurs jours, donnant ainsi à plusieurs embryons des chances de devenir des êtres humains vivants distincts. L'argumentation développée par Philippe OLIVIERO pour distinguer l'embryon (après le 15ème jour) du pré-embryon (jusqu'au 14ème jour) pourrait être transposée au service de la critique de la personnalisation de l'œuf humain fécondé. "La construction de l'argumentation est quasi syllogistique : A possède B, C ne possède pas A, donc C n'est pas A. Où A = être humain, B = attributs

Le débat est très souvent dominé par de tels arguments manichéens qui limitent la réflexion à des choix binaires. Ainsi, certains auteurs pensent démontrer que la personne existe juridiquement dès la fécondation de l'ovule en affirmant que si on ne retient pas ce critère, la seule solution logique est d'attribuer la personnalité au moment ou l'être humain est capable d'exprimer sa pensée, c'est-à-dire à un âge avancé de l'enfance.

Ne laissant le choix qu'entre ces deux extrêmes ils concluent qu'une personne existe dès qu'un œuf humain est fécondé. "*Ce qui fait la spécificité de l'homme dans le règne vivant est la pensée et il n'y a, dès lors, que deux critères possibles pour le qualifier. Ou bien on retarde la qualification d'humain jusqu'au moment où l'on peut être certain que l'intéressé pense, c'est-à-dire, en pratique, celui où il manifeste sa pensée, le plus souvent en parlant ; ou bien on admet que toute réunion de deux cellules reproductrices humaines a vocation à penser, et l'homme existe avant même la première division cellulaire. Le premier point se condamnant lui-même par les conséquences qu'il entraînerait (...) on n'a plus guère d'autre choix que de retenir le second critère.*" [1] Ce serait occulter trop rapidement la phase essentielle de la naissance que de forcer le lecteur à choisir entre deux dates aussi éloignées que la fécondation et l'âge de la parole.

René FRYDMAN fait reposer la distinction entre embryon-sujet et embryon-objet sur le critère unique de la psychologie de la mère : "*Le médecin va suivre la volonté de la patiente à qui manque une des composantes nécessaires à la création d'un être humain. Dans l'IVG, c'est le désir de naissance qui est absent. Dans la stérilité, c'est la matérialité qui fait défaut. On ne doit respecter l'embryon que dans la mesure où celui-ci est porteur du désir de naissance de ses géniteurs. Cependant, déshabité du désir de vie de ses parents biologiques, de sujet potentiel il devient alors objet.*" [2]

Le législateur n'assimile pas être humain né et œuf humain fécondé. Et si certaines dispositions spécifiques reconnaissent quelques mécanismes de prise en compte de l'être humain dès sa conception [3], il ne s'agit que de règles dérogatoires, soumises, de plus, à la condition expresse que l'enfant naisse vivant et viable. [4]

La déclaration des droits de l'homme ne dit pas autre chose en affirmant que : "*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit.*" [5] Ce dont on peut déduire qu'avant la naissance, il n'y a pas encore de personne humaine au sens juridique.

---

définitoires de l'identité d'un être humain, C = pré-embryon. L'axiome de l'argumentation est posée comme suit : «Ce qui caractérise l'être humain, c'est son individualité ; il est une entité unique (unité), et non reproductible (unicité)» soit l'équation : 1 = 1.", OLIVIERO Philippe, *La notion de «pré-embryon» dans la littérature politico-scientifique*, Arch.phil.droit 1991, *Droit et science*, p.90. L'auteur présente 14 critères de différenciation entre embryon et pré-embryon, le premier étant la reproductibilité, de l'œuf unique qui peut devenir des jumeaux. (si 1 = 2, donc 1 ≠ 1). De nombreux œufs humains fécondés sont d'autre part inexorablement destinés à ne pas se développer en raisons de mécanismes naturels d'élimination. "On a pu toutefois estimer que la moitié des ovules fécondés présentent des anomalies chromosomiques létales ; bien que fécondés ils ne sont en aucune façon des êtres vivants en puissance. Seuls ceux qui ont une composition chromosomique normale ou qui ne présentent que des aberrations chromosomiques compatibles avec la vie peuvent être considérés comme de nouveaux êtres." CAYLA Jean-Simon Dr., *La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse*, précité, p.310 Le nombre d'éliminations naturelles est parfois porté à 4/5° : "On estime que 80% des produits de la conception ne se rendent pas à terme et sont rejetés au stade d'œuf fécondé, d'embryon ou de fœtus ; 20% seulement continuent leur développement normal.", MORGENTALER Henry Dr., *Avortement et contraception*, Montréal, les éd° de l'homme, 1981, p.10. Comment apprécier l'œuf humain fécondé vivant mais sans avenir si l'on utilise la qualification de personne ? On ne peut pas songer au terme d'ex-future personne ni de future-ex-personne.

[1] RASSAT Michèle-Laure, *L'avortement dans les droits français et canadiens*, in Mélanges Dominique HOLLEAUX, Litec 1991, p.381

[2] FRYDMAN René, *De l'avortement aux bébés-éprouvettes*, Rev.Autr. 1985, n°68, *Les médecins*, p.219.

[3] Cf. L'adage infans conceptus pro nato habétur, art.311 et 314 C.civ.

[4] La naissance n'écarte pas tout débat sur l'attribution de la qualité de personne, puisque certains estiment qu' : "Il est temps de considérer enfin l'enfant comme une personne." THERY Irène, *Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique ?*, in Revue Esprit, *Quels droits pour l'enfant ?*, Mars-avril 1992, p.10.

[5] Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, article premier, alinéa 1.

B) L'inapplicabilité des incriminations générales

Après avoir exposé quelques aspects du débat éthique, il faut affirmer que l'œuf humain n'est pas une chose, au sens du droit pénal (1°), ce qui n'implique pas qu'il soit une personne (2°), car le droit pénal protège des valeurs sans être soumis à la dichotomie chose/personne (C).

1°) L'œuf humain n'est pas une chose au sens du droit pénal

A l'opposé de la conception catholique, on trouve quelques auteurs qui défendent l'opinion selon laquelle le produit de la reproduction humaine, avant sa naissance, est une chose. La formule volontairement provocatrice de Me Gisèle HALIMI résume froidement cette approche : "*l'avortement ne consiste pas à tuer un être humain, mais à empêcher un paquet informe de cellules de se former en être humain non désiré.*" [1]

Les partisans de cette doctrine ne manquent pas de formules-chocs pour exprimer leur volonté de classer l'œuf humain fécondé dans la catégorie des objets plutôt que dans la catégorie des êtres. Ainsi, peut-on lire que l'embryon est assimilé à une dent malade [2], à un organe [3], à un tissu [4], à de la gélatine [5], et même à un insecte [6], voire à un fibrome [7] ou à une tumeur. [8]

Quelle que soit l'expression employée, la démarche consiste à considérer qu'avant la naissance, non seulement il n'y a pas encore de personne humaine, au sens juridique, mais il n'y a dans l'utérus gravide, terme consacré, qu'un paquet de cellules qui est une chose. [9] Cette chose

---

1 Cf.TOULAT Jean, *L'avortement : crime ou libération ?*, précité, p.34. D'où peut-être le terme de "grumeau de cellules" utilisé par France QUERE quelques années plus tard, cf. QUERE France, *L'éthique et la vie*, éd° Odile Jacob, 1991, p.211.

2 "Bien que la grossesse ne puisse en aucun cas être assimilée à une maladie, elle n'en est pas moins considérée comme un mal lorsqu'elle n'est pas désirée et que son développement est jugé nuisible. On l'arrache comme une dent malade.", LAGROUA WEILL-HALLE Dr., *L'avortement, un remède oui, mais...*, éd° Guy de Monceau 1974, p.14.

3 "D'autres médecins n'accordent au fœtus qu'un statut d'«objet» possédé par la mère qui est libre d'en faire ce que bon lui semble, tandis que d'autres encore le considèrent comme un «organe» dépourvu de «personnalité» et dont la mère peut se faire amputer." MALINAS Y., *De la détresse*, in *Conséquences d'une loi. Avortement an II.*, précité, p.61.

4 "Selon une seconde thèse, il n'existe aucune obligation morale vis-à-vis d'un tissu sans vie propre, puisqu'il fait partie du corps de la mère et ne peut vivre en dehors de son utérus.", PINATEL Jean, chronique de criminologie, R.S.C.1973, p.745. "Je donne mon consentement à la destruction de tout tissu enlevé.", cf. *Guide médical de l'interruption de grossesse*, Collection "Orthogénie", 1975, p.32.

5 "Il s'agit tout au plus d'un amas de cellules, un peu de gélatine ont dit certains biologistes méprisants.", MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°2098, p.1703.

6 "Cependant, rien d'humain ne se laisse percevoir dans la cellule primitive qui offre strictement les mêmes bases qu'un insecte. Et par conséquent affirmer la présence de la personne dès son origine implique que l'on estime peu l'homme entièrement constitué, «avec son âme, ses dents, ses os», selon le mot d'un poète, et fait même refluer sur le germe le mépris où l'on tient sa future croissance, à ainsi nier qu'elle puisse rien ajouter à sa dignité.", QUERE France, *L'éthique et la vie*, précité, p.212.

7 "le groupe de travail n'a pas cherché à s'enquérir si l'ovule fécondé qui vient de se nidifier, si l'embryon ou le fœtus qui sont curetés par l'avortement légal doivent être ou non assimilés à un morceau de chair parasite, à un appendice ou à un fibrome dont l'ablation apparaît nécessaire, et que le personnel hospitalier jetera dans le four aux pansements souillés !", LOUVET J., *Considérations sur une proposition de loi extensive de l'avortement thérapeutique*, Gaz.pal.1971, p.102.

8 "Mme Claudine Haas, sociologue, conseille à ceux qui parlent de «tumeur» à propos de fœtus d'aller voir, au musée de l'Homme, la collection de squelettes de fœtus de trois semaine à neuf mois.", in TOULAT Jean, *L'avortement : crime ou libération ?*, précité, pp.42-43. "Le «fœtus» pouvant être facilement assimilé à un kyste ou à une tumeur dont la malheureuse patiente serait affligée à son insu et contre son gré. (...) Un enfant n'est ni un kyste ni une tumeur qui se sont abattus sur la malheureuse femme.", RASSAT Michèle-Laure, *L'avortement dans les droits français et canadiens*, précité, pp.380-381.

9 Nous critiquerons cette vision particulièrement matérialiste de la reproduction humaine en ce qu'elle ne va pas au bout de sa logique. Il faudrait, en effet, accepter de "chosifier" totalement l'embryon humain, ce qui choque certains auteurs qui se laissent alors aller à des comparaisons hasardeuses, inversement extrémistes : "Tel est le résultat de cette idéologie abortive tendant à faire accroire que l'enfant dans le sein de sa mère n'est qu'une partie du corps laissé à la libre disposition de la femme, ce qui est aussi fondé que de prétendre que l'auto-stoppeur appartient au propriétaire du véhicule ou que les astronautes dans leur habitacle spatial sont la propriété de la N.A.S.A. ou de la base de Baïkonour...", D'ONORIO Joël-Benoît, *Loi Veil : réflexions sur un premier bilan*, J.C.P.1986-1-3246. Il faudrait également définir les rapports entre le ou les propriétaires de cette chose et décrire l'ordonnancement des droits subjectifs qui pourraient alors s'exercer sur elle. Quid de la possession du fœtus, de sa disposition, de son statut sur le plan patrimonial ? Il faudrait préciser nettement si cette chose est une partie intégrante du corps de sa matrice, (nous n'osons pas, ici, utiliser le terme de mère...), ce qui la soumettrait au droit commun des prélèvements d'organes et de tissus sur le corps humain, comme si l'embryon, (la grossesse), pouvait être comparé à un organe ou un tissu dont on voudrait se séparer, tel que l'appendice, la vésicule biliaire ou même un rein, ou au contraire comme s'il s'agissait d'une partie détachable et renouvelable, soumise au droit commun des produits du corps humain comme le sang, les ongles ou, pourquoi pas, les excréments.

n'acquerra la qualité de personne qu'après le stade de la naissance, sans que cette accession à l'humanité ne soit progressive.

Entre personne et chose, le choix est manichéen : soit on est une personne parce qu'on est né, vivant et viable, soit on n'est encore rien parce que non-né, soit on n'est plus rien, parce qu'on est déjà mort.

Or, l'œuf fécondé n'est juridiquement ni un organe, ni un produit du corps humain, et le droit positif contemporain refuse de considérer l'œuf humain fécondé comme une partie de la femme qui le porte, contrairement à l'adage : "*Infans conceptus manet pars viscerum matris*". [1]

C'est pourquoi nous refuserons l'utilisation d'un raisonnement propre au droit des biens qui aboutit à déclarer : "*l'embryon-fœtus, chose par nature, mais personne par destination.*" [2]

Il existe des choses qui peuvent faire partie intégrante du corps humain par incorporation, ce sont en particulier les prothèses et appareils divers. [3] Ces choses bénéficient alors d'un régime juridique particulier : insaisissabilité, non-rétention, protection pénale au titre des violences contre le corps humain, mais elles n'ont pas d'autre avenir que de rester des parties matérielles, statiques et sans aucune autonomie. L'œuf humain au contraire, a une vie propre et un avenir potentiel de personne, ce qui le rend différend des choses.

Les incriminations du droit pénal spécial qui prohibent de nombreuses atteintes aux biens ne s'appliquent pas à la protection du fœtus. Ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont, jusqu'à présent, englobé le fœtus humain dans la catégorie des biens, qui peuvent être volés, escroqués, détournés ou recélés. [4] Le terme de recel englobe deux catégories de comportements pénalement répréhensibles selon qu'il s'agit d'un recel de cadavre ou d'un recel de choses.

L'infraction de recel de cadavre montre la spécificité du corps de l'œuf humain mort. Les règles de droit civil propres à la sépulture des cadavres humains ne s'appliquent pas au corps des fœtus morts [5], ce qui constitue un signe que sur ce plan tout au moins, le droit n'assimile pas le fœtus à une personne. [6] L'infraction de recel de cadavre ne trouve pas application en matière de dissimulation du produit d'un avortement criminel. Opinion exprimée par la doctrine : "*ceux qui auront recelé, dissimulé la dépouille de l'enfant victime d'un avortement illégal ne seront pas passibles des peines du recel de cadavre prévues à l'art. 359 du Code pénal*" [7], et par la jurisprudence. [8]

Après avoir écarté l'infraction de recel de cadavre, en matière d'ensevelissement de fœtus, on aurait pu imaginer, comme le fait un auteur, que l'œuf humain fécondé soit considéré comme une chose, au sens du recel de choses : "*dira-t-on : le fœtus n'est qu'une petite chose, mais c'est une chose enlevée, détournée, obtenue à l'aide d'un délit, (...) celui qui enterre le fœtus dans son jardin tombe sous le coup de l'art. 460 C.pén. comme celui qui cache dans sa maison la viande provenant*

---

1 L'enfant conçu n'est qu'un bout de la chair de la mère.

2 GRIDEL Jean-Pierre, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Dalloz 1992, p.633.

3 Le choix des termes révèle parfois une conception organique de l'embryon : "Nous sommes appelés à pratiquer un curetage chez une femme qui ne voulait pas ou ne pouvait pas conserver une grossesse.", VELLAY Pierre, *Le vécu de l'avortement*, précité, p.172.

4 Les slogans provocateurs des partisans les plus extrémistes de l'avortement totalement libre n'ont encore pas réclamé un droit de propriété, au sens littéral, sur le fœtus. On pourrait imaginer qu'un jour l'un d'eux proclame, "mon fœtus est ma chose, je suis libre de le détruire". Cette conception jusqu'auboutiste pourrait justifier alors la vente ou la location de fœtus...

5 Constatation de la mort, acte de décès, moyens et délais pour le transport du corps, inhumation dans un cimetière, etc...

6 Certains psychiatres préconisent néanmoins que la société reconnaisse un droit au deuil nécessaire pour l'équilibre mental de la femme avortée. "Lorsque la décision de l'interruption médicale de grossesse est prise, se pose alors la question du deuil. (...) Il faut rendre possible les rites mortuaires selon les idées et convictions des parents.", DAVID Didier, *Les aspects psychologiques de l'interruption médicale de la grossesse*, in *Introduction à la psychiatrie fœtale*, ESF éd°, collection La vie de l'enfant, 1992, p.71.

7 LOUVEL Bertrand, *Les données juridiques actuelles de la vie humaine jusqu'à la naissance*, précité, p.5. cf. SALVAGE Philippe, *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, R.T.D.civ. 1976, p.741 note 58 et 59.

8 Un tribunal a refusé d'appliquer l'art. 359 C.pén. au fait de cacher les restes d'un fœtus de trois mois, "un tel être n'étant pas juridiquement une personne et ne pouvant être victime ni d'un homicide ni de coups et blessures", T.corr. Fontainebleau, 27 avril 1947, D.1947, p.312.

d'un délit d'abattage clandestin ?" [1] Il n'existe aucune trace d'une application jurisprudentielle d'une telle assimilation.

Bien que le droit pénal protège l'intégrité de certains biens, qui sont des êtres vivants, les animaux en particulier, il n'existe pas d'exemple d'assimilation d'un fœtus à un bien, dans le droit pénal positif. Donc, l'œuf humain fécondé n'est pas une chose au sens du droit pénal.

2°) L'œuf humain n'est pas une personne au sens du droit pénal

Le législateur, lorsqu'il envisage les "*crimes et délits contre les personnes*" ou les "*atteintes à la vie de la personne*", ne précise pas ce qu'il faut entendre par le terme de personne. [2] Et il a fallu des années de jurisprudence pour voir exposer que la personne, au sens du Code pénal, est la personne humaine, jusqu'à ce que le texte même du nouveau Code pénal prenne le soin de préciser : "*des atteintes à la personne humaine*". [3]

La personne humaine pénalement protégée ne s'entend que de l'être humain né vivant et viable. "*Le Droit pénal s'intéresse également de façon très directe au concept de viabilité. Cet intérêt se manifeste chaque fois que la notion de «personne» intervient dans la définition d'une incrimination. Il en résulte qu'une partie importante des infractions contre les personnes implique que la victime soit ou ait été dotée de la personnalité.*" [4] Le fœtus n'est pas aux yeux du droit pénal une personne humaine.

L'atteinte à la vie d'un fœtus avant sa naissance ne peut pas être qualifiée d'homicide ni de violence contre une personne. [5] L'infraction de meurtre ne s'applique qu'à la protection de l'être humain né et vivant, ce que la doctrine exprime en incluant dans les éléments constitutifs du meurtre, la préexistence de la vie humaine. [6] "*Le meurtre suppose d'autre part que le coupable a porté atteinte à un être humain qui préexistait aux coups portés et qui vivait d'une vie autonome. Il est alors important de dire quand commence la vie autonome de l'être humain et quand elle finit : les atteintes qui précèdent la naissance constituent une infraction différente, l'avortement.*" [7]

Le fait de tuer un enfant dans le ventre de sa mère est pénalement qualifié différemment que le fait de le tuer hors du sein maternel. [8] "*L'arsenal des lois pénales qui sanctionne ceux qui portent atteinte à l'intégrité corporelle de l'être humain est écarté. Si l'enfant porté par sa mère est mort des suites de coups volontaires, l'auteur de ces coups n'encourra pas les peines sanctionnant les coups*

---

1 HUGUENEY Louis, *chronique de jurisprudence*, R.S.C.1946 p.67.

2 Chapitre 1, Titre II., livre III, C.pén., "Crimes et délits contre les personnes", Chapitre 1, Titre II, livre II, Nouveau C.pén., "Des atteintes à la personne".

3 Titre II, Livre II, nouveau Code pénal, "Des atteintes à la personne humaine".

4 SALVAGE Philippe, *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, précité, p.727, Une étude très complète de l'importance de la viabilité sur l'attribution de la personnalité et donc de la protection pénale accordée aux personnes humaines.

5 L'incrimination de l'avortement ne figure pas parmi les textes de prohibitions de l'homicide volontaire. Ni dans le Code pénal actuel, (art.295 à 308-1, Section 1, "Meurtres et autres crimes capitaux, menaces d'attentats contre les personnes", §1, "Meurtre, assassinat, parricide, infanticide, empoisonnement", l'art. 317 est contenu dans la section 2, "Blessure et coups volontaires non qualifiés, meurtres et autres crimes et délits volontaires." art.309 à 318-2), ni dans le nouveau Code pénal, (art.211-1 à 221-5, chapitre 1, "Des atteintes à la vie de la personne"). Curieusement l'avortement est inclu dans le chapitre 3 "De la mise en danger de la personne". (art.223-10 à 223-12.) Il s'agit certainement d'une mise en danger de la personne de la femme enceinte étant donné l'affaiblissement de la protection pénale du fœtus dans le nouveau Code pénal et l'infraction d'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée. cf. infra Le nouveau Code pénal et la répression de l'avortement.

6 Il ne peut y avoir de répression du meurtre, de l'infanticide ou des coups et blessures en cas de violences pratiquées sur un enfant mort-né, ou sur un cadavre. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3ème éd°, T.5, n°1876, BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal spécial et de criminologie*, Dalloz 2ème éd° 1970, T.1, n°117, p.188, notes 1 et 2. Sauf à poursuivre sur la base de la tentative si, conformément à la jurisprudence Perdereau, on peut démontrer que l'auteur des violences pensait les infliger à une personne humaine vivante, Cass.crim. 16 janv. 1986, D.1986, p.265.

7 MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, T.2, n°1697, p.1359.

8 Nous pensons que si le législateur avait voulu placer le fœtus dans la catégorie des personnes humaines au sens du droit pénal il aurait créé une circonstance aggravante de l'infraction criminelle d'homicide volontaire, au lieu de laisser l'avortement au rang des délits correctionnels.

mortels. Et si ces coups ont été portés pour provoquer la mort de l'enfant, il n'encourra pas les peines du meurtre." [1]

Le principe de la Légalité criminelle impose d'utiliser la qualification pénale la plus proche de la réalité, en raison de l'interprétation stricte de la norme pénale, ce qui empêche d'étendre abusivement la qualification d'homicide volontaire aux manœuvres abortives, contrairement au droit de l'Ancien régime. [2] L'avortement n'étant pas un homicide, on ne pourra utiliser ni les qualifications générales concernant le meurtre ou l'assassinat, ni les qualifications spéciales comme l'empoisonnement ou l'infanticide. [3]

Les violences volontaires sont soumises aux mêmes règles de qualification que l'homicide volontaire, elles supposent des actes matériels accomplis sur une personne humaine vivante ce qui les exclu des hypothèses de violences sur un fœtus, avant la naissance. *"Les textes relatifs à la protection de l'enfance ne permettent pas de protéger le fœtus."* [4]

En matière d'omission de porter secours, la jurisprudence a toujours refusé de considérer qu'il y avait péril lorsque la personne était décédée. [5] Quid de l'abstention de porter secours à un fœtus ? Les réflexions de Monsieur LARGUIER au sujet d'une affaire de refus par un mari d'autoriser la pratique de l'opération de césarienne sur le cadavre de sa femme montrent que l'on ne peut pas étendre la protection pénale prévue pour les personnes humaines vivantes au fœtus. [6] Le fœtus ne peut pas être une personne en péril, alors que le nouveau-né peut l'être dès sa naissance. [7] La naissance apparaît, une fois encore, comme le critère fondamental de la distinction fœtus / enfant. [8]

Aussi faut-il en conclure que pour le droit pénal le fœtus n'est pas une personne humaine, ce que semble contester Madame LABRUSSE-RIOU qui préconise que lui soit reconnu le statut de sujet de droit : *"la loi pénale qui se limite à ne pas punir dans certaines circonstances un acte de mort, ne crée pas en droit civil un droit subjectif et reste sans conséquences sur la qualité de sujet ou d'objet. En Jurisprudence il semble bien que progresse la reconnaissance de l'embryon comme sujet autonome, ce qu'accrédite la médecine prénatale. (...) Il faudra bien inventer le statut protecteur de ces instants, et affirmer que dès ce moment l'être humain est un sujet de droit."* [9]

L'auteur semble avoir une approche différente de la nôtre. Nous pensons que la définition de la personne humaine ne peut pas être graduée et qu'elle repose sur un choix de société, choix éthique ou définition-culture, alors que Madame LABRUSSE-RIOU semble penser que la qualité de

---

1 LOUVEL Bertrand, *Les données juridiques actuelles de la vie humaine jusqu'à la naissance*, Gaz.pal. 1984, p.5.

2 "Celui qui, ayant frappé une femme enceinte l'a fait avorter, doit être puni de la même peine que celle infligée au meurtrier.", DENISART J.B., *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris Dessaint 9ème éd° 1775, v° *Meurtre*, al.2, T.3, p.253.

3 "Puisque l'infanticide est une variété de meurtre, on ne concevrait pas que le crime pût être accompli sur un enfant qui ne naîtrait pas vivant.", MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, T.2, n°2090, p.1697.

4 DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, note sous C.E. 31 oct. 1980, J.C.P. 1982-II-19732.

5 "L'homicide et les coups et blessures par imprudence des articles 319 et 320 du Code pénal, ou l'omission de porter secours à personne en péril de l'article 63 alinéa 2 du Code pénal, ne se conçoivent qu'à l'égard d'une personne, non à l'égard d'un être déjà mort ou non viable.", SALVAGE Philippe, *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, précité, p.728.

6 "Peut-on alors soutenir qu'il n'y ait pas personne en péril, alors que seule l'intervention peut permettre à l'enfant de vivre, l'abstention conduisant à la mort certaine ? Le péril étant indiscutable, la subtilité de l'interprète se réfugiera alors dans l'analyse de la notion de personne. On peut, en effet, faire valoir que la loi, par ce mot, ne vise que les êtres déjà venus au monde , les seuls que l'on puisse qualifier de personnes, sans étendre le texte au delà de ses limites, effort que les principes de notre droit pénal, de stricte interprétation, ne sauraient admettre.", LARGUIER Jean, *notes pratiques*, R.S.C.1953, pp.155-156.

7 "A Pontoise, un jour d'hiver, une fille, à l'insu de sa mère, accouche dans le jardin de la maison qui leur servait de commune demeure. La mère découvre le nouveau-né qui vagissait dans une allée et dit à sa fille : «fais ce que tu veux ; je ne veux pas être déshonorée ; je ne veux pas de l'enfant ici». La fille tue l'enfant. (...) La Cour de Paris, (C.A. Paris 3 déc. 1948, Gaz.pal. 8-11 janv. 1949), a trouvé un échappatoire. Elle a fait appel à l'article 63 al.2, du Code pénal et condamné pour omission de porter secours.", HUGUENEY Louis, *Omission de porter secours à un nouveau-né*, chron. R.S.C.1949, p.79.

8 Une décision récente montre une subtilité permettant de contourner le problème, en condamnant pour omission de porter secours à la mère et à l'enfant : "Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'intéressé avait été définitivement condamné pour s'être volontairement abstenu de porter à la mère et à l'enfant, qui étaient en péril, l'assistance que, sans risque pour lui ni pour les tiers, il pouvait leur prêter", Cass.crim.2 avril 1992, Gaz.pal. 23-24 oct. 1992, p.8.

9 LABRUSSE-RIOU Catherine, *La maîtrise du vivant : matière à procès*, précité, pp.106-107.

personne résulte d'une définition "naturelle", sans que la société puisse la tronçonner par la règle de droit : "*Embryons et fœtus humains. Ils constituent, les pauvres, la pomme de toutes les discordes. Entre ceux qui n'y voient qu'un amas de cellules, une personne potentielle ou une potentialité de personne - comme s'il y avait des gradations dans l'être, une personne véritable ou un sujet de droit.*"

En droit pénal, il ne peut y avoir qu'une seule notion juridique de personne pour définir le champ exact de la répression, sans quoi la non-connaissance des valeurs protégées par chacune des infractions du Code pénal contribuerait à estomper dangereusement les garanties des citoyens quant à la distinction entre les actes licites et les actes illicites.

La protection pénale peut être graduée, protection des choses non-vivantes (monuments historiques, paysage), des choses vivantes (végétaux et animaux), protection des personnes potentielles (les embryons et les fœtus), protections des personnes (infanticide, homicide, violences contre les personnes hors d'état de se protéger en raison de leur vulnérabilité). La qualité de personne n'est pas graduée ou progressive, mais ce sont les infractions pénales qui protègent distinctement des valeurs que l'on peut graduer. Le droit pénal connait des mécanismes d'adaptation de la sanction, l'individualisation en particulier, mais aussi une grande richesse des qualifications qui recouvrent les domaines envisagés par le législateur.

Il est concevable que l'on apprécie différemment la notion de personne humaine en droit civil et en droit pénal au nom du principe d'autonomie du droit pénal. Mais il est clair que le droit pénal, pour protéger la vie d'un être humain par la qualification d'homicide, réclame qu'il soit né et vivant. Sans personne humaine préalable, pas d'homicide. Or tuer un fœtus n'est pas un homicide mais une infraction spécifique : l'avortement. Donc, le fœtus n'est pas une personne humaine, au sens du droit pénal.

On pourrait penser trouver une confirmation de la non qualification d'homicide des attentats à la vie du fœtus dans l'exclusion de l'infraction d'homicide par imprudence en cas d'"accident" mortel survenu au détriment du fœtus. [1] "*Si l'enfant est mort des suites de blessures causées involontairement, par exemple à l'occasion d'un accident de la route, le responsable de cet accident ne sera pas poursuivi pour homicide involontaire (art.319 C.pén.).*" [2]

L'enjeu de la qualification est fondamental puisque selon l'infraction retenue, on pourra en déduire que l'œuf humain est protégé en tant que personne humaine ou au contraire en tant que partie de la femme enceinte. "*Selon le droit pénal actuellement en vigueur, un embryon ou un fœtus, in utero, ne sont qu'une partie de la chair de leur mère. En conséquence, s'ils meurent dans un accident dont celle-ci est la victime, mais auquel elle survit, le coupable est puni pour blessures involontaires et non pas pour homicide.*" [3]

On trouve pourtant, en jurisprudence, des décisions contradictoires sur ce point. Dans ce que nous estimons être la jurisprudence la plus logique, il ne peut y avoir d'homicide avant la naissance. [4] Avant d'avoir acquis une vie autonome extra-utérine, le fœtus ne peut pas bénéficier des dispositions du Code pénal qui protègent la vie ou l'intégrité physique des personnes, même s'il

---

1 "le droit pénal n'a jamais considéré que, dans l'hypothèse où une femme enceinte décède dans des circonstances entraînant la responsabilité d'un tiers, il y aurait eu deux homicides et non un seul. (...) De même, si la femme est blessée et si l'enfant meurt, il y a coups et blessures, sans homicide en plus.", GRIDEL Jean-Pierre, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Dalloz 1992, p.628.

2 LOUVEL Bertrand, *Les données juridiques actuelles de la vie humaine jusqu'à la naissance*, Gaz.pal.1984, p.5.

3 ROBERT Jacques-Henri, *Les techniques bio-médicales en face du droit pénal*, Arch.phil.droit 1991, *Droit et science*, p.81.

4 "Lorsqu'une femme enceinte est victime d'une agression qui, sans la tuer, entraîne le décès de l'embryon ou du fœtus, cette mort peut-elle être considérée comme celle d'une personne humaine, donc son auteur comme le coupable d'un homicide ? La lecture des décisions de justice incline à la négative.", TERRE François, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, précité, p.87.

n'existe aucun doute sur le lien de causalité entre la faute d'imprudence et la mort intra-utero. [1] La qualification de coups et blessures involontaires à l'égard de la "mère" est généralement préférée à celle d'homicide du fœtus. [2]

C'est selon nous une abusive extension de la conception civiliste de la personne humaine qui conduit parfois les magistrats à appliquer les pénalités de l'article 319 du Code pénal aux auteurs de fautes d'imprudence ayant entraîné la mort d'un fœtus in utéro. *"Attendu que si l'enfant avait été simplement blessé dans l'accident il ne fait aucun doute qu'il eût été considéré comme une personne à part entière indemnisable à raison des blessures reçues"* [3], cet attendu fait abstraction de la règle selon laquelle la personnalité juridique de l'enfant, donc son droit à indemnisation, ne se constitue qu'à la naissance. Or, avant sa naissance, il ne peut être créancier d'une indemnité qu'à la condition de naître vivant et viable. Celui que nous avons défini comme une personne potentielle par rétroactivité et non par anticipation, n'entre sur la scène juridique qu'à la naissance.

Imaginons qu'un fœtus soit victime de blessures involontaires de la part d'un tiers, puis qu'il soit tué avant sa naissance en raison d'un avortement, quel qu'en soit le motif. On est forcé de constater qu'aucune créance n'a pu naître à son profit. Il n'y a eu qu'une créance potentielle, subordonnée à la condition que le fœtus naisse vivant et viable. La naissance est une condition suspensive de l'attribution de la personnalité. Le fœtus est une personne humaine potentielle sous réserve de réalisation de la condition suspensive de sa naissance.

Il n'est pas logique de condamner le conducteur maladroit ayant "fait avorter" une femme enceinte pour homicide par imprudence en lui disant en somme : "vous avez involontairement tué un être vivant avant sa naissance, ce qui n'est pas un homicide puisqu'il n'était pas une personne humaine, mais si vous l'aviez seulement blessé et qu'il était né vivant et viable, vous auriez dû l'indemniser : donc vous avez tué une personne humaine !"

Le raisonnement de la juridiction est biaisé par la comparaison entre deux situations non-comparables. Dans les deux cas, il y a atteinte à l'intégrité physique, mais le décès survient avant la naissance, alors que les blessures auraient pu survenir ou se faire sentir après la naissance. [4]

Or c'est la naissance qui constitue le cap essentiel en matière de définition de la personne humaine.[5] Car pour être une personne humaine, l'être humain doit naître vivant [6] et viable. La condition de viabilité a même autrefois permis d'écarter l'infraction d'homicide par rapport à un

---

[1] Pour l'hypothèse d'un défaut de surveillance de l'équipe médicale en charge d'une femme enceinte dont le fœtus est décédé d'une inhalation amniotique in utero, à 15 jours du terme cf. C.A. Angers Ch.acc., 18 mai 1988, confirmatif de Ord.Non-lieu J.I. Laval 19 oct. 1984, Jurisdata 044947.

[2] Dans l'hypothèse d'un accident de la circulation routière entraînant la mort du fœtus, pour la qualification art.320 (blessures par imprudence sur la femme enceinte) et non art.319 (homicide du fœtus par imprudence) cf. C.A. Paris 21 nov. 1990 sur appel de T.corr. Meaux 3 nov. 1989, Jurisdata 025203.

[3] C.A. Douai 2 juin 1987, J.C.P. 1989-II-21250. Dans les circonstances de l'espèce, une femme enceinte de 9 mois avait été victime d'un accident de la circulation à la suite duquel le fœtus du être extrait par césarienne, mort-né. On retrouve la trace de ce raisonnement erroné dans des espèces ultérieures, dont certaines affirment se fonder sur la jurisprudence précédente, n'exigeant pas de vie extra-utérine de l'enfant pour l'application de l'article 319 du Code pénal. Pour une affaire de mort de jumeaux in utero et les hésitations de la juridiction quant à une faute de l'accoucheur cf. C.A. Aix-en-Provence, Ch.acc. 17 mai 1988, Jurisdata 050227. D'autres affirmant qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de l'âge du fœtus, du moment qu'il était vivant. Accident de la circulation routière ayant entraîné la mort du fœtus, T.corr. Poitiers, 17 oct. 1990, Jurisdata 049638. On conçoit aisément que l'approche du terme de la grossesse incite l'observateur à rapprocher le sort du presque-né de celui du juste-né. "La proximité d'un accouchement s'annonçant sous les plus heureux auspices a conduit les juges à étendre le domaine des art.319 et 320 C.pén. à un enfant simplement sur le point de naître.", DOUCET J.P., note sous Cass.crim.2 avril 1992, Gaz.pal. 23-24 oct. 1992, p.8.

[4] Pour les blessures commises au cours de l'accouchement cf. Cass.crim. 9 déc. 1986, pourvoi n°86-91.124, Lexilaser. La chambre criminelle approuve la qualification de blessures involontaires pour une anoxie non mortelle subie par un nouveau-né au cours de la phase de l'expulsion, en raison de négligences du médecin-accoucheur et de la sage-femme.

[5] MonsieurLEVASSEUR approuve la décision de la Cour d'appel de Douai et considère que : "l'enfant in utero était vivant et viable au moment des faits et que les infractions d'homicide et de blessures involontaires ne diffèrent que par leurs conséquences." Il affirme qu'il faut "déclarer les articles 319 et 320 du Code pénal applicables à l'enfant non encore né mais incontestablement viable", R.S.C. 1989, p.320. Cette assimilation du fœtus vivant et viable à l'enfant né vivant et viable devrait alors en toute logique être étendue à toutes les dispositions du Code pénal, ce qui bouleverserait radicalement les principes traditionnels.

[6] "Le délit d'homicide involontaire commis sur la personne d'un enfant nouveau-né ne peut être retenu que s'il est établi que l'enfant a vécu (...), que le médecin légiste appelé a affirmé qu'en général un enfant né dans ces conditions n'est pas viable, quoiqu'il puisse respirer deux ou trois heures, il s'ensuit qu'il n'est pas certain que l'enfant dont il s'agit ait vécu, et, dès lors, les prévenus doivent être relaxés des poursuites pour homicide involontaire et recel de cadavre.", C.A. Paris 9 nov. 1951, Gaz.pal.1952, p.236.

enfant né vivant mais non viable, ce qui illustre la volonté de l'époque de retarder grandement l'attribution de la qualité de personne. [1]

La tentation est forte et moralement compréhensible d'assimiler fœtus et enfant. Mais le système légaliste et protecteur du droit pénal se doit de reposer sur des définitions claires : à défaut d'intervention du législateur. Seule la naissance rend l'œuf humain fécondé : personne humaine.

"Ni la nature, ni même la vie, on le sait, ne servent de sûrs critères de l'humain. Liés à l'homme, le végétal et l'animal réclament sans doute d'être traités avec humanité, mais pas d'être confondus avec l'humain." [2] Nous élargissons ce raisonnement au statut de l'œuf humain vis-à-vis du droit pénal, en déclarant qu'il est protégé par une norme pénale spécifique nettement distincte de celle qui protège la vie et l'intégrité physique des personnes humaines. Ce qui peut être résumé par cette formule lapidaire : *"Si l'avortement est possible, c'est qu'en fait l'enfant conçu n'est pas une personne."* [3]

Nous pensons pouvoir affirmer que sur le plan juridique, en général, et sur le plan pénal, en particulier, l'œuf humain fécondé n'est ni une personne humaine, ni une chose, mais un être humain vivant qui est protégé pour sa virtualité future de personne, comme le cadavre est lui aussi protégé, ni comme personne, ni comme chose, mais pour sa réalité de personne passée. Ce statut particulier accordé *de lege* au produit de la reproduction humaine explique l'ensemble de la problématique de l'acte médical particulier qu'est l'avortement.

C) Le droit pénal : au delà de la dichotomie chose / personne

La louable préoccupation du respect de l'œuf humain ne passe pas obligatoirement par l'attribution du statut de personne. Le droit pénal sait assurer le respect de la vie et de la santé d'êtres vivants qui n'en sont pas pour autant portés au rang de personne humaine. [4] L'histoire du droit montre même des exemples d'êtres humains vivants n'ayant pas eu la personnalité juridique sans être pour autant ravalés au rang des choses. [5] Monsieur Aurel DAVID a montré qu'il ne faut pas *"confondre obligatoirement vie et personne. Tout ce qui est vie n'est pas la personne."* [6]

Si l'on a pu gloser sur personne-potentielle et potentialité de personne [7], il n'en demeure pas moins que la notion est innovante, dans la mesure où elle permet d'ouvrir une troisième voie entre

---

[1] "La suppression de l'enfant, lors même qu'il est bien établi qu'il n'a pas vécu, doit être combinée avec l'article 312, Code civil, aux termes duquel l'enfant n'est réputé viable qu'après un minimum de 180 jours, ou six mois de gestation ; que l'être qui vient au monde avant ce terme, privé non seulement de la vie mais des conditions organiques indispensables à l'existence, ne constitue qu'un produit innomé et non un enfant dans le sens que le législateur a attaché à cette expression.", Cass.crim. 7 août 1874, Bull.crim. n°224.

[2] FLIS-TREVES Muriel, MEHL Dominique, PISIER Evelyne, *Contre l'acharnement législatif*, POUVOIRS 1991, n°56, *Bioéthique*, p.132.

[3] LABBEE Xavier, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, P.U.Lille, 1990, p.97.

[4] Cf. La protection pénale de la faune et de la flore en droit de l'environnement et les règles répressives protégeant la santé des animaux contre les violences et les expérimentations illicites.

[5] Jean-Pierre BAUD a bien montré la spécificité du statut juridique des esclaves en droit romain. "Les auteurs ont été poussés à rejeter les esclaves dans la catégorie des choses en confrontant leur situation avec la définition parfaite de la personnalité juridique, laquelle, rappelons-le, exige la présence des trois éléments du caput : la liberté, la citoyenneté, et la qualité de chef de famille. L'esclave n'ayant rien de tout cela, il a donc semblé qu'il ne pouvait être qu'une chose. (...) Il y avait dans la situation juridique de l'esclave un embryon de personnalité qui s'est constamment développé au cours des siècles." BAUD Jean-Pierre, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil 1993, pp.79-80

[6] DAVID Aurel, *Structure de la personne humaine : essai sur la distinction des personnes et des choses*, Thèse Droit Paris, P.U.F. 1955, p.140, cf. également : "le Droit ne dit nulle part que l'homme tout entier soit la personne. Il se borne à indiquer dans l'homme la présence d'un élément stable, discret, quantifié et invendable, sans préjuger de l'existence d'autres parties de l'homme qui ne posséderaient pas ces propriétés et qui seraient des «biens vivants»", DAVID Aurel, précité, p.30.

[7] L'adjectif potentiel, bien que fort à la mode depuis quelques années se trouve dès 1975 sous la plume de Monsieur ROBERT. "Il n'est plus possible ni raisonnable de prétendre aujourd'hui qu'une femme enceinte n'a aucun droit sur l'embryon qu'elle porte. Ce serait attentatoire à la liberté réelle d'un être existant : la mère. Or cet attentat serait commis au nom d'un <u>être potentiel</u> mais qui n'existe pas encore au sens humain du terme." ROBERT Jacques, *Rapport sur le corps humain et la liberté individuelle en droit français*, in Ass.Capitant, *le corps humain et le droit*, 1975, p.471. Et dès 1977 chez M.SOUTOUL. "Elles ignorent même ce qu'est une interruption de grossesse, et pour beaucoup c'est simplement faire «revenir» les règles, sans réaliser qu'il s'agit d'un <u>enfant potentiel</u> qui est là, dans leur ventre.", SOUTOUL J.H. *Conséquences d'une loi. Avortement an II.*, précité, p.100. Le concept de personne en

partisans de la "personnalisation" et partisans de la "chosification" de l'œuf humain. L'embryon ne serait ni un objet matériel soumis au bon vouloir et aux pleins pouvoirs d'un propriétaire, ni une personne autonome titulaire de droits et d'obligations.

L'embryon peut être regardé comme un organisme vivant respectable isolément de la personne qui le porte en raison de son futur possible. Cette conception semble être la plus moderne et la plus consensuelle aujourd'hui. [1] Elle est compatible avec les notions classiques du droit civil selon lesquelles l'état de la personne n'est réellement constitué qu'à partir de sa naissance. [2] L'adage *infans conceptus* est un correctif dérogatoire qui permet de faire rétroagir la date d'attribution de la personnalité au jour de la conception. [3] Ce qu'il ne faut pas confondre avec l'attribution dès la fécondation d'une personnalité juridique conditionnelle. [4]

Nous dirons que l'enfant né vivant et viable est reconnu comme ayant été dès sa conception une personne potentielle, et que sa naissance l'a rendu personne réelle et non que tous les fœtus sont par anticipation des personnes potentielles à condition de naître vivants et viables. [5] Nous refuserons de même les théories qui invoquent une émergence progressive et chronologique de la personnalité. [6]

Encore faut-il au delà de la doctrine médicale, philosophique et civiliste, envisager les répercussions de ces approches de la notion d'œuf humain fécondé sur le plan de la protection pénale de l'embryon.

Ni les incriminations pénales protégeant l'intégrité physique des personnes humaines, ni les incriminations pénales protégeant les biens ne s'appliquent au fœtus. Le droit pénal connaît

---

devenir date, lui aussi, de cette période. "Une vie humaine en voie de développement, une personne humaine en devenir ! Telle est donc la nature de l'ovule fécondé.", LOUVET J., *Considérations sur une proposition de loi extensive de l'avortement thérapeutique*, précité, p.102. Le mot, lui-même, a repris du sens et de l'actualité lorsque le Comité Consultatif National d'Ethique, l'a introduit en 1984 : Avis du C.C.N.E. du 23 mai 1984 cf. MEMETEAU Gérard, *Le premier avis du Comité consultatif national d'éthique*, J.C.P.1985-1-3191 , : "C'est en toute conscience que nous nous sommes résolus à maintenir la caractérisation éthique de l'embryon comme personne humaine potentielle." Ce que le Professeur Jean BERNARD explique plus précisément : "L'embryon est bien une personne potentielle. Ce qui signifie qu'existe dès sa conception une potentialité de personne, une virtualité de personne. (...) L'embryon doit être reconnu comme une personne potentielle. La qualifier de potentielle ne rend en rien son respect facultatif, mais enregistre sa différence manifeste avec la personne réelle et spécifie en conséquence ce que la morale peut nous demander à son endroit, compte tenu des conflits possibles entre plusieurs libertés en présence. L'embryon doit être tenu pour un être dont l'avenir possible assigne des bornes au pouvoir d'autrui." BERNARD Jean Pr., *De la biologie à l'éthique*, éd° Chastel, 1990, pp.198-199.

[1] Elle satisfait le plus grand nombre de philosophes dixit QUERE France, *L'éthique et la vie*, précité, 1991, p.212. cf. aussi BONE Edouard, *Itinéraires bioéthiques*, Catalyses 1990, p.33. La notion de personne potentielle reçoit aussi l'adhésion de certains juristes. "L'embryon n'est pas une chose mais une personne humaine potentielle, un être humain en devenir.", SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, Sauramps, 1991, p.124.

[2] En ce qui concerne en particulier, son identification, sa filiation, son patrimoine, avec le correctif, par faveur pour l'enfant, de la prise en compte de sa date de conception. L'enfant n'a la personnalité juridique que lorsqu'il est né, mais son intérêt lui permet de faire fictivement remonter l'attribution de sa personnalité au jour de sa conception. " Le Droit en général et le Droit civil en particulier subordonnent l'existence de la personnalité d'un être humain à sa viabilité : pour être sujet de droit, il faut naître vivant et viable. Certes, la personnalité d'un être peut préexister à sa naissance et remonter à sa conception chaque fois qu'il y va de son intérêt, mais cette personnalité n'est alors que conditionnelle et ne deviendra certaine que lorsque l'enfant sera né vivant et viable.", SALVAGE Philippe, *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, précité, p.726.

[3] On touche là le centre de la problématique juridique : faut-il considérer que la personnalité juridique est attribuée par anticipation à tous les enfants dès leur conception ou, au contraire, que les enfants nés vivants peuvent, exceptionnellement faire rétroagir le point de départ de leur personnalité, anticipation ou rétroactivité ? Nous pensons, avec Xavier LABBEE que seule la seconde interprétation est possible. LABBEE Xavier, note sous Douai 2 juin 1987, J.C.P.1989-II-21250.

[4] L'ensemble du droit de la famille et du droit des biens serait bouleversé si l'on prétendait que le fœtus est dès sa conception titulaire de droits qualifiés de conditionnels, Il faudrait organiser l'autorité parentale conditionnelle, gérer le patrimoine conditionnel etc..., la condition étant qu'il naisse vivant et viable. Il nous semble plus cohérent de constater que lorsqu'un enfant naît vivant et viable on peut, par dérogation au droit commun qui attribue la personnalité à la naissance, faire rétroagir dans son intérêt le point de départ de l'attribution de sa personnalité juridique au jour de sa conception.

[5] Pour la comparaison avec le statut de l'esclave en droit romain cf. "Selon la doctrine classique, la personnalité de l'esclave était suspendue à la condition de son futur affranchissement (produisant un effet rétroactif) lorsqu'elle n'était pas une manifestation de la personnalité du maître.", BAUD Jean-Pierre, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, précité, p.81.

[6] "Qu'est-ce que l'être de l'homme ? Certains scientifiques suivis par quelques philosophes développent l'idée d'une ontologie progressive. Cette conception est difficile à envisager car une ontologie peut-elle être dans la progressivité ? cela paraît difficile. Si c'est le cas, la conséquence est de permettre énormément de choses aux scientifiques lorsque l'embryon est tout petit, et de leur permettre de moins en moins au fur et à mesure que l'embryon grandit. C'est donc une question à la fois scientifique, philosophique et finalement juridique au niveau de la décision.", HERMITTE Marie-Angèle, *Les vivants et la loi. Table ronde. Les droits de l'homme entre médecine et politique*, in *Science et philosophie pour quoi faire ?*, Le Monde-éd°, 1990, p.356.

néanmoins l'interdiction d'une forme d'atteinte au fœtus indépendamment de l'atteinte à la femme qui le porte : l'avortement. C'est donc que l'œuf humain fécondé est une valeur protégée par le droit pénal distinctement des personnes humaines et des choses.

Ni homme, ni chose, le fœtus est différent ; il peut être qualifié de personne potentielle au regard du débat éthique, mais c'est la valeur "être humain" qui est protégée par la loi. "*La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi.*" [1]

Le droit pénal protège des valeurs par la répression des comportements contraires à la norme : la loi pénale. Les incriminations définies par le législateur servent à sanctionner concrètement l'atteinte à une valeur protégée.

Or, il apparaît que tout ce qui procède d'une part d'humanité est pénalement protégé.

* L'utilisation des produits d'origine humaine est réglementée, car ils sont des substrats de la personne humaine.
* Le cadavre de l'être humain, tend à être protégé, en tant que vestige d'une personne humaine passée (violation de sépulture...).
* Le corps de l'être humain non-né est protégé en tant que personne humaine future (avortement...).
* Le corps de l'être humain né et vivant est protégé en tant que personne humaine réelle et présente (assassinat, meurtre, homicide involontaire...).
* Le groupe d'êtres humains vivants est protégé en tant que partie d'humanité (crimes contre l'humanité).

La valeur "être humain" est pénalement protégée par le droit pénal. Les incriminations pénales qui prohibent les violences contre l'œuf humain fécondé, protègent le fœtus en tant qu'être humain, sans qu'il y ait lieu de tomber dans le piège de la distinction des choses et des personnes. La notion de personne humaine potentielle est alors compatible avec le droit pénal.

L'avortement est une incrimination pénale des violences contre un être humain vivant, non-né : la personne humaine potentielle.

Section 2 : L'avortement : de la répression à la tolérance

La question de l'avortement est essentielle dans l'étude de la justification pénale de l'activité médicale car elle illustre le processus juridique suivi pour définir initialement un principe général de prohibition, puis ultérieurement une sphère exceptionnelle de justification, et enfin pour reconnaître une tolérance sociale. La justification pénale de certains avortements licites accomplis par un médecin illustre le fait que toute médecine n'est pas absolument respectueuse de la vie humaine, puisque le but de l'acte est d'éliminer un œuf humain fécondé : donc un être humain.

C'est pourquoi il convient d'étudier l'existence de l'incrimination du fait d'avortement (§1), puis l'apparition d'une permission légale de pratiquer certaines interruptions de grossesse (§2) et la disparition contemporaine de l'incrimination dans le nouveau Code pénal (§3), ce qui conduit à une dépénalisation partielle de l'avortement.

---

[1] Loi n°75-17 du 17 janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de grossesse, art.1, al.1. "L'homme commence à la fécondation et il convient de noter maintenant que, du point de vue de la biologie, les termes embryon, fœtus, enfant adolescent, adulte et vieillard désignent simplement les différentes périodes du développement d'un même être humain. (...) L'embryon n'est pas plus différent de l'enfant que ne l'est le vieillard. Dans ce sens il semble plus adéquat de dire simplement que l'embryon est un être humain.", HUARTE Joachim, *L'individualité biologique de l'embryon humain*, Bio-éth. 1991, vol. 2, n°5, p.250. "Les enseignements du droit civil comme ceux de la biologie moderne s'unissent pour confirmer ce qui avait pu être l'intuition psychanalytique : dès avant la naissance, il y a déjà un être humain, (...) titulaire des droits parmi lesquels le droit de naître vivant", MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, pp.325-326.

§1) L'incrimination de l'avortement

L'incrimination de l'avortement a une origine historique (A) et des développements modernes (B) qui la distinguent des infractions de violences contre la femme enceinte (C).

A) L'histoire de l'incrimination de l'avortement

Le corps médical aime à se référer au serment d'Hippocrate comme une garantie de moralité indubitable. [1] Aussi pourrait-on croire à tort que la phrase : "*Je ne donnerai pas, quiconque m'en prierait, une drogue homicide, ni ne prendrai l'initiative de pareille suggestion ; de même, je ne donnerai à aucune femme un pessaire abortif*" condamne irréfutablement le principe même de tout avortement. [2]

Or, cette déduction serait fausse, car elle ferait abstraction des convictions de l'époque sur la valeur de la vie humaine en général et de l'enfance en particulier. [3] Hippocrate, en accord avec les philosophes de son temps, considère qu'il n'y a avortement qu'à partir du moment où l'embryon-fœtus à atteint un certain stade de développement qu'il définit comme l'animation, c'est-à-dire les premiers mouvements. [4] Auparavant il s'agit d'une sorte de contraception tout à fait licite ! [5]

Cette approche historique démontre que les plus nobles principes de défense de la vie n'ont de réelle valeur qu'à la lumière des définitions que l'on se donne de la notion d'être humain vivant. Reculer chronologiquement la datation de l'apparition de la vie, c'est retarder l'application des mesures protectrices de l'être vivant.[6]

Si au temps d'Hippocrate, la vie commençait avec les mouvements perceptibles du fœtus, permettant l'avortement avant cette animation, la loi moderne impose le respect de l'être humain dès le commencement de la vie que nous savons aujourd'hui exister dès la fécondation.

Hostile à tout bouleversement des plans divins, les chrétiens ne pouvaient que condamner la pratique de l'avortement qui contrevient directement aux voies du Créateur. Ils se fondent sur le commandement essentiel du décalogue "Tu ne tueras point." [7] Pour l'Eglise catholique l'avortement est un crime. [8]

---

1 C'est une des formalités de la soutenance de la thèse de doctorat en médecine que de prononcer un serment inspiré de celui d'Hippocrate, cf. O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, T.1, p.194.

2 VILLEY Raymond, *Réflexions sur la médecine d'hier et de demain*, Plon, 1966, 114.

3 De très nombreux auteurs classiques dissertent sur les critères de sélection des enfants que l'on doit ou non laisser vivre. Soranos, Sénèque, Tacite, et Hippocrate, cf. FONTANILLE Marie-Thérèse, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, précité, pp.23-25.

4 Il est à noter que les premiers mouvements sont à la fois le signe de la vie du fœtus et surtout les premières sensations perceptibles pour la femme enceinte et son entourage. On ne peut distinguer si l'importance accordée à la phase de l'animation l'est par rapport au fœtus qui s'anime ou à la gestatrice qui ressent les premiers mouvements de vie. La notion d'animation gouvernera le statut du fœtus jusqu'à la fin de l'Ancien régime cf: "Le père Jérome Florentinius a fait un traité sur le baptème des avortons, pour démontrer qu'on peut baptiser un avorton, en quelque tems qu'il vienne au monde, parce que le tems auquel le fœtus commence d'être animé est incertain.", DENISART J.B., *précité*, 1775, T.1, V° *Avorton*, al.2, p.176.

5 Antérieurement à cette phase qui se situe d'ordinaire au quatrième mois de gestation, il n'y a dans l'utérus de la femme qu'une substance-semence que l'on peut expulser par différents moyens sans porter, selon Hippocrate, atteinte à la vie. FONTANILLE Marie-Thérèse, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, précité, pp.55-61.

6 Le même raisonnement peut être appliqué en matière de protection pénale des esclaves qui sont protégés, non pas en tant qu'êtres humains autonomes, dignes de respect, mais en tant qu'être dépendant d'un maître auquel appartient leur force de travail, voir même en tant que simple chose. La portée réelle de la protection juridique dépend entièrement de la définition des sujets de cette protection.

7 Sur cette question cf.HERMITTE Marie-Angèle, *Science, technologie et religion*, Arch.phil.droit 1991, *Droit et science*, pp.109-134.

8 Cf. "Il faudrait être théologien pour suivre, à travers les pères de l'Eglise, les vieilles discussions sur le moment où intervient «l'animation» du fœtus. (...) Mais, en 1588, le pape Sixte Quint mit fin à ces subtilités et proclama crime, tout avortement provoqué." PINATEL Jean, *Chronique de criminologie*, R.S.C. 1973, p.742. Les papes successifs rappellent régulièrement la condamnation catholique de l'avortement, en invoquant un nouveau "massacre des innocents". "Pauvres, innombrables vies humaines atteintes dans votre faiblesse, dans votre innocence ! Comment une société civilisée, et de plus chrétienne, peut-elle donc permettre, tout en restant impassible, sans larmes, un tel «massacre des innocents» ?.", Paul VI, Aud.gén. 26 avril 1978, in *Le droit à la vie dans l'enseignement des papes*, précité, p.20. Le Vatican appelle à "la lutte incessante contre ce que le Concile Vatican II a appelé «le crime abominable» de l'avortement. Mépriser le caractère sacré de la vie dans le sein maternel, c'est briser le tissu même de la civilisation." Paul VI à des évêques américains, 26 mai 1978, ibidem, p.81.

L'histoire montre une tradition de prohibition de l'avortement [1], que ce soit par faveur pour l'enfant à naître ou par souci de préserver la santé de celle qui le porte. [2] Le droit de l'Ancien-Régime connaissait la répression de l'avortement. Bien que le regard porté par la société ait toujours oscillé entre avortement-pêché et avortement-misère, entre sanction et compassion. "*Sous l'influence des Encyclopédistes, un mouvement de moindre sévérité s'est instauré à partir de la révolution : le Code de 1791 portait contre ce crime la peine de 20 années de fers, mais en prévoyant l'impunité totale pour la femme avortée elle-même ; le Code de 1810 (art.317) appliquait les travaux forcés à temps contre les médecins et celle de la réclusion contre la femme avortée et toutes autres personnes.*" [3]

Les médecins ont toujours été en première ligne des préoccupations du législateur en raison de leur capacité technique et de leur savoir scientifique qui peuvent en faire des avorteurs tout désignés. [4] Pour leur éviter de profiter des facilités que leur procurent les instruments et les connaissances du corps humain, et surtout pour marquer la frontière naturelle entre la médecine protectrice traditionnelle de la vie et l'avortement, acte de mort, la loi connaissait la circonstance aggravante de la qualité de membre d'une profession médicale ou paramédicale.

Parallèlement à la lutte contre la contraception, le droit de l'Après-Première guerre mondiale réprima avec sévérité le crime d'avortement et sa provocation. [5] La correctionnalisation de l'infraction, entreprise par la loi du 27 mars 1923, avait pour but, malgré son apparence, de stimuler la répression, comme le prouve encore l'augmentation des pénalités du décret-loi de 1939. [6]

Ultérieurement, sous la magistrature du Maréchal Pétain, la protection de la famille n'est pas un vain mot pour les pouvoirs publics : "*le 15 février 1942, la volonté du gouvernement s'exprime sans ambiguïté. Les avorteurs sont considérés comme «des assassins de la patrie». Avorter n'est plus un acte individuel. C'est «un crime contre l'Etat», contre «la race».*" [7]

Le régime de Vichy ira au bout de sa conception de la famille et donc de sa lutte contre l'avortement, comme le démontre la condamnation à mort et l'exécution le 30 juillet 1943 de Marie-Louis GIRAUD. [8]

---

[1] Un auteur anonyme s'en réfère à Ovide, (43 av.J.C.-17 ap.J.C.) "Pourquoi enlever à la vigne féconde le raisin qui grossit ? Pourquoi d'une main cruelle arracher les fruits encore verts ?...Un tel crime, jamais tigresse ne l'a commis au fond de sa caverne d'Arménie... Quand de jeunes beautés le font..., si elles périssent, tous ceux qui les voient quand on les conduit au bûcher s'écrient : «Juste châtiment».", *Ovide et l'avortement*, Rec.dr.pén. 1969, p.13.

[2] "L'avortement provoqué est un crime capital, toujours puni de mort. V. l'édit de Henri II de 1556.", DENISART J.B., précité, 1775, T.1, V°*Avortement*, al.2, p.176.

[3] MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°2096, p.1701.

[4] "Il y a peine de mort contre tous médecins, chirurgiens, apothicaires, matrones, gardes-malades & tous autres, tels qu'ils soient, qui provoquent l'avortement des filles ou des femmes.", DENISART J.B., précité, V° *Avortement*, al.3, T. 1, p.176.

[5] L. 31 juill. 1920 D.P. 1921, 4, 162, codifiée en 1955 dans le C.S.P.

[6] L. 27 mars 1923, D.P., 1923, 4, 200, Décret-loi du 29 juillet 1939, D.P. 1939, 4, 369.

[7] SZPINER Francis, *Une affaire de femmes*, Balland 1988, p.26.

[8] "La formule du Maréchal «la France doit choisir, les enfants ou la mort !» va être prise au pied de la lettre.", SZPINER Francis, *Une affaire de femmes*, précité, p.123.

B) L'incrimination moderne de l'avortement

Contrairement a une idée couramment diffusée dans l'opinion publique, l'incrimination d'avortement fait, aujourd'hui, toujours partie intégrante du Code pénal. La définition légale prévue dans l'article 317 est issue directement de la législation de 1939, qui n'a été ultérieurement modifiée qu'en ce qui concerne le montant maximal de l'amende. [1] La qualité de professionnel de la santé n'est pas une circonstance aggravante de l'infraction d'avortement [2], mais le Code pénal prévoit une interdiction professionnelle au titre des peines complémentaires.

L'acte matériel de "*quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme*" est sanctionné par le Code pénal. [3] La liste légale des actions prohibées ne mentionne pourtant aucune définition de la notion même d'avortement. Il faut donc chercher ailleurs des éclaircissements sur le concept d'avortement.

La doctrine révèle des disparités importantes sur la conception sémantique de la notion d'avortement. Certains préconisent l'utilisation d'une définition médicale [4], ce qui mêle actes permis et actes interdits. D'autres proposent des définitions fondées sur la notion d'expulsion artificielle [5], qui méconnaissent l'aspect essentiel de l'avortement qui est de mettre fin volontairement à la vie d'un œuf humain fécondé, indépendamment de son issue "technique", ultérieure.

Sur le plan juridique, il est fondamental de préciser quel est l'élément matériel de l'infraction d'avortement : "*L'avortement est l'infraction consistant en des manœuvres coupables, accomplies en vue de l'expulsion artificielle du produit de la conception.*" [6] Encore faut-il préciser que cette action doit être mortelle pour le fœtus sans quoi on confondrait avortement et accouchement provoqué.[7]

Certaines définitions de la doctrine nous semblent à cet égard exagérément extensives : "*l'avortement nécessite en premier lieu, l'utilisation de moyens abortifs. (...) En second lieu, la recherche d'un résultat caractérisé par l'interruption de la grossesse d'une femme enceinte. Il importe peu de savoir si cet accouchement prématuré a eu lieu à un stade plus ou moins avancé de la grossesse. Il est également indifférent que l'enfant ait été expulsé mort ou vivant, viable ou non*".

---

1 Art.317 C.pén., D.L. du 29 juillet 1939, art.82, amende portée à 100 000 F par la loi du 31 décembre 1979

2 Le Code pénal définit la liste des professionnels concernés. "Les médecins, officiers de santé, sages-femmes, chirurgiens dentistes, pharmaciens, ainsi que les étudiants en médecine, les étudiants ou employés en pharmacie, herboristes, bandagistes, marchands d'instruments de chirurgie, infirmiers, infirmières, masseur, masseuses, qui auront indiqué, favorisé ou pratiqué les moyens de procurer l'avortement (...).", art.317 al.4, C.pén.

3 Art.317 al.1, C.pén., D.L. du 29 juillet 1939, art.82.

4 "Expulsion avant terme d'un fœtus non viable (avant la 24ème semaine).", LAGROUA WEILL-HALLE Dr., *L'avortement, un remède oui, mais...*, précité, p.13. Approuvée par le Pr. SOUTOUL J.H., in *Conséquence d'une loi, avortement an II*, précité, p.17. La différence entre avortement et fausse-couche reposant alors sur la durée de gestation de l'œuf fécondé : "Je donne le nom d'avortement à l'expulsion prématurée du fœtus à quelque terme de grossesse qu'elle arrive, réservant le nom de fausse couche, adoptée par quelques auteurs, pour la sortie ou l'expulsion d'un corps quelconque à la conception ", GARDIEN, *Traité complet d'accouchement et des maladies des filles, des femmes et des enfants*, T.2, 1816, p.117. cf. encore "Au XVIème siècle, Ambroise Paré, (T.II, p.624) écrivait : «Tout enfantement hors terme est appelé abortif ou avortement». Il ne faisait donc pas de discrimination entre avortement et fausse couche.", VELLAY Pierre, *Le vécu de l'avortement*, précité, p.18.

5 "Le législateur entend punir l'usage de n'importe quel procédé, destiné à provoquer artificiellement l'expulsion prématurée du fœtus.", MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.47. Il est évident que l'avortement naturel ou fausse-couche ne rentre pas dans la définition légale, sauf si l'on peut démontrer que la fausse-couche est le résultat immédiat d'actes volontaires, tels que des manœuvres externes, se jeter dans l'escalier par exemple..."Notre folklore comporte de nombreuses histoires de femmes qui se sont fait violence en se jetant du haut d'un escalier, en se livrant à des travaux ou à des exercices difficiles, en s'imposant du surmenage, etc..., dans le but de provoquer une fausse couche. En général ces tentatives s'avéraient infructueuses mais, à l'occasion, elles provoquaient des fractures, contusions multiples et autres lésions. Il semble toutefois exister une exception à cette règle. En effet, dans certains pays d'Afrique, les sages-femmes peuvent provoquer l'avortement en exerçant une forte pression sur l'utérus, pendant un laps de temps pouvant aller jusqu'à une heure.", MORGENTALER Henry Dr., *Avortement et contraception*, Montréal, les éd° de l'homme, 1981, p.123.

6 MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°2095, p.1700.

7 Il existe de nombreuses indications médicales en obstétriques qui expliquent des actes de provocation à l'expulsion, ne serait-ce qu'en cas de souffrances cardiaques du fœtus du fait du travail prolongé. Or l'avortement vise à empêcher le fœtus de vivre, même si les manœuvres sont parfois inefficaces, (cf. possibilités de répression de la tentative), alors que le "déclenchement" de l'accouchement vise à le faire vivre, indépendamment de l'issue parfois accidentellement fatale pour lui.

[1] D'autres définitions sont ambiguës : "*expulsion prématurée, artificiellement provoquée, du produit de la conception (indépendamment de toute circonstance d'âge, de viabilité et de formation régulière du fœtus).*" [2]

Il apparaît inopportun d'adopter une définition qui ne contient aucune référence au but létal de l'acte d'avortement. S'il est indéniable que le législateur n'a pas voulu distinguer selon que le fœtus est viable ou non, il nous semble par ailleurs incontestable que l'accouchement volontairement déclenché dans l'intérêt de la santé d'un futur enfant vivant ne doit pas rentrer dans la définition de l'avortement, sans quoi on pourrait sanctionner des peines de l'article 317 un grand nombre de pratiques très saines et salutaires pour la santé de nombreuses femmes enceintes et de leur enfant.

Bien que l'acte matériel soit le même, acte tendant à l'expulsion, et l'élément intentionnel identique, dol général, conscience et volonté de provoquer cette expulsion "illicite", il ne faut pas confondre l'acte médical qui se veut salvateur de la vie future du fœtus, et l'acte médical qui décide de sa mort, ou tout au moins prend volontairement le risque de sa mort. [3] Nous ne mettons pas sur un même plan l'acte de vie même risqué, l'accouchement provoqué ou déclenché [4], et l'acte de mort : l'avortement.

L'avortement est une infraction volontaire qui nécessite chez son auteur la conscience et la volonté d'interrompre la grossesse. Ce à quoi nous ajouterons la volonté de ne pas voir survivre le fœtus, c'est-à-dire la volonté de le tuer. [5] Il s'agit alors d'un dol spécial, l'*animus necandi*, l'intention de nuire à la survie du fœtus, sans laquelle il n'y a à notre sens pas d'avortement. [6] L'affirmation selon laquelle le dol spécial dans l'infraction d'avortement est l'arrêt de la grossesse nous semble, à cet égard, trop équivoque.[7] Ce dol spécial est déterminant en ce qui concerne la répression de la tentative d'avortemenet. Le projet de mort non exécuté est une tentative d'avortement, alors que le projet d'accouchement provoqué est une stratégie thérapeutique.

Sont exclus du champ de répression de l'infraction d'avortement les fautes d'imprudence qui entraînent involontairement la mort d'un fœtus intra-utero. Que ces fautes résultent de violences mécaniques, comme les accidents de la circulation routière [8], ou d'ingestion de produits involontairement toxiques [9], la qualification applicable est alors celle de coups et blessures par imprudence.

---

[1] DORSNER-DOLIVET Annick, J.-Cl.pénal, art.317, févr. 1992, n°52.

[2] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Avortement* p.91.

[3] Cf. l'avortement thérapeutique où dans certains cas la vie ou la mort du fœtus importe guère, le but étant de sauver la mère.

[4] Il faut remarquer que l'accouchement déclenché pour cause de dépassement du terme ne pourrait en tout état de cause pas être qualifié d'avortement, (qui suppose une expulsion avant terme), alors même que nous pensons qu'il peut y avoir même après terme des cas d'avortement thérapeutique ou eugénique. cf. Pour une définition de l'accouchement provoqué : "Naissance par les voie naturelles d'un enfant avant terme mais ayant acquis une maturité suffisante, induite soit par des moyens médicamenteux, soit par des moyens locaux.", KERNBAUM Serge Dr., *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, précité, V° *Accouchement provoqué*, p.6.

[5] D'où la difficulté rencontrée par le médecin-expert commis judiciairement même en cas d'expertise contemporaine de l'expulsion : "L'examen met en présence une femme qui est en train de faire une fausse couche. Il s'agit de déterminer médicalement si cette fausse couche est spontanée c'est-à-dire naturelle, ou provoquée, c'est-à-dire criminelle. La symptomatologie clinique de l'une et de l'autre est analogue.", DEROBERT L., *Les possibilités médicales dans la répression de l'avortement criminel*, R.D.P.C., 1952-1953, p.734.

[6] Il suffit de lire ces quelques lignes de la plume de M.Vitu pour constater que la référence à la mort est permanente en matière d'avortement."On a vu le cas d'un enfant venu au monde vivant et viable, et survivant aux manœuvres qui avaient pour but de le faire mourir. Il sera d'ordinaire facile de distinguer l'avortement de l'infanticide. Tuer volontairement un enfant au cours d'un accouchement naturel et survenant à terme est un infanticide, même si les coups mortels lui ont été portés alors qu'il est encore dans le sein de sa mère ; l'avortement est constitué, au contraire, si la grossesse est arrêtée avant terme par des moyens artificiels et l'enfant tué à ce moment.", MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°2110, p.1714.

[7] "La loi suppose l'existence d'un dol spécial, c'est-à-dire d'une volonté tendue vers un résultat spécialement recherché : l'arrêt de la grossesse.", MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°2107, p.1712.

[8] Dans l'hypothèse d'un accident de la circulation routière entraînant la mort du fœtus, pour la qualification art.320 (blessures par imprudence sur la femme enceinte) et non art.319 (homicide du fœtus par imprudence) cf. C.A. Paris 21 nov. 1990 sur appel de T.corr. Meaux 3 nov. 1989, Jurisdata 025203.

[9] C.A. Grenoble 7 févr. 1974, D.1974, p.69.

Il est à noter que les risques pris par la femme enceinte seule, ne sont pas susceptibles de cette infraction, ni quant à l'automédication imprudente, ni quant à l'intoxication tabagique ou alcoolique, ni quant aux sports violents. [1]

C) La distinction entre l'avortement et les violences contre la femme enceinte

L'œuf humain fécondé vit à l'intérieur d'une personne humaine, la femme qui le porte. Or, il faut analyser la réaction du droit pénal face aux violences imposées à ces deux êtres, qu'ils soient co-victimes ou non. [2] Dans la plupart des cas, les intérêts des deux êtres sont liés. On sait que les atteintes à l'intégrité physique d'une femme enceinte peuvent avoir de lourdes conséquences sur la survie ou le développement du fœtus. [3]

Il faut affirmer que les violences dirigées contre le fœtus sont aussi des violences contre la femme qui le porte. C'est pourquoi il peut y avoir conflit de qualification pénale à l'occasion de pratiques abortives entraînant des conséquences sur la santé personnelle de l'avortée, mais aussi, pensons-nous, en l'absence de telles conséquences "anormales".

Selon que les violences contre le fœtus sont exercées par des manœuvres ou des substances abortives (deux séries de procédés visées par l'article 317 du Code pénal), différentes qualifications pénales générales peuvent être envisagées.

Les manœuvres abortives (perforation de l'œuf avec un instrument piquant ou coupant tel que la tristement célèbre aiguille à tricoter, décollement de l'œuf, dilatation du col de l'utérus, violences externes sur le ventre de la femme ou aspiration) constituent sans aucun doute des coups et blessures volontaires au sens du Code pénal. [4] Ces violences reflètent l'élément matériel définit par le législateur pour protéger la personne humaine contre toutes les atteintes volontaires au corps humain.

L'ingestion de substances abortives [5], quelle que soit la dangerosité réelle de ces produits, peut entrer dans la qualification de substances nuisibles, au sens de l'article 318 du Code pénal, en cas de suites préjudiciables. [6]

Lorsqu'un même fait tombe sous le coup de plusieurs qualifications pénales, on parle traditionnellement de concours idéal de qualifications, et le principe de légalité criminelle ainsi que la jurisprudence affirment que le fait doit être envisagé sous sa plus haute expression pénale. La plus haute qualification l'emporte.

En matière d'avortement, doit-on considérer que les pratiques abortives sont un fait unique susceptible de plusieurs qualifications pénales ou au contraire qu'il y a plusieurs infractions distinctes, concours idéal d'infractions ? Il est, en effet, constant que lorsque le même fait porte atteinte à des intérêts collectifs ou individuels distinctement protégés par la loi [7], il faut qualifier les

---

1 Mme DORSNER-DOLIVET entrevoit même la non-punissabilité du port de vêtements trop serrés cf. DORSNER-DOLIVET Annick, J.-Cl.pénal, art.317, févr. 1992, n°53.

2 Lorsque le droit français connaissait encore la peine de mort, il donnait effet à un principe issu de l'Ancien régime, selon lequel une femme enceinte condamnée à mort ne pouvait être exécutée qu'après avoir été "délivrée" de son fruit. "Si quelque femmes ou fille, devant ou après avoir été condamnée à mort, paroît ou déclare être enceinte, les juges ordonneront qu'elle sera visitée par matrones, qui seront nommées d'office & qui feront leur rapport dans la forme prescrite au titre des experts, par notre ordonnance du mois d'avril 1667, & si elle se trouve enceinte, l'exécution sera différée jusqu'après son accouchement. Ordonnance criminelle de 1670, titre 25, art.22.", Denisart J.B., précité, 1775, T.2, V° *Grossesse*, n°12, p.445.

3 C'est pourquoi il existe des circonstances aggravantes liées à l'état de grossesse, ainsi pour le viol par exemple, cf. art.332 al.3 C.pén. et art.222-24, 3°, N.C.pén.

4 Art. R.40, 309 et 310 C.pén., art.222-10, 2° et 222-12, 2°, N.C.pén.

5 Quelle que soit la voie d'administration, voie orale, (Cantharide, purgatifs, etc...), ou voie intra-utérine, (Eau de cologne, eau de javel, glycérine), accessible facilement par canule ou poire à lavement.

6 Art.318 al.2 C.pén. Est-ce une coïncidence si l'administration de substances nuisibles (art.318 C.pén.) suit immédiatement l'avortement, (art.317 C.pén.) ? Pour la qualification de substances nuisibles des cantharides cf. C.A. Montpellier, 6 déc. 1869, D.1870, p.179.

7 Pour la violation du Code de la route concomitante au délit de coups et blessures involontaires Cass.crim. 8 mars 1972, Bull.crim. n°89.

différentes infractions simultanées dans leurs éléments constitutifs spécifiques. [1] Le critère est la pluralité ou l'unité de valeurs protégées.

"Il peut se produire parfois, sur la tête de l'avorteur, un cumul de textes: s'il est auteur à la fois, de manœuvres abortives et de coups mortels quand sa victime est décédée (ou de blessures ayant entraîné une infirmité permanente, ou d'administration de substances nuisibles). (...) Les manœuvres abortives constituant à la fois une infraction contre l'enfant et un crime ou délit contre l'intégrité corporelle de la femme enceinte." [2]

Nous pensons qu'il y a lieu de distinguer les violences faites à la femme et les violences dirigées contre le fœtus dans la mesure où il existe des cas où les intérêts de ces deux êtres sont contradictoires. C'est en particulier l'hypothèse de l'avortement thérapeutique. La femme enceinte et le fœtus qu'elle porte sont des valeurs sociales différentes aux yeux de la loi.

L'intégrité corporelle de la femme est protégée par l'ensemble des dispositions pénales réprimant les atteintes à la personne humaine. Le fœtus n'est protégé que par la prohibition de l'avortement. *"La même manœuvre a causé l'avortement et a causé la maladie, l'incapacité ou la mort de la mère. Aussi sera-t-il possible non seulement de retenir dans une même procédure les deux qualifications mais encore d'engager deux procédures distinctes qui seront sans effet l'une sur l'autre. Une accusation visera l'infraction contre l'enfant, l'autre l'infraction contre la femme."* [3]

Aussi faut-il distinguer en fonction de l'élément intentionnel propre chaque infraction. Celui qui porte des coups à une femme enceinte pour tuer le fœtus commet à la fois des violences contre la femme et une tentative d'avortement. [4] Celui qui porte des coups à une femme enceinte, en connaissant l'état de grossesse mais sans vouloir tuer le fœtus, commet des violences aggravées par la circonstance de grossesse. Celui qui porte des coups à une femme enceinte sans connaître l'état de grossesse commet des violences "simples".

Les infractions applicables ne sont pas les mêmes, les faits justificatifs qui pourront rendre licites certains actes, en particulier médicaux, envers la femme ou le fœtus ne sont pas, non plus, identiques. S'il existe des actes médicaux d'avortement justifiés par le but curatif de l'acte, il n'existe aucune dérogation au principe de l'interdiction du fait de donner la mort à une personne humaine. Le but curatif peut contribuer à justifier certains avortements ; il est, par contre, totalement exclu que ce même but curatif puisse justifier un homicide.

Aussi conclurons-nous qu'il faut distinguer sur le plan pénal, les violences faites à la femme - personne humaine réelle - et les violences faites au fœtus - personne humaine potentielle -. Car la valeur sociale que constituent la vie et la santé de la mère reste "pénalement" supérieure à la valeur sociale que représente la vie d'un fœtus.

L'œuf humain fécondé n'est pas laissé sans protection par le droit pénal qui, par principe, réprime l'avortement, mais les dérogations à ce principe montrent que l'œuf humain n'est pas "pénalement" porté au rang des personnes humaines. Il n'y a aucune incompatibilité de fond à considérer que sur le plan pénal le fœtus peut être qualifié de personne humaine potentielle. Il est un être vivant qui mérite le respect de son intégrité physique, la protection pénale étant spécifique à sa vie humaine future et éventuelle. L'atteinte volontaire à la vie d'une personne humaine potentielle est interdite par l'incrimination de l'avortement.

---

[1] "Il semble résulter de la jurisprudence que le critère de l'unité ou de la pluralité d'infractions réside principalement dans le point de savoir si l'acte, au besoin unique, était dirigé contre une seule valeur sociale protégée par la loi ou indistinctement contre plusieurs.", STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges, BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, Dalloz, 14ème éd° 1992, n°596, p.462.

[2] MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°2120, p.1721.

[3] Obs. GRANIER Joseph, Avocat général, ss Cass.crim. 9 nov. 1955, J.C.P. 1956-II-9249.

[4] Si la femme enceinte décède des suites des manœuvres abortives la qualification pénale est celle de coups mortels. En ce sens, cf. HUGUENEY Louis, chron. ss Cass.crim. 9 nov. 1955, R.S.C. 1956, p.325.

Mais le législateur décide parfois d'une nouvelle délimitation du licite et de l'illicite. C'est ainsi que la loi du 17 janvier 1975 a créé une permission légale pour l'interruption volontaire de grossesse (I.V.G.) et certains avortements thérapeutiques (I.V.G.), sans faire disparaître l'incrimination pénale du fait d'avortement. Le médecin peut être autorisé par la loi à éliminer un être humain pour des raisons légalement définies.

§2) La coexistence de l'incrimination d'avortement et de la permission légale de certaines interruptions de grossesses

Le principe de condamnation pénale de l'avortement, après avoir été longuement et souvent critiqué, a été maintenu en 1975 par le législateur. La loi "VEIL" limite le champ de la répression en instituant légalement une sphère de justification en ce qui concerne certaines catégories d'avortement. Le principe reste la prohibition de l'avortement, l'exception étant la tolérance de quelques actes limitativement prévus par la loi.

Le débat sur l'avortement qui divisa les rangs de la société française dans les années 70 fut alimenté par des engagements essentiels en faveur de la libéralisation de l'avortement. [1] Les polémiques furent très rudes entre intellectuels et moralistes [2], médecins et juristes [3], partisans de l'avortement totalement libre et tenant de la répression systématique. [4] L'Ordre national des médecins, fidèle à sa confiance traditionnelle dans la conscience de chaque médecin comme critère de toute responsabilité, prônait la décision médicale en la matière. [5]

Les slogans favorables à la plus grande libéralisation de l'avortement fleurirent sur les murs et les pancartes.[6] Les plus extrémistes allant jusqu'à prôner : "*l'avortement sans risque et dans la joie !*" [7] Nous ne retiendrons que deux épisodes de l'affrontement dont les cendres restent brûlantes parce qu'ils symbolisent la nature des débats contemporains en matière de droit médical.

Au cours de l'année 1973, un grand nombre de médecins favorables à la libéralisation de l'avortement publièrent un manifeste dans lequel ils affirmaient ou reconnaissaient avoir déjà pratiqué des avortements illégaux.[8] Cette méthode de pression sur l'opinion publique n'est

---

1 «Notre ventre nous appartient», *Manifeste du mouvement de libération de la femme*, le Nouvel Observateur, 5 avril 1971. «L'avortement doit être libre», *Manifeste signé par 252 médecins*, le Nouvel Observateur, 3 mai 1971. «Manifeste pour la libéralisation de l'avortement» (signé par 200 gynécologues, dont les docteurs J.Cohen, Kahn-Nathan, R.Palmer et P.Vellay), Le Monde, 29 juillet 1971. cf. VELLAY Pierre, *Le vécu de l'avortement*, précité, p.174, Ce à quoi il faut rajouter la proposition de loi Peyret, relative à l'interruption de grossesse, Ass. Nat., 1969-1970, Doc. n°1347.

2 Chaque auteur aime à montrer les paradoxes d'une société qui évolue quant à la valeur accordée à telle ou telle forme de vie : "A une époque où l'opinion publique s'élève contre le massacre des bébés phoques, proteste contre la peine de mort régulièrement prononcée par une cour d'assises, (...), est-il pensable qu'une législation s'instaure, transformant nos hôpitaux en officines de mort et nos médecins en avorteurs ?", LOUVET J., *Considérations sur une proposition de loi extensive de l'avortement thérapeutique*, précité, p.102. Certains profitent de l'occasion pour en référer au fantasme du "complot", cf "Signalons l'influence des propagandes et du complot néo-malthusien contre la vie, importé de l'étranger. (...) des esprits imbus de principes opposés à notre éthique traditionnelle du respect de la vie humaine, (...) résolus à refuser cet héritage ; à libérer la femme des charges de la maternité ; à lui permettre d'exiger la mort de l'enfant qu'elle porte.", GAUDIN de LAGRANGE Emérentienne, *les droits de l'enfant*, in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD, Dalloz-Sirey 1985, pp.176-177.

3 «Appel de l'association des juristes pour le respect de la vie», Le Monde, 29 juill. 1971.

4 Un parlementaire fustigea vertement : "Le nouvel évangile de l'avortement recommandé, généralisé, libre et remboursé", Michel DEBRE, J.O. Ass.Nat. 28 nov. 1979, p.10716.

5 "Même sans texte qui l'y autorise, un médecin peut estimer que sa conscience lui commande un avortement. La sagesse serait, croyons nous, de ne pas légiférer et de laisser le corps médical, dans des cas qui sont en fait exceptionnels, prendre ses responsabilités, et, éventuellement, en rendre compte.", Déclaration de l'O.N.M. cité par TOULAT Jean, *L'avortement : crime ou libération ?*, précité, p.48. Le principe de la légalité criminelle empêche, selon nous, d'instituer un tel système fondé entièrement sur l'appréciation individuelle de chaque médecin, pour juger de la licéité de tel ou tel acte.

6 Dans la logique de la revendication de la contraception on vit resurgir : "Nous aurons les enfants que nous voulons quand nous voulons", ou une autre version "Un enfant si je veux, quand je veux", Les cahiers de Science & Vie, *L'invention de la pilule*, Hors-série n°10, août 1992, p.63 et p.81. Certaines expressions reflétaient des visées plus politiques : "Mon ventre est à moi" restant plus sobre que "Cet utérus n'est pas la propriété de l'Etat", cf. TOULAT Jean, *L'avortement : crime ou libération ?*, précité, pp.46-47.

7 cité par le Dr LAGROUA WEILL-HALLE in *Conséquences d'une loi. Avortement an II*, précité, préface p.9.

8 "Manifeste publié le 4 février 1973 par 331 médecins qui seront 730 deux mois plus tard", cf. ROUJOU de BOUBEE G., *L'interruption volontaire de la grossesse. Commentaire de la loi n°75-17 du 17 janvier 1975*, D.1975, chron., p.210, note 12.

absolument pas innocente car elle tente de persuader le corps social qu'une pratique même illégale étant entrée dans les mœurs, il faut nécessairement en organiser la légalité. [1]

Si l'avortement est pratiqué *de facto* [2], il faut le rendre licite *de jure*. [3] Cette démarche se retrouve dans le domaine médical avec les débats contemporains sur l'euthanasie et la stérilisation, où l'on commence à voir certains médecins reconnaître qu'ils pratiquent certains actes aujourd'hui illégaux parce qu'ils considèrent que la règle de droit est "obsolète" et qu'il faut l'amender ou la supprimer.

Le droit doit-il s'adapter aux faits ou, au contraire, les faits doivent-ils se soumettre au droit ? La loi, expression de la volonté générale de la société, ne perd pas vigueur par écoulement d'un délai de temps ni par désuétude, contrairement à ce qu'en pensent certains médecins : "*toute loi dont l'application n'a jamais été exigée par l'autorité souveraine, usant des moyens de pression prévus dans les textes, tombe en désuétude à la trentième année.*" [4]

L'efficacité de la stratégie suivie à l'époque pour lutter pour l'avortement en imposant un point de vue médical, qu'il soit majoritaire ou minoritaire est, à notre avis, le signe d'un dévoiement de la délégation du pouvoir que la société confie à ses médecins. "*N'étant pas maîtres de la criminalité, les sujets de droit ne peuvent donc prétendre au non-être d'une infraction, parce qu'ils jugeraient moralement légitime leur action.*" [5]

Les médecins ont des prérogatives exorbitantes du droit pénal commun en matière d'atteinte à l'intégrité corporelle des êtres humains parce que la société leur confie cette mission et ces pouvoirs dans le but précis de soigner autrui. Avouer ostensiblement que l'on abuse de la confiance de la société en violant ses règles alors même que l'essence de la profession médicale repose sur des règles dérogatoires instituées en faveur de médecins conscients et responsables, est une faute qui dépasse la simple responsabilité pénale pour les actes accomplis. [6]

Un second épisode du débat de l'époque consista à affirmer que la loi pénale [7] n'était jamais appliquée [8], tout en faisant pression sur les autorités judiciaires et sur la Chancellerie pour qu'elles

---

1 Le célèbre procès dit de Bobigny avait déjà mis en lumière cette opinion très étrange de certains avocats : "Attendu que la défense ne conteste pas la matérialité des faits mais soutient que les dispositions de l'article 317 du Code pénal doivent être considérées comme «une loi objectivement mauvaise, immorale, caduque».", T.corr. Bobigny, 22 nov. 1972, Gaz.pal. 1972, p.890. Dangereux concept que celui d'une loi inapplicable en raison de son immoralité ! De quelle moralité s'agit-il, de celle du législateur ou de celle des délinquants ?

2 Y compris de la manière la plus publique qui soit : "Je fis une déclaration publique sur cette question au cours de laquelle j'affirmai avoir pratiqué cinq mille avortements, avec un taux de complications très minime et, bien entendu, sans aucun décès. Puis, pour démontrer la simplicité de l'intervention et l'inutilité des restrictions prévues par la loi canadienne, je procédai à une interruption de grossesse devant les caméras de la télévision nationale. Trois mois plus tard, la police fit une descente à ma clinique.", MORGENTALER Henry Dr., *Avortement et contraception*, précité, p.10.

3 Certains parlementaires, par leurs propos, vont jusqu'à dénier au droit toute possibilité d'action répressive en matière d'avortement : "Ce ne seront pas les gendarmes ou les textes juridiques qui pourront empêcher les femmes de renoncer à mettre au monde un enfant", D'HARCOURT Florence, J.O. Ass.Nat. 28 nov. 1979, p.10709. Pourquoi le législateur est-il consulté si ses pouvoirs sont aussi relatifs ?

4 MALINAS Y., *De la détresse*, in *Conséquences d'une loi. Avortement an II*, précité, pp.57-58. Sans doute, l'auteur confond-il avec la prescription trentenaire des fautes délictuelles en droit civil, devenue décennale (art.10 al.1 nouveau, C.P.P.). Reconnaître que l'on viole la loi pour en démontrer les imperfections et tenter de la faire évoluer est une méthode qui nous semble plus proche du terrorisme intellectuel que du nécessaire et salutaire débat de société.

5 MAYAUD Yves, *Ratio legis et incrimination*, R.S.C. 1983, n°36, p.617.

6 Le regroupement de médecins-avorteurs-illégaux nous fait penser à une prise d'otage ou à un coup d'Etat : Parce que vous m'avez fait confiance j'ai pris le pouvoir que vous m'avez donné, j'en abuse, et je vous demande de ratifier cet état de fait en le transformant en état du droit...

7 "la fonction morale de la peine est d'avertissement. La pénalité rappelle que l'acte incriminé constitue une faute à l'égard de la société et que cette dernière le désapprouve. En matière d'avortement, force est de constater en France que, depuis certaines affaires et certaines proclamations retentissantes, la pénalité ne joue que rarement ce rôle. La revendication du droit à l'avortement devient de plus en plus pressante. Quant à la fonction utilitaire de la peine, elle est pratiquement inexistante. Il n'est pas possible de parler d'exemplarité lorsque le risque pénal est de 2/1000, dans la meilleure hypothèse. Au total, la faillite du droit pénal en matière d'avortement aggrave l'anomie, qui laisse notre société sans défense devant les stimuli criminogènes qui l'assaillent.", PINATEL Jean, *chronique de criminologie*, R.S.C. 1973, p.748.

8 "D'une rigueur implacable, les textes alors en vigueur n'étaient plus appliqués du tout depuis de nombreuses années. C'est la raison pour laquelle il était inévitable, quoi qu'on en pense au fond, qu'une telle législation soit réformée.", SERVERIN Evelyne, *La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse : aspects juridiques et sociologiques*, R.T.D.soc. 1980, p.292 note 5.

ne la fassent pas appliquer. [1] Lesquelles autorités judiciaires ont fait preuve d'une large complaisance voire de faiblesse vis-à-vis du "lobbying" pro-avortement, comme le témoigne le procès de Bobigny, au cours duquel fut invoqué la pression d'une certaine opinion publique : "*Attendu, (...) qu'elle a pu être troublée par la prise de position publique de personnes en vue, socialement plus favorisées, concrétisée par un document dit «Manifeste des 343» largement diffusé par la presse ; qu'il convient, en conséquence, de la faire bénéficier des plus larges circonstances atténuantes.*" [2]

Certes, un constat d'échec de l'efficacité de la loi s'imposait [3], mais c'est surtout une grave question de société qui s'exprimait au travers de ce constat. [4] Lorsque l'arbitre lui-même ne respecte plus la règle du jeu, il lui est difficile de la faire respecter aux joueurs, et encore plus de la faire comprendre aux spectateurs...

Toute loi est évolutive, mais avant qu'une loi nouvelle ne vienne tacitement ou expressément abroger une loi ancienne, force doit rester à la loi. La raison d'être de la loi est de fixer une règle ayant force obligatoire, et la critique de son bien-fondé doit se concilier avec son respect.

Le danger essentiel de la violation d'une règle que l'on juge mauvaise est d'affaiblir le principe même du respect dû à toute règle obligatoire. "*L'efficacité de la loi pénale est réductible à son effectivité et l'efficacité de la peine se mesure aux effets observables qu'elle comporte.*" [5]

Si le praticien est seul maître de la valeur et de la force des lois, qui pourra faire respecter une règle meilleure le cas échéant ? "*Par l'incrimination, le législateur détermine de façon générale et impersonnelle le cadre de référence des bonnes et mauvaises conduites : il édicte donc un code de morale et de discipline sociale, dont le contenu ne saurait être fonction de circonstances tenant à la personne de ceux qui y sont soumis, (...). L'infraction est une attitude non pas d'immoralité subjective, mais d'antisocialité objective.*" [6]

Au terme du processus législatif, la loi nouvelle justifia pénalement deux catégories d'avortements par la permission de pratiquer l'interruption volontaire de grossesse -I.V.G.- (A) et l'interruption thérapeutique de grossesse - I.T.G. - (B).

A) La permission légale de pratiquer l'I.V.G.

Afin de montrer l'originalité de la loi du 17 janvier 1975, il convient d'en distinguer l'esprit (1°) puis la lettre (2°), avant d'étudier la portée justificative de la loi de 1975 en matière d'I.V.G. (3°).

---

1 On ne manquera pas de rappeler la déclaration du Président de la République du 25 juillet 1974 affirmant qu'il n'y aurait plus aucune poursuite avant le vote d'une nouvelle loi, cette conférence de presse faisant suite à une circulaire du garde des sceaux invitant les parquets à ne poursuivre les avortements qu'après en avoir référé à la chancellerie. cf. ROUJOU de BOUBEE G., *L'interruption volontaire de la grossesse*, précité, p.210.

2 T.corr. Bobigny, 22 nov. 1972, Gaz.pal. 1972, p.890. Etrange raisonnement qui consiste à trouver dans une prise de position d'un groupement privé en faveur d'actes infractionnels, une source de circonstances atténuantes. Pourquoi ne pas extrapoler le raisonnement à l'euthanasie, à la stérilisation, à l'excision, au transsexualisme, par exemple ? Encore est-il heureux que la juridiction n'ait pas envisagé le fait justificatif de permission d'une autorité privée...

3 "Il est également vrai que la législation antiabortive, en France, est sévère et comporte un arsenal complet et cohérent de mesures répressives, mais elles se sont révélées à peu près inefficaces, tant à l'égard des personnes susceptibles de procurer l'avortement que de la femme enceinte elle-même. Le Haut Comité Consultatif de la Population et de la Famille, (H.C.C.P.F.) s'est penché sur les statistiques qui révèlent approximativement deux condamnations pour mille avortements clandestins. La loi pénale est donc un échec, sans effet sur le phénomène à combattre.", LOUVET J., *Considérations sur une proposition de loi extensive de l'avortement thérapeutique*, précité, p.101.

4 "Ce qui permit à P.LAROQUE, Président de la section sociale du Conseil d'Etat, de déclarer devant la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale le 19 septembre 1973 : «Lorsqu'une législation est bafouée ou non appliquée de cette manière, il en résulte un discrédit pour les institutions, pour le Parlement qui fait la loi, pour le Gouvernement qui est chargé de l'appliquer, pour la Justice et, en définitive, une crise de l'Etat. C'est là une considération définitive et, à certains égards, elle doit l'emporter sur les autres.»", cité par SOUTOUL J.H., in *Conséquences d'une loi. Avortement an II*, précité, p.29.

5 DAYEZ Bruno, *L'avortement et la raison pénale*, R.I.E.J. 1990.24, p.68.

6 MAYAUD Yves, *Ratio legis et incrimination*, R.S.C. 1983, n°25, p.611.

1°) L'esprit de la loi de 1975

L'esprit de la loi du 17 janvier 1975 est a priori dépourvu d'ambiguïté. Cette loi affirme un principe général de respect de la vie et définit précisément les cas exceptionnels de dérogations admises par rapport au principe. "*La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi.*" [1] Il était possible d'affirmer que l'être humain doit être respecté dès la fécondation ou bien dès la naissance. Le législateur s'est abstenu de s'exprimer clairement. Il ne faut pas s'étonner de la virulence des critiques que suscita l'article premier de la loi, d'une part parce que son imprécision diminue d'autant sa force et sa valeur, d'autre part, parce que le reste de la loi est une énumération des hypothèses et des conditions nécessaires pour violer impunément le principe de respect de la vie. [2]

Mais le principal mérite de la Loi de 1975 est d'avoir apporté une cohérence nouvelle à l'approche pénale du problème de l'avortement en définissant deux catégories distinctes d'avortements, les avortements légaux et illégaux. Le texte d'incrimination subsiste pour le cas général, mais il est écarté dans certains cas particuliers. Tout avortement est et reste une infraction pénale, sauf lorsqu'il est justifié par le respect des conditions de la loi de 1975.

La reconnaissance de la possibilité d'attenter légalement à la vie du fœtus est la pierre angulaire de l'édifice voulu par le législateur. Premier accroc officiel au principe du respect absolu de toute vie humaine [3], la loi confie aux juges le soin de dessiner sur le terrain la frontière contenue dans le texte légal entre avortement licite et illicite.

Le juge doit apprécier si l'avortement qui lui est soumis entre dans la sphère limitée de justification, voulue par la législateur, ou bien s'il en est exclu, ce qui le rend punissable au nom du principe général de prohibition de l'avortement, corollaire du principe "*de respect de tout être humain dès le commencement de la vie.* " C'est la mission du juge pénal que d'être le gardien de cette frontière : "*A partir du moment où le législateur admet que le droit à la vie de l'enfant à naître n'est pas inviolable et sacré, (...) c'est au juge qu'il appartient de fixer (...) la limite entre l'avortement légal et celui qui ne l'est plus.*" [4]

Or, pour le législateur français, il existe deux catégories d'exception au respect de la vie humaine dès la conception, qui reposent toutes deux sur l'idée de nécessité. L'interruption volontaire de grossesse pour détresse de la femme enceinte et l'avortement thérapeutique. Ni les intérêts en présence, ni les conditions de la licéité ne sont alors les mêmes.

2) La lettre de la loi de 1975 : les conditions de l'IVG licite

La justification de l'I.V.G. est soumise à des conditions de fond (a) et à des conditions de forme (b).

---

[1] L. 17 janv. 1975, art.1. al.1.

[2] "D'où l'ambiguïté des deux lois en leur article 1er ; on pose un principe indiscutable et rassurant pour les consciences ; mais l'on annonce l'exception destinée, en pratique, à détruire le principe.", GAUDIN de LAGRANGE Emérentienne, *Les droits de l'enfant*, précité, p.177. D'aucuns fustigent une hypocrisie flagrante du législateur, "Malheureusement en fait, naïve ou hypocrite, cette déclaration d'intention pure et innocente est inutilisable en pratique.", COLETTE C., *Des textes aux réalités*, in *Conséquence d'une loi. Avortement an II*, précité, p.162. "Comment le juriste pourrait-il accepter de considérer un principe comme sauf, dès l'instant où il est énoncé, même s'il est permis par la loi d'y déroger dix semaines durant, sur décision individuelle ?", HAMON Léon, note sous Conseil Constitutionnel 16 janv. 1975, D.1975, p.530, "Cette loi est un tissu d'hypocrisies puisque son article 1er, (...) est pratiquement contredit par tous les .articles suivants", D'ONORIO Joël-Benoît, *Loi Veil : réflexions sur un premier bilan*, J.C.P.1986-1-3246.

[3] De toute vie d'un être humain innocent doit-on préciser, sachant que la peine de mort était encore en vigueur à l'époque.

[4] Concl. Mireille HEERS, sous T.A. Strasbourg 14 juin 1990, R.T.D.soc. 1991, pp.70-71.

a) Les conditions de fond de l'I.V.G. licite

La loi (le terme recouvre les lois du 17 janvier 1975 et du 31 décembre 1979) défini quatre catégories de conditions de fond à l'I.V.G. Le but (α), le délai, la qualité de l'intervenant et le lieu de l'intervention (β).

(α) Le but de l'I.V.G. : pallier la détresse de la femme enceinte

Le but de l'I.V.G. est de permettre à une femme enceinte de pallier la détresse dans laquelle la grossesse la plonge ou risque de la plonger. "*La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la dixième semaine de grossesse.*" "*L'interruption volontaire d'une grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin. Elle ne peut avoir lieu que dans un établissement d'hospitalisation public ou dans un établissement privé satisfaisant aux dispositions de l'article L.176.*" [1]

L'absence de définition authentique de la notion de détresse, cumulée à l'absence de possibilités de contrôle des allégations de la femme tendent à démontrer que la femme est seule maître de la définition de sa propre détresse. [2]

L'état de détresse est une notion éminemment subjective et personnelle dont le législateur n'a confié à personne d'autre que la femme enceinte, le soin d'apprécier l'existence. [3] Chaque femme peut entendre sous ce vocable polysémique la détresse qu'elle veut ou qu'elle croit. La détresse, contre laquelle l'I.V.G. permet de lutter peut être aussi bien sociale, financière, affective ou fantaisiste. [4]

Le critère fondamental de la licéité de l'I.V.G. est donc la volonté de la femme enceinte et non la reconnaissance extérieure [5] d'un intérêt objectivement [6] appréciable. [7] Il faut reconnaître que la loi

---

1 Art.L.162-1 et L.162-2 C.S.P.

2 Le législateur utilise parfois les termes de péril (art.63 C.pén., art.223-6 N.C.pén.), mais pas celui de détresse. Le terme de détresse bien qu'utilisé en médecine ne présume absolument pas de la gravité d'une situation : "Lorsque le pédiatre nous parle de détresse cérébrale, nous savons qu'il s'agit d'une atteinte d'une extrême gravité ayant toute chance, si elle n'entraîne pas la mort, de conduire à des déficits psychologiques et moteurs profonds. Lorsqu'on parle d'un nouveau-né en état de détresse respiratoire, cela ne signifie rien. Cela s'applique à des états très variables dont certains mèneront à la mort en quelques heures alors que d'autres guériront rapidement, spontanément ou au prix de soins banals.", MALINAS Y., *De la détresse*, in *Conséquences d'une loi. Avortement an II*, précité, pp.58-59.

3 "La notion de «détresse» de la femme a déjà donné lieu à de nombreux commentaires. On sait qu'il ne s'agit pas de l'état de nécessité, ni de l'état de péril. (...) Mais la notion de détresse n'a d'intérêt que s'il est utile : il est totalement inutile de définir la détresse si personne n'a la charge de l'apprécier. (...) Le Commissaire du Gouvernement a fait remarquer que la teneur de l'article L.162-4 du Code de la Santé publique et les débats parlementaires permettent d'affirmer que le législateur a entendu que la femme soit seule juge de sa situation de détresse, et que le médecin pas plus que le conseiller social ne puissent l'apprécier.", DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, obs. sous C.E. 31 oct. 1980, J.C.P. 1982-II-19732.

4 "La détresse est donc uniquement laissée à l'appréciation subjective de la femme, qui prend seule ses responsabilités. En autorisant la femme enceinte à interrompre sa grossesse, le législateur n'a pas opté pour un système casuiste, se refusant à énumérer des cas ou des situations qui permettraient l'avortement. Dans une matière aussi grave, c'est la femme seule qui doit pouvoir décider. (...) Aucun critère légal ne limite la détresse qui peut être d'ordre moral, social, financier, affectif ou physique. Les avortements de convenance sont donc parfaitement possibles. Ce «jus vitae necisque» dont est titulaire la femme seule est une particularité de la législation française.", LABBEE Xavier, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, précité, p.147.

5 Le juge pénal en particulier n'a aucun moyen d'appréciation du bien-fondé de la détresse. "Il n'est fait, par exemple, nulle mention de l'état de détresse ; mais cela ne doit point surprendre car la femme étant seul juge, tout contrôle serait impossible par la juridiction répressive ; de surcroît, il serait fondamentalement contraire à l'esprit de la loi.", ROUJOU de BOUBEE G., *L'interruption volontaire de la grossesse*, précité, p.218.

6 "C'est à la femme seule qu'il appartient, en définitive, de juger de sa situation, ce qui revient à priver celle-ci de tout «point d'ancrage objectif».", MAYAUD Yves, *Ratio legis et incrimination*, précité, n°34, p.616. Ce que l'auteur démontre être très différent de l'état de nécessité.

7 "L'état de détresse est apprécié par l'intéressée elle-même et par elle seule ; c'est elle qui, en conscience, juge souverainement si elle est dans une situation de nature à justifier un recours à l'avortement. (...) Comme l'a fort bien exprimé M. Caillavet au Sénat. C'est là le point cardinal de la réforme ; seule celle qui vit la détresse peut l'interpréter et ni un médecin, ni un avocat ne peut l'apprécier à sa place." ROUJOU de BOUBEE G., *L'interruption volontaire de la grossesse* précité, p.213, note 11.

permet l'I.V.G. "*sur décision personnelle de la femme enceinte qui s'auto-considère en situation de détresse.*" [1]

On comprend le gouffre qui sépare le droit d'avant la loi de 1975, qui connaissait quelques très rares cas d'avortement justifiés dans le seul but d'éviter des cas de "détresse médicale gravissime" (à l'époque danger pour la vie de la femme enceinte), et le droit moderne qui confie à la femme la possibilité d'apprécier quasi-librement sa détresse qui justifie l'I.V.G. [2]

D'un but ultra-curatif objectif on est passé à un but curatif ultra-subjectif...[3] "*L'état de détresse, quelles qu'en soient les motivations propres à la femme est constitué en définitive par l'éventualité de la naissance non par l'état de grossesse. En d'autres termes, c'est la conséquence de la grossesse plus que l'état de grossesse lui-même qui est le motif déterminant de l'IVG. Il s'agit ainsi, en définitive d'une IVG de convenance personnelle à la femme.*" [4]

Dès lors qu'une femme enceinte estime que la grossesse ou ses conséquences la place en état de détresse, personne, ni mari [5], ni médecin, ni juge ne peut démentir la réalité de ce constat, ni lui refuser de formuler une demande d'I.V.G. [6] Le législateur a choisi de donner à la femme le pouvoir de décider de la mort de l'œuf humain fécondé qu'elle porte. Nonobstant les résistances aiguës de certains pénalistes : "*un enfant n'est ni un kyste ni une tumeur qui se sont abattus sur la malheureuse femme, c'est un être humain dont elle a suscité la venue et pour lequel elle est particulièrement mal placée, ensuite, de réclamer la mort parce qu'il porterait atteinte à sa liberté (éventuellement de recommencer avec un autre).*" [7]

Cette orientation ostensible de la loi heurte encore aujourd'hui les commentateurs [8] qui pensent que l'avortement de convenance résulte d'une mauvaise application de la loi [9], alors même qu'il résulte d'une simple lecture du texte que la volonté de la femme étant déterminante, le législateur a envisagé et assumé que cette volonté soit guidée par des motivations futiles le cas échéant. [10]

La loi tolère tacitement sous le terme de détresse que soient demandés et pratiqués des avortements de convenance. Il semble évident que le fait pour la société de confier une décision à l'entière volonté d'un individu, emporte forcément le risque que cet individu utilise cette liberté de choix dans un sens qu'il estime égoïstement être utile pour lui-même, quel que soit le regard moral

---

[1] GRIDEL Jean-Pierre, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Dalloz 1992, p.623.

[2] D'où la crainte de certains que la grossesse soit considérée comme une détresse : "On peut donc conclure que le niveau économique de la société occidentale et le niveau d'information mal comprise, répandue dans cette société, concourent à faire de la grossesse elle-même un état de détresse, ce qui n'est pas, nous le pensons, dans l'esprit du législateur." MALINAS Y., *De la détresse*, in *Conséquences d'une loi. Avortement an II*, précité, p.72.

[3] La subjectivité n'est pas, en soi, incohérente dès lors que c'est par un choix de la société que l'on considère la décision de la femme comme une valeur objectivement supérieure à la vie d'un œuf humain fécondé : "Cet état très subjectif de nécessité participe par là même des fins d'objectivité de l'incrimination, et on ne peut pas dire qu'il y ait libre disposition de la valeur sacrifiée sur la foi de considérations exclusivement personnelles : celles-ci existent bien, mais la part qui leur est concédée l'est seulement pour ce qu'elles représentent d'intérêts positifs pour la société et l'équilibre des valeurs.", MAYAUD Yves, *Ratio legis et incrimination*, précité, n°34, pp.616-617.

[4] SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, Sauramps médical, 1991, p.81. Une simplification volontairement ironique aboutit à dire que l'I.V.G. est justifiée par le fait que la femme est enceinte !

[5] En ce sens cf.C.E. 31 oct. 1980, J.C.P. 1982-II-19732, note DEKEUWER-DEFOSSEZ.

[6] "Il est indubitable que rien dans la loi ne permet de faire obstacle aux «avortements de convenance»", ROUJOU de BOUBEE G., *L'interruption volontaire de la grossesse*, précité, p.214.

[7] RASSAT Michèle-Laure, *L'avortement dans les droits français et canadiens*, précité, pp.380-381.

[8] "La notion de détresse condition légale de l'avortement, s'avère être purement subjective, une formule fourre-tout et un alibi facile pour tout égoïsme de convenance personnelle en raison de contrariété dans les projets de profession, de consommation ou de loisirs.", D'ONORIO Joël-Benoît, *Loi Veil : réflexions sur un premier bilan*, J.C.P.1986-1-3246.

[9] Ainsi Monsieur MEMETEAU qui semble étonné du sens légal réel de la détresse : "sa définition est d'ailleurs fort imprécise et se confond en partie avec la convenance personnelle, du moins dans l'application pratique de la loi.", MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, p.328. En laissant la femme juge de sa détresse le législateur l'a officiellement laissée libre d'y inclure toutes les motivations y compris la convenance personnelle ou son confort matériel.

[10] Mme VEIL avait conscience de cette éventualité : "Je le dis avec toute ma conviction : l'avortement doit rester l'exception, l'ultime recours pour des situations sans issue. Mais comment le tolérer sans qu'il perde ce caractère d'exception, sans que la société paraisse l'encourager ?", J.O. Ass.nat. 1975, p.6999.

que la société porte sur son choix. Toute la problématique du droit des individus sur leur corps repose sur ce dilemme. Les individus doivent-ils êtres totalement libres de décider de la licéité des actes portant atteinte à leur intégrité corporelle ou bien la société est-elle seule maître des critères de licéité de ces actes ?

L'I.V.G., tout comme la contraception, est un exemple d'acte médical dont l'Etat a confié la maîtrise à l'individu. La loi reconnaît, pour cet acte, la prééminence du consentement du soigné sur la compétence scientifique du soignant.

En matière d'I.V.G., dérogeant au droit commun des actes médicaux, le législateur a tranché en faveur de l'individu, femme enceinte, lui abandonnant un rôle décisoire d'ordinaire joué par la société et le médecin sur délégation. L'intéressée est devenue juge et partie de sa santé et en réalité de la vie d'autrui (fœtus) parce que la loi l'a voulu. La particularité principale de cette position en matière d'avortement est que la femme peut imposer sa décision au corps médical, elle est devenue décideur face à un médecin-exécutant : "*Le médecin abandonne sa liberté de prescription : il est responsable de l'action sans être maître de l'indication.*" [1]

(β) Le délai, la compétence et le lieu de l'I.V.G. licite

Le délai de dix semaines au cours duquel l'I.V.G. peut être pratiquée résulte à la fois de considérations médicales et d'un choix arbitraire. Le développement de l'œuf humain fécondé permet jusqu'à environ la fin du troisième mois de grossesse de l'éliminer sans trop d'inconvénients et de risques sur le plan strictement technique, tant du point de vue de sa morphologie que du point de vue du bouleversement hormonal de la femme. [2] Il faut noter que la durée de dix semaines est une des plus brèves des législations permettant l'interruption volontaire de grossesse.[3]

Curieusement, la fin du délai correspond pratiquement au temps que le droit canon fixait comme étant celui de l'attribution de l'âme et à celui qu'Hippocrate définissait "animation". [4] Le point de départ du délai est fixé à la date de la fécondation. [5] Au delà du délai de dix semaines l'avortement licite reste possible, mais il s'agira alors d'un avortement thérapeutique soumis à des règles nouvelles incluant, en particulier, l'indication médicale. [6]

La seconde condition légale de l'I.V.G. tient à la qualité de l'intervenant. La loi qui confie cette nouvelle mission aux professionnels de la santé a voulu expressément inclure l'I.V.G. dans la liste

---

1 COLETTE C., *Des textes aux réalités*, in *Conséquence d'une loi. Avortement an II*, précité, p.166.

2 On peut penser que le législateur envisageait l'aspect technique de l'utilisation de la méthode d'avortement dite par aspiration du contenu utérin ou méthode Karman, dont l'emploi est très délicat après 3 mois de grossesse.

3 Les pays anglo-saxons se distinguant par des délais longs, jusqu'à 28 semaines. 16 semaines Etat de Washington, 24 semaines Etat de New-York, 28 semaines Grande-Bretagne, cf.THERY René, *La condition juridique de l'embryon et du fœtus*, D.1982; chron., p.231, n°6. Ou 26 semaines en Grande-Bretagne ! cf. PEDROT Philippe, *Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé*, J.C.P.1991-I-3483, n°7.

4 "Après sa nidation, l'œuf fécondé est appelé embryon ; à la fin de 13e semaine après la fécondation il a pris forme humaine et est devenu fœtus. Il commence à se manifester à sa mère par des mouvements spontanés ; selon la doctrine de l'ancien droit canonique le nouvel être était à ce stade animé par l'âme qu'il venait de recevoir." CAYLA Jean-Simon Dr., *La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse* , R.T.D.soc. 1980, p.311.

5 "Il s'agit bien de dix semaines calculées à partir de la date probable de la fécondation, soit, 14 jours après le début des dernières règles, et non pas de dix semaine d'aménorrhée.", O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, T.2, p.975. Il faut remarquer les inconvénients liés à la détermination exacte de ce jour, qui est le plus souvent présumé se situer 14 jours après les dernières règles. Le délai est donc le même que ceux prévus en Suède, au Danemark et en Autriche, 12 semaines à compter des dernières règles. "Dans la plupart des autres législations, on retient plutôt le début de l'aménorrhée, antérieur d'environ deux semaines.", DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, Rép.pénal Dalloz, V° *Avortement*, août 1986, n°18. Il faut toutefois modérer l'importance de la détermination au jour près de ce point de départ dans la mesure où elle dépend presque uniquement des déclarations de la femme qui peut ainsi jouer sur une certaine période, afin, le cas échéant de post-dater le point de départ de la grossesse. Aucune technique médicale n'est, à l'heure actuelle suffisamment précise pour dater l'âge exact d'un œuf humain fécondé, même si l'échographie permet d'obtenir un ordre de grandeur, à 2 semaines près, environ.

6 Il ne faut donc pas accorder trop de valeur au cap des dix semaines, tout avortement n'est pas licite avant dix semaines, (cf. le respect des conditions de la loi de 1975), tout avortement n'est pas illicite après dix semaines (cf. avortement thérapeutique). "La dixième semaine de la grossesse qui fait passer l'embryon du stade d'une chose objet de droit à celui d'un sujet de droit bénéficiant d'un début de protection.", LOUVEL Bertrand, *Les données juridiques actuelles de la vie humaine jusqu'à la naissance*, Gaz.pal. 1984, p.7.

des actes médicaux relevant du monopole des médecins. [1] Cette disposition vise à médicaliser la pratique de l'avortement, à augmenter la sécurité des femmes qui s'y prêtent et à lutter contre les officines clandestines qui pullulaient avant la loi de 1975, et nuisaient non seulement par leur activité d'avortement criminel mais aussi et surtout par les déplorables conditions d'hygiène et d'asepsie de leurs actes. [2]

Ce nouvel acte médical devait toutefois poser deux problèmes principaux. Le premier concernait les compétences requises pour pratiquer des I.V.G., le second concernait la liberté de pratiquer ou de refuser de pratiquer des I.V.G. L'omnivalence du diplôme de docteur en médecine n'a pas été remise en cause par la loi de 1975. Or il est évident que peu de praticiens sont très au fait des questions concernant la gynécologie et l'obstétrique. L'insuffisance de spécialistes compétents, due à leur faible nombre et/ou à leur refus, explique que d'autres catégories de médecins se tournent vers la pratique de l'I.V.G. [3]

Le caractère atypique de l'avortement par rapport à la démarche médicale ordinaire rejaillit sur la liberté du médecin de refuser cette intervention. Ainsi, les règles ordinaires sur le refus de soins sont-elles modifiées substantiellement par la reconnaissance d'une clause de conscience [4], isolant l'acte médical d'avortement des actes médicaux ordinaires. [5] "*Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de la grossesse* " [6]

Ce que Monsieur MEMETEAU traduit en ces mots : "*Nul praticien ne peut être contraint de se livrer à un acte que sa morale réprouve.*" [7] Le législateur a eu la lucidité d'anticiper sur l'inertie et l'opposition de certains médecins qui refusent de pratiquer l'I.V.G. en affirmant par avance qu'ils n'y seraient pas contraints. L'équilibre fragile entre la libéralisation des droits des femmes enceintes et le respect des convictions des praticiens ne pouvait être sauvegardé que par le jeu d'une clause de conscience. [8]

---

[1] "L'interruption volontaire de grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin", art. L.162-2 al.1, C.S.P.

[2] La pratique de l'I.V.G. par des non-médecins est donc aujourd'hui susceptible d'être un des actes matériels de l'infraction d'exercice illégal de la médecine.cf T.G.I. Aix-en-Provence, 10 mars 1977, D.1978, p.16.

[3] "On vit alors se présenter les candidatures de confrères issus de nombreux horizons : psychiatres, néphrologues, biologistes, etc... qui sous couvert de générosité ou de militantisme d'ailleurs parfois intriqués, venaient satisfaire un certain voyeurisme inassouvi dans leur spécialité d'origine." SOUTOUL J.H., *Les partisans de l'avortement, profil de l'avorteur*, in *Conséquence d'une loi. Avortement an II*, précité, p.154. L'auteur rajoute, des internes, des généralistes avides de clientèle, des frustrés d'une carrière universitaire, des opportunistes, des pervers etc... Les spécificités techniques et médicales de l'I.V.G. auront, nous l'espèrons, été vite apprises et bien pratiquées par ces non-spécialistes, sans quoi il serait à craindre que la volonté sociale de faire cesser les avortements dangereux parce que clandestins serait bafouée par la pratique d'avortements par des "amateurs", fussent-ils éclairés. On pourrait s'étonner de l'immixtion de médecins aussi peu spécialistes des choses de la reproduction dans un domaine ni lucratif, ni valorisant sur un plan strictement scientifique. Cela serait sans compter sur les motivations idéologiques de leur démarche et sur la volonté d'assurer le remplacement des médecins qui pour leurs idées aussi, refusent d'accomplir cette mission particulière. Doctrinaires contre réfractaires...

[4] Cf. CLAVEL E., *La clause de conscience du médecin dans la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse*, J.C.P.1978-II-2915. L'auteur distingue une clause de conscience individuelle, une clause de conscience élargie, et une clause de conscience indirecte, sans insister sur le fait que l'omission de porter secours n'est en toute hypothèse applicable qu'aux situations de péril. Or, la grossesse n'étant pas, dans la plupart des cas un péril, au sens du droit pénal, il n'y a pas lieu d'affirmer l'écartement systématique de l'article 63 du C.pén. par le seul jeu d'une clause de conscience, fut-elle légale.

[5] "Si l'on a voulu médicaliser l'avortement, il n'en reste pas moins qu'il n'est pas un acte médical comme un autre. Aussi le médecin peut-il refuser son concours sans qu'on puisse lui reprocher un défaut d'assistance à personne en péril.", THERY René, *La condition juridique de l'embryon et du fœtus*, D.1982, chron., p.233, n°10.

[6] Art. L.162-8 al.1 C.S.P.

[7] MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, p.331.

[8] La Loi du 31 décembre 1979 a mis un terme à certains refus collectifs qui aboutissaient à rendre impossible en pratique l'accès à l'I.V.G. par défaut d'organisation de substitution en cas d'utilisation de la clause de conscience par tout le personnel d'un même établissement. Le refus d'un ou plusieurs membres du personnel médical ou paramédical ne doit pas nuire à la demande de la femme qui doit alors être orientée vers les personnes qui accepteront sa demande. Quant aux refus ponctuels de praticiens pratiquant couramment des I.V.G., les règles sont les mêmes, la loi leur laisse la possibilité de refuser à condition de ne pas paralyser de fait la demande de la femme. On aurait pu craindre, en effet, sans cela, une réinstauration d'un filtre, a priori, de la détresse. "ils peuvent très bien refuser les interventions volontaires de grossesse qui ne leur paraissent pas justifiées. Par là se réintroduit un contrôle médical de la «détresse» tout à fait contraire au vœu du législateur.", DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, Rép.pénal Dalloz, V° *Avortement*, août 1986, n°26.

Au même titre que la condition de diplôme la loi a déterminé des lieux d'intervention exclusive de l'acte d'avortement licite. Si la loi a entendu réserver l'activité d'I.V.G. aux établissements publics et à certains établissements privés agréés, c'est d'une part pour éviter le développement ou la survie de véritables "avortoirs". [1] Et d'autre part pour assurer aux femmes une garantie de bonne qualité technique de l'I.V.G. tant sur le plan du personnel que du matériel.[2]

b) Les conditions de forme de l'I.V.G. licite

La procédure de l'I.V.G. comprend trois étapes, deux consultations médicales et une consultation sociale, par lesquelles le législateur a voulu que la femme soit obligée de passer avant que l'intervention puisse avoir lieu. Au delà de l'intérêt direct de chacune de ces étapes, il nous semble que c'est une véritable prise de conscience de la gravité de l'acte projeté que la loi veut susciter. Le consentement du sujet de l'acte médical d'I.V.G. doit être particulièrement libre et particulièrement éclairé.

La loi impose au médecin différentes obligations. Sur le plan médical, il doit s'assurer qu'il y a grossesse, que celle-ci entre dans le délai légal de 10 semaines. [3] Vis-à-vis de la femme consultante il doit : "*informer celle-ci des risques médicaux qu'elle encourt pour elle-même et pour ses maternités futures, et de la gravité biologique de l'intervention qu'elle sollicite.*" [4] Que le médecin soit disposé à assurer lui-même une I.V.G. éventuelle ou qu'il y soit opposé, la loi lui impose d'informer la consultante à la fois des éléments utiles pour procéder ultérieurement à cet acte et des éléments qui peuvent l'amener à renoncer à l'avortement. [5]

La seconde consultation obligatoire est d'ordre social et vise à fournir à la femme un interlocuteur compétent pour l'aider à prendre conscience des possibilités offertes par le système social français pour accueillir un enfant. Le sens de cet entretien particulier est déterminé par la loi : "*En vue notamment de permettre à celle-ci de garder son enfant.*" [6] Cette consultation est destinée à éclairer la femme qui se croirait en situation de détresse d'ordre social ou économique en lui montrant les solutions alternatives à l'I.V.G.qui supprimeraient totalement ou partiellement le bien-fondé de sa demande. M. SAURY préfère penser que cette consultation a tout simplement et uniquement "*un but dissuasif*". [7]

La troisième consultation obligatoire ne peut avoir lieu qu'après déroulement des deux précédentes et un délai d'une semaine, que le législateur a conçu comme un délai de réflexion. [8] Au cours de cet entretien la femme va confirmer sa volonté d'avorter. Or, la loi a précisément décrit les conditions de forme de l'expression de cette volonté réfléchie : "*le médecin doit lui demander une conformation écrite ; il ne peut accepter cette confirmation qu'après l'expiration d'un délai d'une semaine suivant la première demande de la femme.*" [9]

---

1 Le terme d'avortoir est employé Par J.H. SOUTOUL in *Conséquence d'une loi. Avortement an II*, précité, pp.124 et 128. Pour les établissements autorisés la loi a limité le nombre des I.V.G. à 25% de l'activité médicale globale. art.L.178-1 C.S.P..

2 Les travaux préparatoires avaient longuement insisté sur les conséquences dramatiques des avortements pratiqués, même par des médecins, dans de mauvaises conditions d'hygiène et d'asepsie. A défaut d'avortement dans la joie, le législateur l'a voulu avec le minimum de risques. *L'avortement sans risque et dans la joie*, cité par le Dr LAGROUA WEILL-HALLE in *Conséquences d'une loi. Avortement an II*, précité, préface p.9.

3 Compte tenu du fait que la loi exige un délai de réflexion d'une semaine minimum entre cette première consultation et l'intervention qui ne peut être pratiquée qu'avant expiration du délai.

4 Art.L.162-3 C.S.P..

5 Le médecin, doit, en effet, lui remettre un dossier-guide qui comprend des informations que l'on peut qualifier de dissuasives et incitatrices, tout à la fois. Le dossier-guide conçu par les Directions Départementales des Affaires Sanitaires et Sociales et réactualisé chaque année, rappelle les dispositions légales concernant l'avortement, les aides sociales qui peuvent êtres allouées aux femmes qui renoncent à l'avortement, mais aussi les listes d'établissements où sont effectuées des I.V.G. art.L.162-3 C.S.P. (Loi n°79-1204 du 31 décembre 1979).

6 Art.L.162-4, al.2 C.S.P..

7 SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, p.72.

8 Art.L.162-5 C.S.P.. Le délai d'une semaine est souvent retenu par le droit comme suffisant pour assurer une mûre réflexion cf. Loi Scrivener/vente à domicile...

9 Art.L.162-5 C.S.P.. Le terme d'acceptation du consentement est très différent de celui d'obtention du consentement, traditionnellement employé en matière médicale. Est-ce à dire que d'accepter le consentement d'autrui signifie que la démarche est à

L'I.V.G. est donc, en vertu de la loi, un des rares actes médicaux pour lequel le patient doit exprimer son consentement par écrit. [1] L'exigence de solennité est sensée contribuer à faire prendre conscience à l'auteur de la demande de la gravité de son acte.

Nous remarquerons que la loi ne formule l'obligation de recueil du consentement par écrit que dans des cas où l'acte médical est très éloigné de l'acte ordinaire, en raison, en particulier, de l'absence de but curatif personnel de celui qui consent. Pré-constitution de preuve, préoccupation didactique ou hypocrisie légale : le formalisme s'accentue à mesure que l'intérêt médical disparaît.

La justification pénale est subordonnée au respect cumulatif de toutes ces conditions de fond et de forme. Mais, la survivance de l'incrimination d'avortement dans le Code pénal français oblige à examiner l'effet de la loi de 1975 sur la répression de l'avortement dans les hypothèses où l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas respectée.

3°) La portée justificative de la loi de 1975 en matière d'I.V.G.

La doctrine est unanime sur le principe qu'avant la loi de 1975, un avortement ne pouvait être justifié que par l'état de nécessité. La loi "Veil" a institué un nouveau fait justificatif pour soustraire aux pénalités de l'article 317 du Code pénal certains actes qui, logiquement, relèveraient de son application. Il convient d'exposer le principe de justification par la permission de la loi (a) et de préciser sa portée (b).

a) Le principe de justification pénale par la permission de la loi

Tous les auteurs s'accordent sur le fait justificatif créé, sans forcément utiliser le même niveau de précision terminologique. Certains relient directement l'analyse de la loi de 1975 à la théorie générale des faits justificatifs : "*Il n'est d'autre solution, pour justifier l'avortement légal, que d'invoquer la permission de la loi, variété de l'ordre de la loi dont l'article 327 du Code pénal fait une cause de justification.*" [2]

D'autres partent du constat de non répression pour envisager diverses solutions et aboutir au concept de fait justificatif : "*Du point de vue théorique, quelle est la nature de cette cause d'impunité ? Il s'agit, à n'en pas douter, d'un fait justificatif : l'avortement est un délit, mais l'élément légal se trouve neutralisé lorsqu'existent certaines circonstances. (...) C'est en vertu d'une permission légale que l'interruption de grossesse, pratiquée dans les conditions exigées, fait échec à l'application de l'art.317 C.pén.*" [3]

Chacun tient à rappeler qu'il subsiste une catégorie d'avortement pénalement prohibée, à défaut de fait justificatif : "*Si les médecins sont parfois justifiés par une permission de la loi, au sens de l'article 327 C.pén., dans tous les autres cas, les dispositions de l'art.317 C.pén., sanctionnant le délit d'avortement restent applicables.*" [4]

Certains manient prudemment le concept de permission de la loi :"*confirmant sur ce point la législation antérieure, la loi du 31 décembre 1979 conserve le principe de l'avortement prévu à l'article 317, tout en introduisant une exception à l'incrimination sous forme de «permission légale» bénéficiant à l'I.V.G. réalisée dans certaines conditions.*" [5]

---

l'initiative du patient, le médecin étant totalement extérieur à sa demande, alors que l'obtention du consentement laisse à penser que le médecin a proposé une solution technique que le patient accepte ou un projet médical auquel le patient adhère ?

[1] Cf. notamment le prélèvement d'organe sur un donneur vivant, et l'expérimentation.

[2] MERLE et VITU, *Droit pénal spécial* , précité, n°2100, p.1706.

[3] ROUJOU de BOUBEE Gabriel, *L'interruption volontaire de grossesse*, précité, p.218.

[4] MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.45.

[5] SERVERIN E., *La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse*, précité, p.292.

D'autres dépassent le cadre du concept de fait justificatif : "*Le législateur a institué une immunité pénale en faveur de l'avortement pratiqué dans certaines conditions. C'est donc en vertu d'une permission de la loi que l'avortement échappe à la répression.(...) L'immunité pénale ne couvre l'avortement que s'il répond à certaines conditions.*" [1]

D'aucuns, enfin, adhèrent au principe sans l'exprimer : "*La loi n°75-17 du 17 janvier 1975, votée après un débat particulièrement houleux, a permis les avortements volontaires, rebaptisés interruptions volontaires de grossesse.*" [2] Au risque de masquer sous l'imprécision des termes un certain flou sur le mécanisme juridique de justification et sa portée, ainsi que le laisse penser l'utilisation de la notion de "tolérance" : "*ces atteintes sont conçues comme des exceptions ; même si elles sont de taille, elles s'analysent juridiquement comme des exceptions, de simples facultés, une tolérance sur le plan pénal. On relèvera en effet qu'en dehors du cadre fixé par la loi l'avortement est un délit en soi.*" [3]

Le dénominateur commun admis par tous ces observateurs est la reconnaissance que la loi distingue parmi les faits d'avortement, ceux qui sont punissables et ceux qui bénéficient du régime dérogatoire voulu par le législateur, à condition de respecter les prescriptions légales.

Aussi, faut-il tenir pour marginales les opinions qui contestent le principe de deux catégories d'avortements en droit positif contemporain, les avortements prohibés et les avortements justifiés. "*Si l'acte abortif n'est plus illicite, il n'est pas non plus licite. Il n'est certes pas contraire au droit, mais n'est pas davantage conforme à lui. C'est un acte juridictionnel ambivalent.*" [4] Nous rejetons la notion d'acte ambivalent parce que contraire au Code pénal et à la Déclaration des droits de l'homme ; soit un acte est spécialement incriminé par la loi pénale et il est illicite, soit il n'est prohibé par aucun texte et il est licite.

Lorsque qu'un acte objectivement illicite est justifié par un fait justificatif, il quitte la catégorie des actes interdits pour être considéré comme permis. Il n'existe pas de zone intermédiaire, en droit pénal, qui contiendrait des actes moyennement licites ou illicites.

Certains portent leurs attaques sur le principe même que la loi puisse décider de la vie ou de la mort. Or, c'est une remise en cause de l'organisation constitutionnelle française que de contester qu'il appartient à la loi de définir les infractions et les sanctions pénales ."*Depuis la loi Veil, le sein maternel est devenu paradoxalement le lieu où l'enfant est le plus menacé ! De plus c'est l'Etat qui désormais octroie le droit de vie et de mort à qui il veut bien considérer comme digne d'intérêt selon qu'une simple majorité parlementaire aura décidé qui est ou qui n'est pas sujet de droit.*" [5]

Nous considérons qu'il relève d'un autre débat que de prétendre que la loi n'a pas à déterminer la qualité de sujets de droit. Nous aurions toutefois voulu savoir si cet auteur critique aussi violemment le principe de la conscription légale, celui de l'instauration ou de l'abrogation de la peine de mort par la loi ou bien l'absence de définition de la mort par la loi. [6]

La jurisprudence, relativement rare en la matière, semble adopter la notion de fait justificatif de permission de la loi. "*En droit, la loi du 17 janvier 1975, puis du 31 déc. 1979, en maintenant les dispositions antérieures de l'art.317 C.pén., a laissé subsister le caractère délictueux de tout avortement, tout en écartant l'application de ce texte dans la limite des cas exceptionnels qu'elle*

---

1 DORSNER-DOLIVET Annick, J.-Cl.pénal, art.317, 1992, n°13 et n°14.

2 DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, Rép.pénal Dalloz, V° *Avortement*, août 1986, n°9.

3 HEERS Mireille, *Existe-t-il un droit à l'avortement ?*, concl. sur T.A. Strasbourg, 14 juin 1990, R.T.D.soc. 1991, p.72.

4 Note ZAKI Magdi Sami sous T.corr. Rouen, 9 juill. 1975, Gaz.pal.1975, p.798.

5 D'ONORIO Joël-Benoît, *Loi Veil : réflexions sur un premier bilan*, J.C.P.1986-1-3246.

6 Pour prendre une comparaison ludique, la règle du jeu élémentaire est de reconnaître ou non, collectivement, à chacun le statut de joueur. Or, le refus de décider ne peut être assorti que d'une référence à un arbitre extérieur. En l'occurence, il semble que l'auteur fasse référence à un ordre juridique d'émanation divine qui n'a jamais été totalement retenu même dans l'histoire. On ne peut raisonnablement penser que le statut de l'esclave et du serf, que le principe de la mort-civile étaient le reflet d'une volonté divine, simplement interprétée par le droit. La loi déclare le droit, interprétation de la volonté de la société et n'interprète pas un ordre juridique révélé.

définit." [1] Il se trouve néanmoins une juridiction pour employer à tort le terme de légalisation en lieu et place de celui de justification. [2]

Le principe de la justification pénale de certains avortements par le fait justificatif de permission de la loi de 1975 étant quasi-unanimement retenu, il faut envisager la portée de cette justification, en particulier dans les hypothèses où l'une des conditions légales n'est pas respectée.

b) Les conditions et la portée de la justification

Le concept de fait justificatif repose sur l'idée que les faits changent de coloration pénale en raison du contexte particulier de leur commission. "*Lorsqu'il existe un fait justificatif, la responsabilité pénale du délinquant disparaît non pas directement, mais en conséquence de la non-application du texte de loi, en raison des circonstances particulières dans lesquelles l'infraction a été commise.*" [3] En matière de permission de la loi, celui qui devrait objectivement être considéré comme un délinquant pour avoir violé la norme pénale ordinaire, est justifié par la permission de la loi spécifiquement dérogatoire au droit pénal commun.

Encore faut-il que le délinquant ait respecté le contenu de la loi qu'il invoque comme fait justificatif. "*La femme est libre d'avorter ou ne pas avorter ; si elle souhaite le faire, elle doit se conformer à des conditions très précises qui ont pour fonction de contrôler la demande de la femme. Il ne faut pas oublier, en effet, que ces conditions opèrent comme un fait justificatif de l'infraction d'avortement qui demeure sanctionnée par l'article 317 du Code pénal.*" [4]

L'incrimination de l'avortement est prévue par la loi pénale, en vertu du principe de la légalité criminelle, toute exception à la répression doit faire l'objet d'une interprétation stricte.[5] La simple référence à l'esprit d'un texte de loi ne peut en aucun cas être suffisante pour entraîner la justification d'actes définis par la loi pénale comme infractionnels. [6] C'est pourquoi l'extension des conditions de l'avortement licite par la loi de 1975, n'a pas supprimé l'ensemble des dispositions pénales réprimant l'avortement.

Le législateur n'est considéré comme ayant toléré la justification de certains actes qu'à la condition d'avoir élaboré une loi contemporaine qui ordonne ou permet, expressément ou tacitement, des actes qui tombaient précédemment sous l'emprise du droit pénal commun. Le fait de respecter l'esprit, mais surtout la lettre de la loi contemporaine, constitue alors le fait justificatif d'ordre ou de permission de la loi pour celui qui, étant objectivement en contradiction avec le droit pénal préexistant, bénéficie du fait justificatif de respect de la loi contemporaine dérogatoire.

Respecter l'esprit de la loi contemporaine n'est pas suffisant pour invoquer la permission de cette loi ; il faut, de plus, en respecter la lettre. Aussi peut-on se demander si l'existence de la justification pénale de la permission de la loi de 1975 est soumise, ou non, au respect intégral de la loi et de ses différentes conditions, tant de fond que de forme.

---

[1] C.A. Paris, Ch.acc., 9 juill. 1982, J.C.P. 1983-II-19969.

[2] "Attendu qu'en l'espèce les deux dernières conditions n'étant pas réunies, la tentative pratiquée par les prévenues ne peut recevoir la légalisation prévue par la disposition temporaire actuellement en vigueur et tombe donc sous le coup de l'art.317 C.pén.", T.G.I. Aix-en-Provence, 10 mars 1977, D.1978, p.16.

[3] STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges, BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, précité, n°326, p.273.

[4] THOUVENIN Dominique, *La disponibilité du corps humain : corps sujet ou corps objet ?*, in ACTES 1985, n°49-50, *Le corps aux mains du droit. Dossier bioéthique*, p.39.

[5] Sur le principe, "pas d'excuse sans texte", cf. art.65 C.pén. En ce qui concerne l'interprétation de la loi pénale, en matière d'excuses atténuantes et absolutoires, de causes de non-imputabilité ou d'immunité, la règle est que les exceptions sont d'interprétation stricte. Les causes de non-imputabilité (démence par exemple) et les faits justificatifs (légitime défense par exemple) ont parfois fait l'objet d'une interprétation analogique "in favorem", cf. MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n° 176, p.253.

[6] Dans le domaine de la procédure pénale en particulier, on concevrait mal que les pouvoirs exorbitants du droit pénal commun que peuvent limitativement mettre en œuvre les autorités de poursuites soient justifiés par la seule référence à l'esprit de la législation permettant la répression. L'atteinte à la liberté, comme l'atteinte à l'intégrité corporelle ne peut être justifiée que par un texte légal précis, respecté dans l'ensemble de ses conditions. Sans quoi l'extension abusive du fait justificatif équivaudrait sur le plan juridique, à l'interprétation abusive de l'incrimination par le raisonnement analogique, ce qui a toujours été considéré comme contraire au principe de Légalité criminelle.

Il n'y a aucune difficulté à reconnaître que le non-respect des conditions de fond de la loi de 1975 fait disparaître le fait justificatif puisque la volonté expresse du législateur figure dans le texte de l'article 317 du Code pénal. Le droit pénal commun est écarté lorsque l'avortement respecte les conditions de fond de la loi : "*les dispositions des quatre premiers alinéas du présent article ne sont pas applicables lorsque l'interruption volontaire de la grossesse est pratiquée (...) avant la fin de la dixième semaine, par un médecin, dans un établissement d'hospitalisation public ou un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux dispositions de l'article L.176 du Code de la santé publique.*" [1]

Le fait justificatif reposait-t-il exclusivement sur le respect des conditions de fond ou nécessite-t-il le respect de toutes les conditions définies par la loi de 1975, y compris les conditions de forme ? [2] La question mérité d'être évoquée ici, bien que la question soit aujourd'hui sur le point d'être tranchée en raison des dispositions du nouveau Code pénal (cf. infra §3).

La jurisprudence semblait pencher pour le respect intégral de la loi dont la permission était invoquée à titre de fait justificatif : "*il s'agit donc d'un texte d'exception qui doit être interprété strictement, l'infraction subsistant s'il n'est pas établi que toutes les conditions exigées pour autoriser la pratique des I.V.G. se sont trouvées réunies.*" [3]

Pour la majorité de la doctrine, le seul respect des conditions de fond est nécessaire et suffisant pour justifier l'auteur d'une I.V.G. "*Depuis la modification du texte de l'art. 317 opérée par la loi de 1979, les hésitations ne sont plus permises : il est désormais clair que seule la violation des conditions de fond peut être pénalement sanctionnée, ce texte ne faisant aucune allusion aux autres conditions.*" [4]

Or, cette doctrine omet d'analyser la situation en terme de justification pénale. L'argumentation fondée sur l'existence de sanctions pénales spécifiques réprimant la violation de telle ou telle condition d'application de la loi de 1975 ne nous paraît pas fondée. Elle confond, selon

---

[1] Art.2 de la loi du 17 janvier 1975 devenu l'alinéa 6 de l'article 317 du Code pénal par la loi du 31 décembre 1979.

[2] Telle est la question posée par Monsieur DECOCQ qui semble pencher pour le respect de l'intégralité des conditions légales, sans toutefois l'affirmer nettement. Ferme sur l'exigence de la vérification du respect des conditions de fond il reste interrogatif sur l'impact du non-respect des conditions de forme. cf. DECOCQ André, *Chronique législative*, R.S.C. 1975, p.735. D'autres préfèrent éluder délicatement la question : "Dans le cas où les conditions légales de l'IVG ne sont pas remplies et notamment si les trois conditions essentielles exigées par la loi ne sont pas respectées, l'article 317 du Code pénal réprimant l'avortement reste applicable.", SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, p.79.

[3] C.A. Paris, Ch.acc., 9 juill. 1982, J.C.P. 1983-II-19969.

[4] MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.53. "Pour assurer l'impunité des interruptions de grossesse qu'elle permet, la loi du 17 janvier 1975 n'exige pas le respect de la totalité des conditions qu'elle énumère, mais seulement de celles que vise spécialement l'article 2, actuellement l'alinéa 6 de l'article 317, c'est-à-dire les seules conditions de fond : elle fait donc un tri parmi les conditions et elle ne retient, pour la réapparition du délit d'avortement, que celles dont la non-observation lui apparaît la plus grave.", MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°2106, p.1711. "Si le législateur avait voulu ne pas soustraire aux sanctions pénales les exigences de procédure posées par la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, il n'aurait pas manqué de le dire expressément.", DORSNER-DOLIVET Annick, J.-Cl. pénal, art.317, 1992, n°44. "En réalité, ce texte soumet l'impunité au respect des seules conditions de fond et (...), il ne nous paraît pas possible d'aller plus loin et de considérer qu'il vise également les conditions de forme dans leur ensemble." , ROUJOU de BOUBEE Gabriel, note sous T.G.I. Aix-en-Provence, 10 mars 1977, D.1978, p.18. Certains emploient au sujet des conditions de forme, le terme de condition accessoire :"l'avortement n'est possible en France que dans le cadre strict de la loi du 17 janvier 1975 confirmée par la loi du 31 décembre 1979 (...) En d'autres termes, ce n'est que dans le cadre de la loi que l'I.V.G. n'encourt pas ces sanctions pénales. (...) Cinq conditions obligatoires sont formellement exigées pour que cette I.V.G. soit possible a) trois conditions sont essentielles car ce sont des conditions de fond (...) b) deux conditions sont accessoires car il s'agit de conditions de forme.", SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, Masson 1989, pp.378-379. D'autres renvoient la violation des conditions de forme au domaine des sanctions disciplinaires : "ne se trouvent pas sanctionnées les exigences procédurales posées par le texte, (...) en réalité le risque est minime car des sanctions disciplinaires pourront être prononcées à l'égard du médecin qui ne se conformerait pas aux prescriptions légales.", ROUJOU de BOUBEE Gabriel, *L'interruption volontaire de grossesse*, précité, p.218. Une loi de 1980 est venu combler cette lacune en créant deux infractions liées à la non-conservation des preuves des trois consultations prévues par la loi de 1975, et à l'omission de déclaration d'I.V.G au médecin inspecteur régional de la santé. Loi n°80-632 du 5 août 1980, art.1 et art.2. "La conclusion à laquelle les textes législatifs conduisent invinciblement (impunité pénale en cas de non-respect des exigences de forme posées par la loi) a reçu récemment confirmation implicite par le biais d'un décret du 5 août 1980, qui frappe d'une amende de police de la 5ème classe l'omission de quelques unes des conditions procédurales exigées par le Code de la santé publique.", MERLE et VITU, ibidem, n°2106, p.1711.

nous, effet direct et effet indirect de la violation de la loi. Si le non respect d'une loi est parfois incriminé spécialement, au titre d'une infraction pénale spécifique, il y a alors un effet immédiat et direct : la sanction pénale. L'existence de cette sanction n'exclut pas que l'on étudie les effets indirects ou médiats de la violation de la loi, tel que le retrait du fait justificatif que le respect de la loi créait. [1]

En matière d'avortement, il faut considérer que les sanctions pénales immédiates, réprimant spécialement le non-respect des conditions de formes de la procédure d'I.V.G., n'excluent pas la question de la disparition du fait justificatif de la permission de la loi de 1975 par rapport à l'incrimination correctionnelle d'avortement. Les valeurs protégées ne sont pas identiques puisque les conditions de forme instituées par la loi sont sensées protéger la liberté de consentement de la femme enceinte en créant des règles de délais et d'informations.

Les textes de droit pénal commun qui punissent l'avortement protègent tout à la fois l'intérêt de la société et celui des personnes humaines potentielles que sont les embryons. Nous considérons que la permission de la loi, pour avoir des effets justificatifs, nécessite le respect de l'ensemble des conditions de ladite loi, indépendamment des sanctions qui peuvent s'attacher à réprimer la violation de telle ou telle disposition.

L'intérêt du législateur pour la volonté de la femme enceinte est indéniable lorsque l'on a constaté que l'état de détresse, qui est nécessaire pour qu'il y ait demande et éventuellement exécution d'une I.V.G., repose entièrement sur la décision de la femme. Il nous semble évident que la préoccupation du législateur est de diminuer les avortements clandestins, de faire sanctionner les avortements infractionnels en permettant toutefois à quelques demandes d'I.V.G. de ne pas être considérées comme illicites.

Or, cette définition légale d'une sphère justificative de l'I.V.G. médicalisée mérite que soit rappelée l'importance du consentement de la femme. Ce consentement est protégé par rapport au droit pénal commun, car il est un élément essentiel dans le choix décisionnaire de la médecine moderne. Si l'on veut trouver une cohérence au système juridique décidé par le législateur de 1975, il faut reconnaître que le principe du respect de la vie, annoncé en exergue de la loi, connaît une dérogation très importante en cas d'état de détresse de la femme. [2] Cette dérogation ne peut pas être accordée avec négligence.[3]

Les différentes consultations entrecoupées de délais peuvent être analysées comme de simples dispositions formelles, elles reflètent pourtant le sens de la démarche légale qui accorde en fait à la femme la possibilité de déroger au droit pénal commun, en diagnostiquant elle-même sa détresse, mais à la condition expresse d'avoir montré la profondeur de sa décision.

La femme est libre de diagnostiquer son état de détresse, mais la loi a institué une procédure visant à s'assurer que la femme a eu les moyens médicaux et sociaux d'assurer un diagnostic éclairé.

---

1 Ainsi avons nous exposé que l'accomplissement d'actes médicaux par un individu non-titulaire des titres universitaires requis par la loi a un effet direct, l'applicabilité de la qualification d'exercice illégal de la médecine qui est la sanction immédiate, mais il a aussi un effet indirect, en faisant disparaître le fait justificatif qui protège d'ordinaire les médecins dans l'exercice normal de leur art, c'est une sanction médiate.

2 Lequel législateur s'est volontairement éloigné du concept d'état de nécessité pour parler d'état de détresse. "On ne peut pas imaginer, concrètement, une plainte pour avortement pratiqué dans les dix premières semaines, quand bien même on aurait la preuve tangible que la femme n'était pas en état de détresse, parce qu'il n'y a pas d'infraction. La notion d'état de détresse est donc, sur le terrain du droit parfaitement superfétatoire.", LABBEE Xavier, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, précité, p.146.

3 L'avortement licite, voulu ou toléré par la loi est, comme le souligne M.VOUIN, l'avortement volontaire. Or, l'ensemble des conditions de forme vise à s'assurer d'un consentement libre, éclairé et exprès de la femme enceinte, par le suivi d'une procédure intentionnellement dissuasive. C'est pourquoi on ne peut arbitrairement dissocier conditions de fond et conditions de forme de l'I.V.G. quant à l'appréciation de la portée du fait justificatif de permission de la loi de 1975. "Force est de tenir pour délictueux tous avortements pratiqués dans des conditions autres que celles qui sont prévues par la loi. (...) La loi du 17 janvier 1975 est ce qu'elle est, à lire et à appliquer comme elle est écrite. Est seul voulu par elle un avortement qu'on peut dire voulu par l'intéressée, au sens de ses articles 2 et 4.", VOUIN Robert, *L'avortement voulu*, D.1976, chron., p.1.

Il n'a jamais été question de tolérer une totale liberté d'avortement, ni même d'avortement "coup de tête". [1]

Les dispositions légales tendent à ne permettre que les I.V.G. de sang-froid, le non-respect des conditions légales doit entraîner la disparition de la permission de la loi. "*L'art. 317 C.pén. n'est «suspendu» que lorsque les conditions posées par la loi, quelles qu'elles soient, de fond comme de forme, sont remplies ; sinon, il retrouve toute son emprise et pleine vigueur.*" [2] Cette position ressort de l'étude de la jurisprudence. [3]

L'acte d'I.V.G. se distingue des actes médicaux ordinaires par sa nature non-thérapeutique. C'est au patient, et à lui seul, de diagnostiquer son "mal" qui n'affecte généralement pas sa santé. Un médecin peut personnellement refuser d'agir, mais la société est collectivement astreinte à fournir un médecin acceptant. [4] L'intervention ne peut avoir lieu qu'après la preuve par écrit d'un consentement libre, éclairé et prolongé. [5]

Toutes ses innovations par rapport au droit médical classique tendent vers une plus grande reconnaissance de l'autonomie de la volonté des personnes quant à l'intégrité du corps humain, indépendamment de la finalité objectivement thérapeutique. Il serait toutefois excessif de déclarer que l'avortement est aujourd'hui un acte médical ordinaire, voire un acte médical libre. L'avortement reste un acte d'exception qui est entâché d'un certain blâme moral. Même non délinquant, l'avortement reste déviant. [6] L'I.V.G. est un constat d'échec pour la société, pour le médecin et surtout pour la femme enceinte. [7]

---

[1] "La loi a voulu, avant l'intervention qui mettra fin à la gestation, instituer une procédure afin de permettre à la femme de prendre une décision mûrement réfléchie.", DORSNER-DOLIVET Annick, J.-Cl. pénal, art.317, 1992, n°21.

[2] Le TOURNEAU Philippe, note sous T.G.I. Bobigny 15 déc. 1976, D.1977, p.248. Cette analyse nous semble cohérente avec la théorie générale des faits justificatifs. L'individu qui a commis un acte infractionnel ne bénéficie de la retenue du bras répressif qu'autant qu'il peut démontrer avoir respecté une norme légale lui permettant de déroger au droit commun. La justification étant de nature exceptionnelle, elle ne profitera pas à celui qui ne respecte que partiellement la norme d'absolution pénale. L'individu a franchi la ligne continue de l'illicéité, il est objectivement délinquant. Pour être impunissable il lui faut faire la preuve d'un "permis légal de délinquer". Pour se protéger de la répression, il faut avoir un bouclier justificatif qui suppose le respect intégral de toutes les conditions requises par la norme justifiante. Lorsqu'il est question de la vie et de la mort d'un être humain, la seule référence à l'esprit de la loi n'est pas suffisante pour justifier une dérogation au Code pénal qui protège la vie. Comparons sur ce point le traitement pénal du bourreau à celui de l'avorteur : "On ne pouvait admettre avant l'abolition de la peine capitale que le bourreau pût guillotiner un assassin sans que celui-ci ait été condamné par une cour d'assises, ni même sans que l'exécution ait été commandée par le ministère public.", MERLE et VITU, *droit pénal général*, précité, n°418, p.537.

[3] "En droit, la loi du 17 janvier 1975 puis du 31 décembre 1979 en maintenant les dispositions antérieures de l'article 317 du Code pénal, a laissé subsister le caractère délictueux de tout avortement, tout en écartant l'application de ce texte dans la limite des cas exceptionnels qu'elle définit, tel que celui prévu à l'article L.162-12 du code de la Santé publique. Il s'agit donc, d'un texte d'exception qui doit être interprété strictement, l'infraction subsistant s'il n'est pas établi que toutes les conditions exigées pour autoriser la pratique des I.V.G. se sont trouvées réunies ; Il appartient donc au Juge de rechercher si les faits dont il est saisi répondent ou non aux exigences de la loi, son contrôle devant s'exercer non seulement sur les conditions de régularité formelle mais encore sur les conditions de fond.", C.A. Paris Ch.Acc.,9 juill. 1982, J.C.P.1983-II-19969, confirmation ordonnance de non-lieu. Ce raisonnement avait déjà été affirmé en matière civile pour le non respect de la condition formelle de nationalité. "La suspension de l'art. 317 C.pén. est subordonnée au respect de l'ensemble des conditions ci-dessus rappelées ; sans qu'il soit utile d'examiner si les prescriptions des art. L.162-1 à 10 c.santé publ. ont été observées ou non, la violation de la condition de séjour suffit à entraîner l'illicéité des contrats.", T.G.I. Bobigny, 15 déc. 1976, D.1977, p.247.

[4] Ce pourquoi on peut dire qu'il n'y a pas véritablement de droit à l'avortement mais seulement droit à une demande. "Une dérogation n'est pas un droit en soi. C'est une liberté, au plus. Le droit est celui du respect de la vie, dès le commencement de celle-ci. (...) Nous considérons que l'avortement ne constitue pas un droit légalement protégé.", HEERS Mireille, *Existe-t-il un droit à l'avortement ?*, précité, p.72

[5] Sur les problèmes particuliers du consentement à l'avortement des femmes incapables, cf. MEMETEAU Gérard, *Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé.*, R.T.D.soc. 1983, p.525. Pour l'avortement des femmes mineures, ESCHYLLE Jean-Florian, *Le juge des enfants et la santé des mineurs*, Thèse Droit Nancy, 1990, pp.244-261 et infra 2ème Partie, Titre 2 : l'acte accompli sur le mineur, p.434.

[6] "Dans sa double dimension sanitaire et sociale, l'I.V.G. reste marquée comme pratique «déviante», toujours à contrôler (sinon à réduire), parfois à sanctionner.", SERVERIN E., *La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse*, précité, p.302.

[7] L'avortement est toujours vécu comme un échec par les différents acteurs et si la grossesse ne doit jamais être assimilée à une maladie, il faut admettre que l'acte du médecin est un instrument d'action qui n'aurait pas à être employé si les causes de la demande d'action étaient maîtrisées. C'est la non-maîtrise de la contraception qui est la principale cause d'I.V.G. Il faut garder à l'esprit qu'en toutes circonstances l'avortement est un acte de mort. Comment ne pas être d'accord avec le Dr KNOCK : "Le docteur - Et vous avez eu des morts? - KNOCK - Aucune. Je suis partisan de la diminution de la mortalité.", ROMAINS Jules, *KNOCK*, acte 1, scène 1, Gallimard 1924, folio 1972, p.36.

B) L'interruption thérapeutique de grossesse : de l'état de nécessité à la permission de la loi

L'étude de l'avortement thérapeutique est essentielle à une analyse de la justification pénale de l'activité médicale car il constitue un des rares exemples d'acte matériel accompli par les médecins qui, bien que ostensiblement contraire au droit pénal commun, a parfois fait l'objet d'une véritable justification, avant toute intervention du législateur. Il convient d'étudier séparément l'avortement thérapeutique avant 1975 (1°) et l'I.T.G. permis par la loi de 1975 (2°), qu'il faudra nettement distinguer de l'avortement "eugénique" (3°).

1°) L'avortement thérapeutique avant la loi de 1975 : l'émergence d'une justification par l'état de nécessité

C'est le décret-loi du 29 juillet 1939 qui, bien que farouchement hostile à l'avortement, institua la première règle écrite justifiant certains cas d'avortement pour sauver la vie de la mère. Pourtant dès avant cette reconnaissance légale "*les médecins et les juristes considéraient comme irrépréhensible l'interruption d'une grossesse motivée par l'obligation de sauver la vie de la mère.*" [1] L'avortement thérapeutique était exclusivement justifié par l'état de nécessité avant 1939 (a), puis il a été permis officiellement en 1939 (b).

a) L'avortement thérapeutique avant le décret-loi de 1939

Les médecins avaient tranché en faveur de l'avortement thérapeutique dès 1852, date à laquelle l'Académie de Médecine approuva officiellement un médecin qui avait pratiqué un troisième avortement sur une femme enceinte victime d'un rétrécissement de bassin, pour laquelle le prolongement de la grossesse eut été mortel. [2] L'Académie félicita le médecin pour son choix et surtout pour le sérieux de son diagnostic. [3]

A la différence de la position officielle permanente de l'Eglise catholique [4], pour qui la prohibition de tout avortement, même thérapeutique, découle à l'évidence de l'attribution de la qualité de personne dès la conception et de la croyance en une loi divine supérieure à la loi humaine [5], les autres religions monothéistes, qui comme l'Eglise catholique, condamnent le principe de l'avortement, connaissent une exception au principe de prohibition lorsque l'enjeu est de sauver la vie de la mère. [6]

L'acceptation de cette dérogation repose sur la reconnaissance du principe de comparaison entre deux vies humaines, celle de la mère étant jugée supérieure à celle d'un hypothétique enfant. Choisir entre une vie réelle et une vie potentielle lorsqu'elles sont en conflit est toléré par certaines autorités religieuses, mais pas par le Vatican.

---

1 MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°2100, p.1705.

2 Académie de médecine, séance du 30 mars 1852, Gaz.méd. 1852, p.191 et s.

3 "Considérant que le Dr Lenoir, s'appuyant sur l'exemple déjà donné par deux praticiens et sur l'avis de plusieurs consultants, était suffisamment autorisé à pratiquer l'avortement, l'Académie remercie cet honorable médecin de son intéressante communication et renvoie son mémoire au comité de publication. Cette conclusion est mise au voix et adoptée.", Académie de médecine, séance du 30 mars 1852, Gaz.méd. 1852, p.229.

4 "Il n'y a aucun homme, aucune autorité humaine, aucune science, aucune «indication» médicale, eugénique, sociale, économique, morale qui puisse exhiber ou donner un titre juridique valable pour disposer directement et délibérément d'une vie humaine innocente, c'est-à-dire en disposer en vue de sa destruction envisagée soit comme but, soit comme moyen d'obtenir un but qui peut-être en soi n'est pas du tout illégitime. Ainsi, par exemple, sauver la vie d'une mère est une très noble fin ; mais la suppression directe de l'enfant comme moyen d'obtenir cette fin n'est pas permise. La destruction directe d'une vie prétendue «sans valeur», née ou pas encore née, pratiquée, il y a quelques années, en grand, ne peut en aucune façon se justifier.", Pie XII à des sages-femmes, 29 oct. 1951, in *Le droit à la vie dans l'enseignement des Papes*, précité, p.71.

5 "Ne l'oubliez pas, au-dessus de toute loi humaine et au-dessus de toute «indication», se dresse, indéfectible, la loi de Dieu.", Pie XII à des sages-femmes, 29 oct. 1951, ibidem, p.71.

6 Sur le protestantisme, le judaïsme et l'islam et la tolérance de l'avortement thérapeutique cf. MOUGEOLLE Bernadette, *Les avortements légaux dits «thérapeutiques» ou «médicaux»*., Thèse droit Nancy, 1959, pp.126 à 128.

L'avortement peut pourtant sembler aux antipodes d'une infraction pénale ordinaire dès lors qu'il est accompli en tant qu'acte médical de sauvegarde de la vie de la mère. Mais, en l'absence de fait justificatif d'autorisation de la loi, le médecin encourait objectivement jusqu'en 1939 les peines de l'avortement criminel, au même titre que n'importe quelle "faiseuse d'anges". Comment expliquer alors que certains avortements thérapeutiques aient été officiellement tolérés et que les médecins, auteurs de telles infractions, aient bénéficié d'une relativement large impunité ? "*Quand le but est, non pas l'interruption de grossesse elle-même, mais par le moyen de cette interruption ou à cause de cette interruption, la sauvegarde de la vie de la mère, il était admis, avant le décret de 1939, modifiant l'article 317, qu'il n'y avait pas délit.*" [1]

L'absence de répression ne pouvait se fonder que sur un fait justificatif, car tous les éléments constitutifs de l'infraction d'avortement étaient réunis. La permission de la loi ne pouvait pas remplir cette fonction du fait de la prohibition particulière contenue dans l'article 317 du Code pénal, s'appliquant nommément au corps médical.

La qualité de professionnel de la santé était à l'époque une circonstance aggravante de l'acte d'avortement, ce qui empêche d'imaginer que la permission légale tacite qui bénéficie aux médecins dans l'exercice normal de leur art, trouvait ici application. Le consentement de la victime n'a jamais été considéré comme un fait justificatif comme le rappelait en 1937 la Cour de cassation, en matière de stérilisation. [2] Restait uniquement la référence à l'état de nécessité.

Sacrifier la vie d'un fœtus pour sauver la vie de sa mère est l'exemple même du conflit d'intérêts ou de valeurs, face auquel un médecin se trouve dans la nécessité de choisir entre plusieurs solutions qui sont toutes des infractions pénales. Tuer l'enfant conçu est un avortement, laisser mourir la mère pour espérer sauver l'enfant constitue une abstention punissable dès lors que la femme est en péril (à partir de la loi du 25 octobre 1941). Refuser tout soin à la mère et à son fœtus est doublement grave puisque le médecin, le cas échéant, abandonnerait deux vies à un risque grave de mort.

Aussi, la doctrine prôna-t-elle le recours à la notion d'état de nécessité pour justifier pénalement les avortements thérapeutiques : "*Le médecin est placé devant l'alternative de laisser mourir la mère en s'abstenant d'interrompre la grossesse, ou de la sauver en tuant le fœtus. S'il pratique une telle intervention, il ne tombera pas sous le coup de l'article 317, car il est justifié par l'état de nécessité. La nature oppose l'une à l'autre deux existences, dans le conflit extrême, on peut sacrifier l'une à l'autre sans crime.*" [3]

GARRAUD sembla hésiter quelque temps, mais finalement admit que : "*ce que la loi pénale prévoit et punit, en effet, c'est l'avortement clandestin, conçu dans un but criminel. (...) L'avortement provoqué, c'est un point qui ne se discute plus aujourd'hui, peut être une opération nécessaire au point de vue médical.*" [4]

Le consensus sur la valeur justificative de l'état de nécessité en matière d'avortement thérapeutique était tel que le corps médical diffusa, dès 1922, un protocole d'uniformisation de la procédure à suivre. L'avortement n'était préconisé au titre d'une indication médicale que si quatre conditions de fond étaient vérifiées. -1- La mère court un danger extrême, -2- ce danger est sous la dépendance de la grossesse, -3- l'interruption de la grossesse le fera sûrement cesser -4- il n'existe aucun autre moyen pour sauver la mère. [5]

---

[1] Anonyme, Observations sous, T.corr.Chateauroux, 21 déc. 1949, J.C.P. 1950-1-5408.
[2] Affaire dite des stérilisés de Bordeaux, Cass.crim. 1er juill. 1937, S. 1938-1-193.
[3] GARCON Emile, *Code pénal annoté*, éd° 1901-1906, art. 317, n°19.
[4] GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 2ème éd° 1900, T.IV, n°1755, p.717, (La 3ème éd° 1924 ne fait plus mention de ce passage).
[5] BALTHAZARD, *Etude médico-légale de l'avortement thérapeutique*, Bull.Acad.Méd. 1922, p.483.

Les hésitations qui subsistent, à l'époque, sur les limites de la justification portaient sur les conditions de forme à respecter pour pratiquer de tels avortements. A défaut d'unanimité sur la procédure à suivre, en ce qui concerne en particulier l'obligation de consulter deux ou plusieurs médecins, et sur le lieu possible de l'intervention, le corps médical incita les pouvoirs publics à introduire un principe écrit de justification dans le droit positif. Ce qui fut fait par l'article 87 du décret-loi de 1939. [1]

b) L'avortement thérapeutique dans le décret-loi de 1939

C'est le décret-loi du 29 juillet 1939 qui va introduire dans l'édifice juridique français la reconnaissance d'un cas d'avortement pénalement justifié, l'avortement thérapeutique. [2] Cette innovation est considérée généralement comme un cas d'introduction explicite du concept d'état de nécessité dans la théorie générale de la justification. [3] L'avantage de cette légalisation réside dans un plus grand respect du principe de légalité criminelle en raison de la nature écrite et donc plus précise de la règle justificative. [4]

La doctrine semble avoir globalement approuvé la reconnaissance légale de ce cas particulier d'état de nécessité que constitue l'avortement thérapeutique. [5] Certains auteurs ont judicieusement rapproché le contexte psychologique des cas d'avortement thérapeutique de l'urgence médicale en générale, en rappelant que l'urgence permet des dérogations aux règles ordinaires du droit pénal. Pour l'avortement, le rappel concerne, en particulier, le respect de la volonté du patient qui doit consentir à l'intervention. "*En principe, en outre, et sauf, toujours, en cas d'extrême urgence - laquelle justifie à peu près tout -, le médecin dit encore le texte, doit s'incliner devant la volonté de la malade qui, dûment prévenue de la gravité de son cas, refuse l'intervention. (...) La volonté d'une femme de tout tenter pour avoir un enfant est trop respectable pour être mise en échec tant que l'inévitable ne s'est pas produit.*" [6]

L'autorisation légale, dont l'esprit procède de la notion de nécessité était soumis à des conditions dont le médecin pouvait se dispenser en cas d'urgence absolue. "*La notion de nécessité a été accueillie par le décret-loi du 29 juillet 1939 (art.87), mais dans des limites étroites. (...) Mais ces formalités pouvaient apparaître encore trop lourdes et l'on avait admis le médecin traitant à s'en dispenser en cas d'urgence extrême, c'est-à-dire d'absolue nécessité.*" [7]

---

1 Et non par une loi de 1920 comme l'indique à tort un auteur : "En particulier, grâce aux progrès de la médecine, le cas - admis par la loi de 1920 - où la vie de la mère est directement menacée par une grossesse, devient exceptionnel.", TOULAT Jean, *L'avortement. Crime ou libération ?*, précité, p.18.

2 "Lorsque la sauvegarde de la vie de la mère gravement menacée exige soit une intervention chirurgicale, soit l'emploi d'une thérapeutique susceptible d'entraîner l'interruption de la grossesse, le médecin-traitant ou le chirurgien devra obligatoirement prendre l'avis de deux médecins consultants, dont l'un pris dans la liste des experts près le tribunal civil, qui, après examen et discussion, attesteront par écrit que la vie de la mère ne peut être sauvegardée qu'au moyen d'une telle intervention thérapeutique ; un des exemplaires de la consultation sera remis à la malade, les deux autres conservés par les deux médecins consultés.", Décret-loi du 29 juill. 1939, art.87

3 "On s'accorde actuellement pour affirmer que la consécration officielle de l'avortement thérapeutique par l'article 87 du décret-loi du 29 juillet 1939 constitue un des cas de reconnaissance explicite de l'état de nécessité dans notre droit", MOUGEOLLE Bernadette, *Les avortements légaux dits «thérapeutiques» ou «médicaux»*, précité, p.169.

4 "Il était communément admis que la nécessité de sauvegarder la vie ou la santé de la mère justifie l'interruption d'une grossesse. C'est cette solution que consacre le décret-loi de 1939 sous réserve de conditions strictes.", SEVERAC Andrée, *Essai d'une théorie générale du fait justificatif*, Thèse droit Toulouse 1953, p.31.

5 "Quelques dispositions particulières seulement prévoient l'irresponsabilité de l'auteur d'un délit nécessaire. (...) Il convient d'y ajouter l'article 161-12 du C.S.P., qui autorise l'avortement lorsque la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme.", STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges, BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, précité, n°352, pp.290-291. "De même encore - quoique en l'occurence le concept de nécessité s'enfle démesurément, du moins en la première hypothèse - l'interruption volontaire de la grossesse peut se trouver nécessitée par la situation de détresse de la mère ou en cas de péril grave pour sa santé.", JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal général*, Montchrestien, 1988, n°269, p.249. "L'état de nécessité n'est prévu que par des textes particuliers (...), l'interruption volontaire de la grossesse nécessitée par la situation de détresse de la mère ou par la sauvegarde de sa santé.", PUECH Marc, *Droit pénal général*, Litec 1988, n°813, p.287.

6 KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, Flammarion 1957, pp.583-584.

7 MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°2100, p.1705.

Le texte du décret-loi fut incorporé dans le Code de la santé publique en 1953 et introduit dans les codes de déontologie médicale de 1947 et 1955, sans subir aucune modification. Une proposition de loi fut déposée le 30 juin 1970 sur le bureau de l'Assemblée nationale [1], visant à élargir les cas d'avortements thérapeutiques : "*a) Lorsque du fait de la grossesse, la vie de la mère est menacée dans l'immédiat ou par des complications lointaines. b) Lorsque est reconnu l'existence d'une embriopathie incurable devant aboutir à la naissance d'un enfant atteint d'anomalies corporelles ou mentales très graves.*" [2]

Ce moyen terme, proposé pour éviter d'avoir à modifier globalement le droit de l'avortement sous la pression d'une demande sociale spontanée ou manipulée, ne fut pas retenu par le parlement. [3] Le législateur s'engagea, quelques années plus tard dans une démarche nettement plus bouleversante du droit français de l'avortement en général et de l'avortement thérapeutique en particulier.

Il nous faut examiner comment la jurisprudence appliqua le nouveau fait justificatif aux cas d'espèce. On peut être surpris de l'application qui a été faite de l'article 87 du décret-loi de 1939 dans une affaire où il aurait été logique de traiter la question en terme de justification, ce qu'a refusé la juridiction. [4] Le tribunal correctionnel saisi d'un cas d'avortement prétendûment thérapeutique se pencha sur la nature des dispositions du décret-loi de 1939 en ces termes : "*ce texte ne fait que donner force de loi aux conseils qui étaient antérieurement prodigués aux médecins par leurs organismes professionnels. (...) Qu'il serait mesquin de voir dans les prescriptions de l'article 87 une simple «formalité administrative» destinée à couvrir éventuellement la responsabilité du médecin qui tente un avortement thérapeutique ; qu'il faut au contraire, interpréter la raison d'être de ce texte dans son esprit le plus large, comme une précaution ayant pour but d'entourer l'intervention du maximum de garanties dans l'intérêt du malade, pour sauvegarder sa vie, et éviter ainsi des abus, à l'occasion d'un acte particulièrement grave.*"

Personne ne conteste que la volonté du législateur est éminemment protectrice des intérêts de la malade, autant que de la société toute entière. Encore faudrait-il poser le problème juridique en terme de justification : l'avortement étant une infraction pénale, la loi justifiant exceptionnellement certains avortements thérapeutiques, le Dr. A. pouvait-il bénéficier du fait justificatif de permission de la loi ?

Au lieu de quoi le tribunal étudia le contexte psychologique de l'intervention du Dr. A. [5], pour finir par le relaxer, faute d'intention coupable ! "*Que l'ambiance dans laquelle allait se dérouler l'intervention du docteur A., l'absence de toute clandestinité et d'esprit de lucre ainsi que les excellents renseignements d'ordre professionnel recueillis sur son compte permettent d'admettre qu'il a agi sans intention coupable ; qu'il convient donc de le relaxer des fins de poursuites.*" Le raisonnement suivi par le tribunal de Chateauroux était doublement inadapté, d'une part, parce qu'il était fondé sur l'élément moral plutôt que sur la justification, d'autre part, parce qu'il confondait élément intentionnel et mobile.

---

[1] Proposition du groupe de travail U.D.R., présidé par le Docteur PEYRET, député de la Vienne, J.O. 19 juill. 1970.

[2] LOUVET J., *Considérations sur une proposition de loi extensive de l'avortement thérapeutique*, précité, p.100.

[3] Malgré le soutien du Conseil national de l'Ordre des médecins qui approuvait "une modification de l'article 38 du code de déontologie étendant l'indication possible d'interruption de grossesse au-delà de la menace pour la vie de la mère, aux importantes anomalies physiques ou mentales prévisibles chez l'enfant.", SOUTOUL J.H., *Conséquences d'une loi. Avortement an II*, précité, p.28;

[4] Un médecin était poursuivi pour avoir pratiqué un avortement sur une malade atteinte de troubles mentaux. Le couple à qui il avait tout d'abord proposé une hospitalisation dans un établissement spécialisé avait exprimé son refus, puis avait réitéré la demande d'avortement. Après une simple consultation informelle d'un confrère, le Dr. A. pratiqua lui même l'avortement. T.corr. Chateauroux, 21 déc. 1949, J.C.P.1950-II-5408.

[5] "Le Dr A. a pu considérer avec appréhension une évolution naturelle de la situation et se représenter le danger qui en résulterait pour la vie du malade, dont l'état devenait de plus en plus critique au fur et à mesure que la grossesse avançait : que d'ailleurs, le Dr. B. lui même avait envisagé la possibilité d'un avortement thérapeutique.", T.corr. Chateauroux, 21 déc. 1949, J.C.P.1950-II-5408, Il est vrai que la patiente était atteinte de graves troubles mentaux en relation avec la grossesse, "confusion, angoisse, idées de suicide, refus d'alimentation".

La volonté du législateur est d'isoler dans la masse des avortements globalement prohibés une sphère limitée d'avortements tolérés, les avortements thérapeutiques. La justification existe du fait de la permission expresse de la loi et ne doit pas être confondue avec l'absence d'un des éléments constitutifs de l'infraction. Dans le cas d'espèce, il ne fait aucun doute que l'infraction était objectivement constituée dans chacun de ses éléments. L'élément moral étant prouvé dès lors que le médecin avait conscience et volonté d'accomplir le fait matériel d'avortement. [1]

Il y avait lieu de ne pas réprimer si le fait justificatif de l'art. 87 du décret-loi de 1939 était démontré ; ou au contraire, il devait y avoir répression à défaut de fait justificatif.

Le tribunal a, d'autre part, confondu élément intentionnel et mobile, en expliquant que le médecin n'était pas coupable, par défaut de but "immoral". Le fait que son intervention soit dénuée de toute clandestinité, de toute recherche de profit et que l'auteur soit un honorable professionnel a emporté la conviction de la juridiction qui l'a relaxé au nom de l'absence d'intention coupable. Or, la présence de ces éléments pourrait, à la rigueur, indiquer une hypothétique intention de nuire ou un mobile prohibé, mais ils sont totalement indépendants de la notion d'élément intentionnel, que ce soit au titre du dol général ou du dol spécial. L'infraction d'avortement ne nécessite aucune intention de nuire, ni aucun résultat spécialement incriminé. [2]

Du moment qu'un individu accomplit consciemment et volontairement les faits matériels d'avortement punis par la loi, la répression peut s'exercer. Sauf si un fait justificatif vient rétroactivement faire disparaître l'infraction toute entière en paralysant l'opération de qualification pénale de l'acte objectivement infractionnel. Ce que la juridiction, à tort selon nous, n'a absolument pas recherché.

Admettre une telle confusion entre fait justificatif et absence d'intention de nuire est particulièrement dangereux. De nos jours, cette confusion pourrait servir à "justifier" des actes d'euthanasie. Il est, en effet, indubitable que certains faits d'euthanasie sont accomplis ou pourraient être accomplis, par des médecins honorables, sans esprit de lucre ni de clandestinité particulière. Faudrait-il pour autant les relaxer ou les acquitter de toute poursuite pour homicide volontaire ? Nul ne le préconise aujourd'hui, même chez les plus chauds partisans de l'euthanasie. Ceux-ci réclament, comme c'est leur droit, une loi permettant la mort volontaire. Leur démarche a au moins le mérite d'une cohérence sur le plan de la justification pénale. La loi condamne l'homicide volontaire, donc seule la loi peut, éventuellement et exceptionnellement, l'autoriser.

La jurisprudence eut à se prononcer au moins une autre fois sur l'hypothèse de l'état de nécessité comme éventuel fait justificatif d'un avortement : lors du célèbre procès de Bobigny. La défense utilisa tous les arguments possibles pour combattre le principe même de la prohibition de l'avortement [3], elle invoqua l'existence de la contrainte, cause de non-imputabilité, et eut recours en dernier ressort à l'état de nécessité : fait justificatif.

La juridiction écarta l'argument après une étude approfondie des valeurs en présence : "*Attendu que le tribunal n'a trouvé ni dans les pièces de la procédure ni dans les témoignages recueillis à l'audience des éléments suffisants pour lui permettre d'affirmer que les intérêts dont la dame X... poursuivait la protection, tels qu'ils ressortent de l'exposé des faits, avaient une valeur supérieure à celle du bien sacrifié, c'est-à-dire le fœtus destiné par nature à devenir une personne humaine et juridiquement protégé dès la conception ; qu'il découle au surplus de l'article L.161-1 du Code de la santé publique que seule la sauvegarde de la vie de la mère gravement menacée*

---

[1] Cf. le dol général de l'infraction de l'article 317 C.pén.

[2] Cf. supra l'absence de prévision légale quant aux finalités de destruction sous-jacentes dans la notion d'avortement, et qu'il faut selon nous exprimer clairement pour distinguer l'avortement prohibé de l'accouchement provoqué ou déclenché. Nous voulons éviter la confusion entre expulsion artificielle dans un but de mort - l'avortement - et expulsion artificielle dans un but de vie - l'accouchement provoqué -.

[3] "Attendu que la défense ne conteste pas la matérialité des faits mais soutient que les dispositions de l'article 317 du Code pénal doivent être considérées comme «une loi objectivement mauvaise, immorale, caduque.»", T.corr. Bobigny, 22 nov. 1972, Gaz.pal. 1972, p.890.

justifie l'avortement, que tel n'est pas les cas de l'espèce ; qu'il convient, en conséquence de rejeter l'exception fondée tant sur l'excuse légale de contrainte que sur le fait justificatif tiré de l'état de nécessité." [1]

Ce dont on peut déduire que pour le tribunal, l'avortement thérapeutique est une forme légale d'état de nécessité, qui suppose tout comme le fait justificatif général et jurisprudentiel d'état de nécessité la preuve de l'intérêt supérieur de la valeur sauvegardée par rapport à la valeur sacrifiée. Or, en matière de sacrifice de la vie d'un œuf humain fécondé, la seule valeur supérieure acceptable est la sauvegarde de la vie de la mère, ce qui n'était pas les cas en l'espèce. [2]

2°) L'I.T.G. licite depuis la loi de 1975

Dans la droite ligne de la législation antérieure, le législateur de 1975 a réglementé dans une section 2 du chapitre sur l'interruption volontaire de la grossesse, "*l'interruption volontaire de la grossesse pratiquée pour motif thérapeutique*" [3], appelée I.T.G. dans les milieux médicaux spécialisés. La justification de cette forme moderne d'avortement thérapeutique est subordonnée à des conditions de fond (a) et de forme (b).

a) Les conditions de fond de l'I.T.G. licite

La justification de l'I.T.G. repose sur une indication médicale (α), sur le consentement de la femme (β) et sur la non-viabilité du fœtus (γ).

(α) L'indication médicale d'I.T.G.

Le nouveau texte [4] modifie sensiblement les conditions de fond préalable à l'accomplissement d'un avortement thérapeutique en permettant qu'il soit pratiqué dès lors "*que la grossesse met en péril grave la santé de la femme.*" Le texte d'origine parlait de sauvegarde de la vie de la mère gravement menacée, le texte contemporain de péril grave pour la santé de la femme.

La différence est fondamentale. La réforme de 1975 a nettement étendu la notion d'avortement thérapeutique, stricto sensu, en élargissant les indications médicales licites. L'évolution s'est faite de l'indication absolue, sauver la vie, vers des indications beaucoup plus relatives, préserver la santé. [5] La valeur accordée par la société aux œufs humains fécondés en est diminuée d'autant. Le sacrifice d'un fœtus n'était justifié, avant 1975, que par la mise en balance avec la vie de la femme ; aujourd'hui, un risque grave pour la santé de la femme justifie l'avortement.

---

[1] T.corr. Bobigny, 22 nov. 1972, Gaz.pal. 1972, p.890.

[2] Ce qui suppose que l'on accepte de comparer les deux vies en présence, au détriment du fœtus en cas d'égalité. D'où le danger d'utiliser le terme d'enfant, en lieu et place de celui de fœtus, car la comparaison des vies de deux êtres humains vivants et viables, n'est plus guidée par les mêmes règles. cf. "Le tribunal correctionnel de Bobigny avait rappelé que l'état de nécessité supposait que le bien sacrifié (la vie de l'enfant) fût d'une valeur inférieure à celle de l'intérêt sauvegardé (l'intérêt de la mère).", MEMETEAU Gérard, *Droit médical*, précité, n°488, p.326.

[3] Art. L.162-12 et L.162-13 C.S.P.. Curieusement, la section 1 ne qualifie l'I.V.G. pour cause de détresse que par rapport au délai, "interruption volontaire de la grossesse pratiquée avant la fin de la dixième semaine", art. L.162-1 à L.162-11. Au delà de la simple ambiguïté de terminologie, cela ne change en rien la question d'une éventuelle I.V.G. pour motif thérapeutique avant le délai de dix semaines, vu la largeur du concept de détresse, dans lequel peut, à tout coup, entrer l'avortement thérapeutique.

[4] "L'interruption volontaire de la grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins attestent, après examen et discussion, que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.", art.L.162-12 al.1 C.S.P.

[5] Le problème de la définition du concept de santé est similaire à la question de l'évaluation du caractère curatif de tout acte médical. Santé au sens stricte (anatomique), ou au sens large (psycho-sociale) ? cf. supra 1ère Partie, Titre 2.

Pourtant, les progrès médicaux constants ont permis de diminuer, voire de supprimer des tableaux cliniques préconisant l'avortement thérapeutique, un nombre croissant d'indications. [1] Les problèmes et lésions cardiaques ont longtemps été considérés comme des contre-indications à toute grossesse en raison des risques importants d'accidents mortels en fin de grossesse et surtout en phase d'accouchement. L'avortement thérapeutique était alors souvent décidé "à titre préventif", dans ces cas. Les progrès de la cardiologie contemporaine viennent limiter drastiquement les indications d'avortement pour raisons cardiaques. [2] Les malformations et rétrécissements du bassin ne constituent plus des indications d'avortements thérapeutiques en raison du perfectionnement des techniques diagnostiques de mesures. [3]

Les progrès médicaux ont par contre créé de nouvelles indications. Ainsi en cancérologie, les traitements chimiothérapiques sont incompatibles avec une grossesse. [4] Or, tout retard de traitement, même de quelques semaines, peut amputer gravement les chances de survie de la femme enceinte. Aux dires des médecins, les équipes médicales essaient de temporiser pour permettre au fœtus de naître chaque fois que cela est possible, mais il y de nombreuses situations où l'avortement est incontournable pour conserver une chance d'apporter une aide médicale utile à la santé individuelle de la femme. [5] L'avortement est alors un acte médical curatif.

(β) Le consentement de la femme à une I.T.G.

Il est essentiel de rappeler que le consentement libre et éclairé de la femme enceinte est indispensable, bien que les dispositions du Code de la santé publique sur les entretiens destinées à informer complètement la femme enceinte avant toute I.V.G. ne soient pas applicables à l'avortement thérapeutique (art. L.162-13 C.S.P.).

La femme enceinte est néanmoins destinataire d'un exemplaire de la consultation préalable obligatoire (art. L.162-12 C.S.P.). Ce qui signifie que nul médecin ne peut pratiquer un avortement thérapeutique sur une femme qui n'y consentirait pas, y compris si son refus met en péril sa santé. [6] Pas plus qu'on ne peut interdire à une femme d'avoir un enfant, on ne peut lui imposer un avortement.

Il n'existe qu'une seule hypothèse dans laquelle un praticien peut pratiquer une I.T.G. sans le consentement de la femme ; il s'agit du cas d'urgence absolue avec impossibilité de recueillir la volonté de la femme pour cause d'impossibilité de fait. Ce cas marginal suppose l'inconscience de la femme, ou une perte absolue de lucidité en phase d'accouchement. [7]

---

[1] En 1920 sont des indications absolues d'avortement thérapeutique entres autres : les vomissements incœrcibles, les névrites, l'abuminurie, l'anémie pernicieuse, la chorée, les hémorragies utérines, l'hydramnios aiguë. cf. HARTEMANN Jean Dr., *Le malaise de l'avortement thérapeutique*, Nancy Société d'impressions typographiques, 1926, pp.39-49.

[2] "L'avortement thérapeutique fut longtemps le seul remède proposé, (...) certains auteurs, (...), n'ont d'ailleurs pas abandonné leur conviction que l'avortement thérapeutique était le seul geste capable de préserver l'avenir d'une cardiopathie. A l'heure actuelle, cependant, cette pratique est considérée par la grande majorité des accoucheurs et des cardiologues, comme un geste de désespoir et de toute façon, exceptionnellement utilisée.", PY Bernard, *Grossesse et cardiopathies*, Thèse Médecine Nancy, 1961, p.4.

[3] Ont également disparu des indications d'avortement thérapeutique les pathologies de néphrite chronique, d'hypertension artérielle et de vomissement incoercible.

[4] De même en ce qui concerne le traitement de la leucémie. Tout espoir de guérison reposant sur un diagnostic rapide et un traitement sans retard.

[5] Ainsi en cas de diagnostic de cardiopathie décompensée en début de grossesse, la procédure thérapeutique impose la pose d'une valve cardiaque. Cette opération est impossible pendant une grossesse. Les équipes médicales préconisent généralement un avortement puis l'opération de pose de valve. Ensuite de quoi la femme cardiaque peut sans problème mener à bien une nouvelle grossesse. Sacrifice d'une personne potentielle n°1, pour sauver la femme qui pourra porter en son sein une personne potentielle n°2...

[6] Les médecins citent par exemple le cas d'une femme diabétique atteinte de complications oculaires alors que l'on sait que la grossesse risque fortement de faire "flamber" la retinopathie et entraîner une cécité, ou encore, le cas d'une femme ayant bénéficié d'une greffe cœur-poumon et qui stoppe toute contraception, alors que la grossesse va augmenter les risques de rejet de la greffe. A quoi il faut ajouter la mauvaise connaissance des effets de la ciclosporine (traitement anti-rejet) sur le développement des fœtus.

[7] L'évocation de cette question suscite souvent de la part du public non-spécialiste des références littéraires, historiques ou cinématographiques qui illustrent des scènes dramatiques de l'enfantement, au cours desquelles on questionne brutalement le père pour savoir s'il veut que l'on sauve ou la mère ou l'enfant. Ce choix ne lui appartient pas. Le médecin doit toujours tenter de sauver la mère et essayer de sauver le fœtus lorsque cela est possible.

Le médecin qui s'abstiendrait alors de tenter de sauver la mère, en refusant de porter atteinte au fœtus, s'exposerait avec certitude aux sanctions de l'omission de porter secours à personne en péril. La mère est une personne humaine réelle qui doit bénéficier prioritairement des soins médicaux, le fœtus est une personne humaine potentielle qui ne peut et ne doit en bénéficier que subsidiairement.

(γ) La condition de non-viabilité du fœtus

La question du délai acceptable pour pratiquer licitement un avortement thérapeutique n'a, semble-t-il, jamais été abordée en jurisprudence. Il faut pourtant se demander quel est le sens exact des termes "à toute époque". [1] L'acte matériel d'atteinte à l'intégrité physique du fœtus est prohibé sous la qualification pénale d'avortement, quel que soit l'âge de l'œuf humain fécondé, car le droit pénal ne distingue pas, au contraire de la médecine, selon la durée de la gestation. Ce raisonnement juridique est acquis depuis l'Ancien régime. [2]

Il semble évident que le médecin diagnostiquant la nécessité de faire cesser une grossesse pour raison médicale et constatant qu'il peut espérer non seulement sauver la mère, mais aussi l'enfant, n'hésitera pas une seconde à agir dans un but curatif double, vis-à-vis de la personne réelle, la mère, et de la personne potentielle, le fœtus. Il résulte à la fois de la notion d'état de nécessité et du concept de but curatif que l'acte médical n'est justifiable qu'à la condition de respecter une balance positive entre les avantages escomptés et les risques encourus. [3]

C'est pourquoi le médecin qui décide de pratiquer un avortement pour motif thérapeutique en fin de grossesse aura pris soin de mesurer l'importance particulièrement grave de son acte en raison de la proximité du terme. Les indications médicales justifiant l'avortement thérapeutique doivent être d'autant plus graves que l'on approche du terme de la grossesse, sans que cela modifie le statut du fœtus sur le plan pénal, en raison du simple fait statistique que le fœtus a de plus en plus de chance de naître vivant et viable à mesure que l'on se rapproche de la date prévue de la naissance.

Avant la naissance, en cas d'indication médicale et avec le consentement de la mère, une I.T.G. peut être pratiquée quelle que soit la durée de gestation déjà écoulée. La naissance est caractérisée par l'expulsion d'un être humain vivant et viable. Jusque là le fœtus n'est pas encore pénalement protégé en tant que personne humaine mais en tant qu'être humain vivant. L'avortement peut être défini comme une "*expulsion spontanée ou provoquée de l'embryon ou du fœtus avant la date de sa viabilité.*" [4]

Une première hypothèse consiste à tuer le fœtus dans l'utérus de la femme enceinte. L'I.T.G. consiste alors à provoquer volontairement la mort puis à extraire ou à faire expulser son corps. La technique utilisée est, le plus souvent, celle de la césarienne dès que le fœtus a atteint une taille et un poids excluant l'aspiration.

---

1 Art.L.162-12 C.S.P. L'imprécision volontaire du législateur laisse à penser que l'avortement thérapeutique peut être pratiqué jusqu'au dernier jour de la grossesse et qu'un fœtus de 300 jours peut être éliminé dès lors qu'il y va de la santé de la mère, mise gravement en péril. Un amendement avait été voté par le Sénat puis refusé par l'Assemblée Nationale déclarant : "Si l'enfant naît viable, l'interruption de grossesse est considérée comme un accouchement prématuré et comporte les obligations qui s'attachent à un nouveau né.", J.O. Sénat, 1979, pp.5587-5591. Certains auteurs combattent cette interprétation en faisant valoir qu'à partir de 180 jours de gestation le fœtus est réputé viable, en raison de quoi il doit faire l'objet d'une protection particulière qui ne peut être compatible qu'avec un accouchement prématuré et pas avec un avortement thérapeutique. "Une IVG pratiquée à partir du 6ème mois n'est plus un avortement mais un accouchement prématuré. En d'autre terme, une éventuelle décision d'IVG pour motif thérapeutique sur une grossesse de plus de 180 jours doit prendre en considération qu'il s'agit d'un enfant déjà viable.", SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, p.83.

2 "1. En matière criminelle, l'avortement se dit d'une fille, qui, par des breuvages ou autrement, provoque la sortie de l'enfant dont elle est enceinte, avant qu'il soit parvenu à son terme ; il ne se dit en médecine, que depuis que l'enfant a trois mois, jusqu'à sept. 2. L'avortement provoqué est un crime capital, toujours puni de mort. V.l'édit de Henri II de 1556.", Denisart J.B., précité, 1775, V° *Avortement*, al.1 et 2, T.1, p.176.

3 Le but curatif est à l'évidence un lointain cousin de l'état de nécessité. cf. supra 1ère Partie, Titre 2, p.225.

4 KERNBAUM Serge Dr., *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, précité, V° *Avortement*, p.100.

Or, il arrive assez souvent qu'après l'extraction ou l'expulsion, le fœtus soit vivant. [1] Le critère de viabilité permet alors de déterminer le niveau de protection pénale de l'être humain vivant. [2] A défaut du plus petit espoir de viabilité, le rôle du corps médical est un rôle palliatif. Ne pouvant faire vivre, ne pouvant tuer, la médecine doit accompagner l'avorton expulsé vivant vers la mort certaine en minimisant ses souffrances. [3]

Si, par suite d'une erreur d'évaluation de l'équipe médicale, le fœtus vivant, que l'on avait à tort considéré comme non viable, s'avère être viable, il est certain qu'on ne peut ni le tuer, ni le laisser mourir. Par la naissance le fœtus est devenu une personne humaine bénéficiant de le protection intégrale du droit pénal.

Dans le cas extrême où c'est en phase d'accouchement que la vie de la femme est mise en danger, le problème se pose de la datation exacte de la naissance, sachant que le fait d'accouchement est relativement prolongé dans le temps, depuis les premières contractions jusqu'à la délivrance. [4] Nous imaginons l'hypothèse où une cause mécanique (le rétrécissement du bassin de la femme par exemple) empêche toute délivrance.

Le médecin est alors confronté à un conflit de valeurs qui ne peut se résoudre que par la notion d'état de nécessité : la valeur "inférieure" doit être sacrifiée au profit de la valeur "supérieure". S'il est techniquement possible de préserver la mère et l'enfant au détriment d'une atteinte à l'intégrité de l'un d'entre-eux ou des deux : la valeur "vie" doit l'emporter sur la valeur "intégrité" (césarienne, épisiotomie, luxation ou amputation d'un membre).

Si pour une raison de contexte médical, il est impossible de pratiquer une opération, il faudra choisir d'accepter de mutiler, voire de tuer le fœtus pour sauver la femme, même en phase d'accouchement. A défaut de choix, les deux personnes, réelles et potentielles, seraient condamnées à mort.

La hiérarchie des valeurs ainsi définie, aussi choquante qu'elle puisse être, résulte directement de la loi qui exprime officiellement que pour la société française la vie d'un fœtus compte moins que la vie de sa mère. Chacun est libre de refuser cette comparaison en valeur "à tête reposée", mais en cas de conflit lié à l'urgence absolue, et quelle que soit la volonté préalable de la femme enceinte, le médecin doit choisir de sauver la personne réelle au détriment de la personne potentielle, s'il ne peut sauver les deux.

Nous ne voulons pas déduire de ces distinctions chronologiques que l'acquisition de la protection pénale est progressive. La protection du droit pénal s'applique totalement aux personnes humaines. Or, le fœtus d'un jour et le fœtus de 300 jours ne sont, ni l'un, ni l'autre, des personnes humaines. [5] Il s'agit d'êtres humains que le droit pénal permet parfois de faire disparaître. Tout au plus peut-on admettre qu'il y a un seuil de protection sur le plan pénal qui est celui de la dixième

---

[1] Il faut lucidement analyser les problèmes juridiques posés par la présence dans les mains du corps médical d'un être vivant non viable : "Pesant près de deux livres, un enfant de cette taille remue toujours les bras et les jambes, essaie de respirer, et le plus souvent crie. Dans les avortements de ce type, on a 100% d'enfants vivants.", TOULAT Jean, *L'avortement : crime ou libération ?*, précité, pp.43-44.

[2] Le corps médical utilise le critère de la viabilité : "Une interruption de grossesse pratiquée pour motif thérapeutique doit tenir compte de l'existence d'un enfant éventuellement viable et justiciable de soins. Ne pas en tenir compte exposerait les praticiens ou les témoins au risque d'inculpation pour non-assistance à personne en péril (art.63 du Code pénal), meurtre, assassinat ou infanticide (art.295-296).", O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, T.2, p.990.

[3] Certains relient cette hypothèse à la notion de clause de conscience du praticien : "Souvent l'enfant issu d'un avortement est, en fait, vivant, puis supprimé. C'est peut être ce qui explique aussi la possibilité accordée à tout médecin d'invoquer la «clause de conscience» et de refuser de pratiquer un avortement.", LABBEE Xavier, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, précité, p.156.

[4] "Expulsion hors des voies génitales du fœtus et du placenta. Il comporte trois temps : effacement et dilatation du col, expulsion du fœtus et délivrance.", KERNBAUM Serge Dr., *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, précité, V° *Accouchement*, p.6.

[5] Cf. supra le statut pénal de l'œuf humain, p.281 et s., et en particulier la théorie de l'ontologie progressive exposée par Marie-Angèle HERMITTE.

semaine. [1] En deça, la femme est libre de l'indication d'avortement ; au delà, sa demande doit être reconnue comme thérapeutique par le corps médical pour que l'avortement soit licite.

b) Les conditions de forme de l'I.T.G. licite

L'avortement thérapeutique est soumis à quatre conditions de forme. 1) Rédaction d'un procès-verbal écrit établissant la nécessité thérapeutique, dressé en trois exemplaires dont un remis à l'intéressée. 2) Signature d'un médecin expert inscrit sur la liste officielle des experts près la Cour d'appel ou de la Cour de cassation. 3) Signature d'un médecin exerçant dans un hôpital public ou un établissement privé agréé. 4) Avertissement et information de la D.D.A.S.S.

Le non-respect de ces conditions de forme devrait, dans l'absolu, faire disparaître le fait justificatif de permission de la loi au profit des médecins ayant pratiqué l'avortement. Nous pensons, néanmoins, qu'il leur sera généralement aisé de démontrer que c'est l'état d'urgence qui les a empêché de satisfaire pleinement à la procédure légale. L'acte ne se concevant que dans un contexte véritablement thérapeutique, la balance sera facilement positive, entre la valeur sacrifiée - le respect des conditions de forme - et la valeur sauvegardée - la santé menacée de la femme -.

Encore faut-il que les indications médicales soient réelles sans quoi, à l'évidence, le non respect de la procédure, vise à masquer le non-respect des conditions de fond ; les médecins restent alors des délinquants classiques, des avorteurs presque ordinaires.

Par un artifice de langage, le législateur a notablement élargi la notion d'avortement thérapeutique au risque de la dénaturer, car la loi de 1975 a instauré un cas d'avortement que l'on englobe habituellement abusivement dans le concept d'avortement thérapeutique, alors qu'il ne vise à améliorer ou à préserver la santé ni de la mère ni de l'enfant.

3°) L'avortement eugénique : l'abandon de l'état de nécessité au profit d'un choix de la société

Cet avortement vise uniquement à préserver l'image que la société se fait d'un enfant "normal". *"Il n'est plus possible, en dépit de la formule légale, de parler d'avortement thérapeutique dans le second cas mentionné par l'art. L.161-12 : (...) il ne s'agit nullement de soigner l'enfant à naître, mais de le supprimer, et d'autre part sa mère peut être en excellente santé ; on est bien en présence d'un avortement eugénique. Pourquoi avoir peur de le dire ? Pourquoi cette timidité législative proche de l'hypocrisie ?"* [2]

L'acte médical d'avortement peut être licitement envisagé dans trois hypothèses très différentes : l'état de détresse de la femme enceinte, la sauvegarde de sa santé et la suppression d'un être humain incurable (fœtus). Le législateur a su distinguer la détresse de la santé au sens strict ; il n'a pourtant pas eu la volonté d'isoler spécifiquement l'avortement eugénique qui est textuellement une sous-distinction de l'avortement thérapeutique. Nous nous efforcerons de montrer que le but thérapeutique et le but eugénique ne peuvent et ne doivent être confondus.

Le droit positif rejette l'eugénisme préventif (a), mais il justifie une forme d'eugénisme d'élimination (b).

---

[1] "Ceci ne saurait signifier que l'embryon de plus de dix semaines est une personne. Au delà de dix semaines, c'est le droit de la mère qui est restreint. L'embryon devient en quelque sorte une «pars mulieris privilégiée» puisque la mère ne peut plus en disposer. Mais c'est tout. On ne peut tirer d'autre conclusion, en l'état du droit positif.", LABBEE Xavier, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, précité, p.159.

[2] MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°2102, p.1707.

a) L'eugénisme préventif : le rejet de toute interdiction préventive de procréer

On ne peut pas étudier le concept d'eugénisme sans rappeler que l'histoire fournit des exemples de définition de la personne humaine qui reflètent une logique de qualification qui aboutit à l'exclusion de certains êtres humains vivants de la protection ordinaire du droit.

C'est ainsi que le droit de l'Ancien régime, reprenant certains mécanismes du droit romain [1], put affirmer : "*Les monstres qui n'ont pas la forme humaine, ne sont pas réputés du nombre des personnes & ne tiennent point lieu d'enfans à ceux de qui ils naissent. Mais ceux qui ayant l'essentiel de la forme humaine, ont seulement quelqu'excès ou quelque défectuosité de conformation, sont mis au nombre des enfans.*" [2]

Le droit permettait déjà, à l'époque, d'exclure certains êtres vivants, issus de la reproduction humaine, de la catégorie des personnes. Ce qui confirme les usages reconnus par le droit de l'antiquité sur l'exposition des enfants considérés comme non suffisamment aptes à une vie "normale".[3]

Choisir de ne pas laisser vivre un être humain parce qu'il ne correspond pas aux critères de normalité de la société du moment, c'est à l'évidence une mesure d'amélioration ou de préservation de l'espèce, c'est une forme d'eugénisme. "*L'eugénisme consiste dans l'étude de tous les facteurs susceptibles d'améliorer l'espèce humaine - en tout ou partie - et dans la mise en pratique de cet objectif d'amélioration.*" [4]

Le terme d'eugénisme est incontestablement péjoratif car il évoque les notions de racisme, de nazisme ou de génocide, alors que la notion elle-même est, à de nombreux égards, moins noire que l'on pourrait le penser.

Il est possible de diviser l'analyse en étudiant l'eugénisme positif qui consiste à essayer de "produire des êtres humains" qualitativement supérieurs et l'eugénisme négatif qui consiste à éliminer les êtres humains qualitativement inférieurs. Dans les deux cas, on retrouve la prohibition morale de ceux qui veulent interdire toute interférence humaine dans les plans divins [5] et surtout qui veulent protéger tout être humain quel que soit son état.

Le droit pénal contient bon nombre d'incriminations qui protègent la vie de la personne humaine et empêchent qu'il puisse être porté atteinte impunément à l'existence de telle ou telle catégorie de personnes. La prohibition générale de l'homicide est incompatible avec la notion d'eugénisme négatif en ce qui concerne un être humain né vivant et viable.[6] L'incrimination des crimes contre l'humanité, et en particulier l'infraction de génocide, sont incompatibles avec l'eugénisme négatif en ce qui concerne un groupe d'êtres humains nés vivants et viables. [7]

---

1 "On rapporte que les Spartiates et les Romains «vouaient à la mort les êtres contrefaits» dans la mesure où ils ne leur paraissaient pas que de tels êtres soient véritablement «aptes à la vie» Il semble que de manière plus précise on puisse faire remonter la notion de viabilité à certaines dispositions du Code de Justinien.", SALVAGE Philippe, *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, précité, p.729 avec des citations de FRANCOIS J., *Contribution à l'étude de la personnalité*, R.G.L.J., 1931, p.286 et 1932, p.15.

2 DENISART J.B., précité, 1775, T.3, V° *Monstres*, p.278.

3 De nombreux auteurs classiques analysent les critères de sélection des enfants que l'on doit ou non laisser vivre. Soranos, Sénèque, Tacite, et Hippocrate, cf. FONTANILLE Marie-Thérèse, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, précité, pp.23-25. cf. "La nature nous a appris à distinguer les humains des monstres instinctivement, du fait du sentiment de répulsion qu'ils provoquent. Le droit romain en a déduit que, si ce qui naissait d'une femme avait pour aspect un être monstrueux, une telle créature ne pouvait être identifiée comme être humain, avec toutes les conséquences d'eugénisme qu'un tel rejet impliquait (Digeste, 1.5.14). Un monstre ne peut devenir une personne.", BAUD Jean-Pierre, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, précité, p.71.

4 TAGUIEFF Pierre-André, *Sur l'eugénisme : du fantasme au débat*, POUVOIRS 1991, n°56, *Bioéthique*, p.23.

5 "Là ou disparaît le respect absolu dû à la vie et à sa transmission selon les dispositions du Créateur, il est à craindre que disparaisse aussi tout frein moral au pouvoir des hommes, y compris celui de façonner une humanité à l'image dérisoire de ces apprentis sorciers.", *L'Eglise face au racisme*, Paris éd° Cerf, 1989, pp.22-23.

6 Les qualifications pénales protègent l'adulte (homicide) et l'enfant (infanticide), la personne seule (homicide) et un groupe humain (génocide), la personne réelle (homicide) et la personne potentielle (avortement).

7 Art.211-1 N.C.pén.

Une forme d'eugénisme préventif est envisageable par le contrôle de la reproduction a priori. [1] Le contrôle des actes sexuels et/ou le contrôle limitatif des mariages sont des moyens d'eugénisme positif. Mais le droit français refuse de lier mariage et procréation. [2] La licéité contemporaine de la contraception montre que l'acte sexuel lui-même, dans ou hors mariage, a été dissocié de son utilité naturelle et "animale" qu'est la reproduction.

C'est pourquoi la société refuse de définir l'union d'un homme et d'une femme en fonction de critères quantitatifs ou qualitatifs, liés à la reproduction. [3] Aussi, la doctrine refuse-t-elle généralement que l'accès au mariage soit subordonné à des examens médicaux ou génétiques restrictifs, le cas échéant, de la liberté matrimoniale, en raison de risques de stérilité ou de transmission de tares héréditaires. [4]

Le droit français est traditionnellement hostile aux actes de stérilisations [5] et il s'est toujours tenu à l'écart des Nations préconisant la suppression des facultés reproductives à des fins eugéniques. La société française ne se donne pas le droit de paralyser toute descendance aux individus, seraient-ils atteints de lésions anatomiques ou mentales irréversibles et éventuellement transmissibles. [6]

Le certificat prénuptial requis préalablement à toute célébration matrimoniale a été conçu comme un passage médical obligé pour les futurs époux, quelles que soient les informations que l'examen aura pu mettre à jour, et surtout : quel que soit le comportement des futurs époux informés de la dangerosité d'une éventuelle procréation. [7]

Le médecin est cantonné à son rôle de conseil et n'a aucun pouvoir pour empêcher médicalement le mariage, nonobstant des risques graves pour la santé de l'un ou l'autre des époux ou la quasi-certitude de l'incurabilité d'un éventuel enfant à naître. [8]

Il apparaît par ailleurs que le corps médical incorpore cet examen obligatoire dans la vaste mission de prévention et d'information de tous les consultants quant aux problèmes liés à l'hérédité. [9] L'acte préventif est une partie intégrante de la mission curative, fondement de l'art médical. Une fois le risque héréditaire ou génétique identifié, le ou les consultants informés, le médecin n'a,

---

1 L'idée d'un contrôle eugénique des unions matrimoniales a déjà été envisagée pour être rejetée : "La France, pendant les années de l'occupation, sut résister, dans le domaine du mariage, à la contagion du racisme allemand. Mais l'idée d'un contrôle qui ne serait qu'eugénique peut sembler plus difficile à repousser. Et l'imagination s'élance vers l'ère de l'Etat scientifique, où les empêchements à mariage seront avant tout des interdits médicaux, (...). C'est une orientation positive, c'est une sélection autoritaire qui présidera alors aux unions sexuelles réglementées.", CARBONNIER Jean, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, précité, p.332.

2 Le mariage est une institution sociale pour laquelle la reproduction n'est qu'une finalité parmi d'autres, fondée sur les principes de liberté matrimoniale, nonobstant des empêchements médicaux à la procréation. D'où la licéité du mariage de personnes stériles, du mariage des personnes âgées et même du mariage posthume.

3 Certaines communautés juives connaissent ce type de limitation au mariage. cf : "La maladie de Tay Sachs, maladie fréquente dans les communautés ashkénases conduit soit à l'avortement, soit, dans les communautés très orthodoxes d'Amérique du Nord au repérage des porteurs du gène qui ne reçoivent l'autorisation de se marier que si les deux membres du couple ne sont pas porteurs.", HERMITTE Marie-Angèle, *Science, technologie et religion*, précité, p.125.

4 "Le mariage, et nous ne croyons pas que le Code civil ait vieilli sur ce point, n'est pas seulement l'union sexuelle, le moyen de perpétuer la race, il est également un acte à caractère moral. Hostiles à toute forme d'eugénisme imposé, nous déconseillons aussi l'emploi irréfléchi des techniques eugéniques, mêmes si elles sont utilisées avec le consentement ou sur la demande du patient.", NERSON Roger, *Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial*, in *Etudes offertes à Georges RIPERT*, L.G.D.J. 1950, n°21, p.422.

5 Cf. supra 1ère Partie, Titre 2, la stérilisation, p.196.

6 "Stérilisation forcée. Au nom de la défense de la société, certaines législations nationales peuvent l'imposer pour des raison eugéniques et même pour diminuer les coûts financiers résultant de l'internement de certains malades. C'est ainsi qu'entre 1909 et 1960, 19314 malades mentaux auraient été stérilisés dans les hôpitaux de l'Etat de Californie. La loi précisait que les épileptiques, quelle que soit leur capacité intellectuelle, devaient être systématiquement stérilisés, et une clause ajoutée en 1939 autorisait la stérilisation des délinquants psychopathes.", TORELLI Maurice, *Le médecin et les droits de l'homme*, Berger-Levrault, 1983, p.208.

7 "L'officier de l'état civil ne pourra procéder à la publication prévue à l'alinéa ci-dessus, ni en cas de dispense de publication, à la célébration du mariage, qu'après la remise, par chacun des futurs époux, d'un certificat médical datant de moins de deux mois, attestant à l'exclusion de toute autre indication, que l'intéressé a été examiné en vue du mariage.", art.63 al 2, C.civ.

8 "L'examen prénuptial, (...) est un moyen réel et efficace de dépistage et de prévention ; l'attention du médecin doit se porter particulièrement sur les affections contagieuses et chroniques susceptible d'avoir des conséquence dangereuses pour le conjoint ou sa descendance.", O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, p.945.

9 "En tout état de cause, il serait utile d'informer les couples, mariés ou non, des possibilités offertes par les consultations de conseil génétique et de diagnostic anténatal lorsque un ou plusieurs membres d'une famille sont atteints d'une maladie ou d'une malformation.", O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, p.948.

conformément au droit commun, aucun pouvoir pour imposer une démarche médicale à ses interlocuteurs.

Tout traitement curatif ou préventif est et reste subordonné au consentement libre des individus qui peuvent choisir de n'interférer en aucune manière sur le cours des événements naturels. En matière de stérilisation, à défaut de but curatif immédiat et direct, même le consentement du patient ne suffit pas à justifier l'acte mutilant. A fortiori, le droit refuse-t-il aux médecins, avec ou sans l'accord des consultants, toute stérilisation reposant sur des finalités eugéniques.

L'eugénisme préventif ne peut s'entendre en France que d'une contraception librement acceptée par des individus informés des risques liés, pour eux ou leur descendance, à la particularité médicale d'un acte de procréation.

b) L'eugénisme effectif : l'élimination a posteriori de l'être humain anormal

Par "a posteriori" nous entendons après la conception et non après la naissance, car éliminer volontairement un être humain né, vivant et viable n'est jamais toléré en droit pénal français, en vertu de la prohibition générale de l'homicide et de la prohibition spéciale de l'infanticide. Encore faudrait-il définir la naissance que certains voudraient voir fictivement reculer de quelques heures ou de quelques jours pour contrôler la "normalité" des nouveaux nés avant de leur reconnaître, ou non, la qualité de personne humaine. [1]

La loi de 1975 a introduit dans le droit français le principe de l'avortement eugénique [2] qui permet de mettre fin à une grossesse lorsque le fœtus risque d'être atteint d'une affection grave et incurable. "*L'interruption volontaire de la grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins attestent, après examen et discussion que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.*" [3]

Le premier point essentiel en matière d'avortement eugénique est la dangerosité des moyens employés pour aboutir à un diagnostic pré-natal. Il existe, en effet, des examens médicaux très révélateurs qui font courir un risque pour l'œuf humain fécondé. [4] Ce qui implique que l'acte diagnostique ne soit prescrit qu'avec parcimonie, lorsqu'un signe d'appel laisse à penser que le fœtus peut être atteint d'une pathologie entrant dans la définition de l'avortement licite. [5]

La recherche d'une information non médicale, telle que la connaissance du sexe du fœtus, par un acte diagnostique à risque serait contraire aux règles élémentaires de justification de l'acte médical, par défaut de but thérapeutique. [6] La perspective de trier les fœtus sur la base d'autres critères que ceux admis par la loi de 1975 serait également illicite et la permission de cette loi ne

---

1 Cette opinion déjà pratiquée et défendue dans l'antiquité recueille les suffrages d'auteurs contemporains : "le docteur Frances Crick, du laboratoire de biologie moléculaire de Cambridge, prix Nobel de médecine 1962, déclare expressément : «(...) On pourrait envisager une nouvelle définition de la naissance en repoussant la date deux jours après la délivrance. Cela permettrait d'examiner les nouveau-nés - qui ne sont pas des êtres humains au vrai sens du terme - et d'administrer l'euthanasie à ceux qui sont nés avec une difformité, quelle qu'elle soit.»", TOULAT Jean, *L'avortement : crime ou libération ?*, précité, p.75.

2 On trouve parfois le terme d'eugénétique : "L'eugénétique (du grec : bien procréer) est, d'après Pinard, la science qui a pour but d'étudier et de faire connaître les conditions les plus favorables à la reproduction. Il est bien certain que le phénomène de la sélection naturelle n'agit plus chez l'homme civilisé comme chez l'animal et que la civilisation a contribué à conserver la vie d'un grand nombre d'êtres sans valeur, malades ou tarés, qui ne peuvent donner lieu à une descendance saine. (...) C'est en faisant de la prophylaxie qu'on arrivera à diminuer le nombre des déchets sociaux, des infirmes, des idiots, des dégénérés.", HARTEMAN Jean Dr., *Le malaise de l'avortement thérapeutique*, précité, pp.72-73.

3 Art.L.162-12 al.1 C.S.P.

4 "la ponction amniotique n'est pas sans danger, il peut en résulter un avortement, l'œuf étant tout à fait normal. A Angers nous en avons eu 5 cas sur 160 ponctions, si bien que notre zèle a beaucoup diminué.", Le LIRZIN R., *Un nouveau métier pour l'accoucheur ?*, in *Conséquences d'une loi. Avortement an II*, précité, p.133.

5 Cf. la polémique sur la systématisation du diagnostic prénatal de la trisomie et l'avis négatif du C.C.N.E. (22 juin 1993), in Le Monde 23 juin 1993, p.12.

6 Cf. supra 1ère Partie, Titre 2.

pourrait pas profiter à ceux qui pratiqueraient des avortements pour des raisons de discrimination sexiste ou raciste. [1]

Il appartient au corps médical de définir les indications médicales d'avortement eugénique, ce qui est une lourde responsabilité morale et juridique. [2] En cas de poursuites pénales, il faudra, pour être pénalement justifié, que le praticien puisse prouver que l'avortement a été provoqué après identification d'une affection grave et incurable.

Une simple malformation, un léger handicap ne suffisent pas à justifier l'élimination du fœtus. Affirmer le contraire serait le signe d'une dérive morale [3] et d'une infraction pénale. Or, la notion d'incurabilité est floue et elle repose entièrement sur des appréciations médicales.

A l'issue de cette étude, il convient de noter que quelques hypothèses d'avortement n'entrent dans aucune des catégories prévues par la loi, bien qu'ils soient pratiqués relativement couramment. Il s'agit des avortements de la femme alcoolique, de la femme toxicomane, de la femme violée et de la femme malade mentale ou trisomique. Passé le délai de dix semaines de l'I.V.G., il n'y a plus aucune justification pénale de tels faits sauf s'il peut être prouvé que la grossesse met en péril la santé de la femme enceinte ou bien que le fœtus est atteint d'une affection grave et incurable, ce qui sera rarement le cas. Pratiquer ces avortements non justifiés est et reste l'infraction pénale de l'article 317 du Code pénal.

Personne ne conteste que le rôle de la loi est de déterminer des systèmes de protection juridique des valeurs sociales en fonction des choix de la société du moment. C'est pourquoi il faut admettre que la loi pénale garantit l'intangibilité du corps des personnes humaines mais pas l'intangibilité de tous les êtres humains.

Critiquer, regretter ou approuver la *ratio legis* relève du jugement personnel et de la conscience morale individuelle. *"Ne retenir la personne qu'à partir d'un degré de son développement biologique (comme cela se fait dans la détermination de l'embryon et du fœtus), considérer sa disparition ou sa mort en fonction d'un seuil d'effacement de la conscience ou du vouloir (...), ce sont là autant de conceptions de la personne humaine qui se détournent de son être intrinsèque et de son devoir-être éthique, qui refusent de les assumer et leur substituent des notions idéologiques entièrement déduites de résultats pragmatiques à atteindre, d'effets à produire afin de contribuer au maintien du système juridique et à la conservation du pouvoir politique."* [4]

§3) Le nouveau Code pénal : vers une dépénalisation de l'avortement

La réforme du Code pénal bouleverse considérablement le droit pénal de l'avortement au point que la protection pénale de l'être humain est ici presque totalement remise en cause. En inversant la valeur respective du principe et de l'exception, le législateur s'est engagé incontestablement dans la voie de la dépénalisation de l'avortement.

L'entrée en vigueur du nouveau Code pénal entraînera une suppression de l'incrimination générale de l'avortement (A) et une confirmation de l'autonomie de la femme enceinte (B).

---

[1] "Le diagnostic prénatal pour des fins eugéniques telles par exemple que le choix du sexe de l'enfant ou de son type ethnique, est exclu.", SAURY Robert, *L'éthique médicale dans sa formulation juridique*, précité, p.85. cf. "Sur le point du diagnostic prénatal. Nous estimons que ce doit n'être qu'un diagnostic uniquement préventif et nous condamnons toute forme d'eugénisme." BIOULAC Bernard Pr., (député P.S.), in *Impact médecin hebdo*, n°164, 16 oct. 1992, p.33. Au sujet des projets de loi sur l'éthique.

[2] Parmi lesquelles aujourd'hui, la myopathie de Duchène, la mucovicidose, la trisomie 21, l'hémoglobinopathie, etc...

[3] "Admettre l'avortement, c'est ouvrir la porte à l'euthanasie prochaine ... celle du vieillard, de l'handicapé physique, qui tardent à mourir et sont une charge insupportable et coûtent de l'argent. (...) l'avortement demeure moralement un assassinat, même lorsque la loi l'autorise.", MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°2099, p.1705.

[4] TRIGEAUD Jean-Marc, *Personne humaine et droit*, Arch.phil.droit 1991, *Droit et science*, p.231.

A) La suppression de l'incrimination générale de l'avortement

Le nouveau Code pénal n'utilise plus le terme d'avortement, mais il n'a pas pour autant décriminalisé tous les faits d'avortements. Il a remplacé l'incrimination de l'article 317 du Code pénal par un ensemble de dispositions spéciales (1°), cette innovation aura pour effet de créer une nouvelle notion : les interruptions de grossesses illégales, dont certaines seront non sanctionnables pénalement (2°).

1°) Le remplacement de l'incrimination générale de l'avortement par des infractions spéciales

Si le nouveau Code pénal n'utilise plus le terme d'avortement, il ne s'agit pas uniquement d'une réforme terminologique car c'est le fait d'avortement qui disparaît du champ du droit pénal. L'incrimination unitaire des atteintes au fœtus n'existe plus.

Il ne peut donc plus y avoir de base légale à d'éventuelles poursuites pour des faits d'avortement. "*Nullum crimen, nulla poena, sine lege.*"

Il n'y a pas lieu de revenir longuement sur les fondements doctrinaux, voire idéologique de cette réforme. Il apparaît que les lois du 17 janvier 1975 et du 31 décembre 1979 n'avaient pas fait taire toutes les critiques dirigées contre le principe même d'une incrimination de l'avortement. Ces critiques pourraient pourtant aisément conduire à remettre en cause les fondements de toute infraction pénale ! "*Les raisons d'abolir le crime (sic) d'avortement peuvent être reproduites, sans modification notable, à propos de nombres d'infractions qui garnissent notre catalogue pénal. Ces raisons, en effet, peuvent être ramenées au triple constat du caractère aléatoire, dispendieux et inégalitaire de l'intervention pénale, caractères que cette intervention revêt en vérité en toute circonstance.*" [1]

Il faut toutefois préciser que toute référence à l'avortement n'a pas disparu de la loi pénale car le nouveau Code pénal contient une section intitulée "de l'interruption illégale de grossesse." [2] Le texte crée un certain nombre d'infractions spécifiques qui visent à punir le non-respect des dispositions contenues dans les lois de 1975 et 1979 qui font partie intégrante du Code de la santé publique, lequel n'a pas été modifié.

Les règles définies par ces lois, étudiées ci-dessus, accèdent à une valeur juridique supérieure pour la raison qu'elles constituent le droit de référence des atteintes licites à l'intégrité du fœtus. Elles étaient auparavant des règles d'exception par rapport au principe d'illicéité affirmé par l'article 317 du Code pénal. Elles sont aujourd'hui le principe.

Aucune interruption de grossesse n'est une infraction pénale sauf lorsque l'on pourra démontrer qu'elle a été effectuée "*sans le consentement de l'intéressée*" [3], ou "*après l'expiration du délai*" [4], ou "*par une personne n'ayant pas la qualité de médecin*" [5] ou "*dans un lieu non habilité*". [6] Le principe est l'impunité, l'exception est la répression. Tout avortement est désormais présumé licite. Seule la preuve du non-respect de quelques-unes des conditions légales pourra entraîner le prononcé de sanctions pénales, par ailleurs plus douces que dans la législation antérieure. [7]

---

[1] DAYEZ Bruno, *L'avortement et la raison pénale*, R.I.E.J. 1990.24, p.76.

[2] N.C.pén., Livre II, Titre II, chapitre III, section 5, art.223-10 à 223-12. La filiation spirituelle avec le projet de nouveau Code pénal de 1986, dit projet Badinter est frappante puisque les deux articles principaux de cette section sont identiques dans le projet de 1986 et dans la loi du 22 juillet 1992. cf. "Projet de nouveau Code pénal", Dalloz 1988, pp.116-117.

[3] Art.223-10, N.C.Pén.

[4] Art.223-11, N.C.pén., 1°.

[5] Art.223-11, N.C.pén., 2°.

[6] Art.223-11, N.C.pén., 3°.

[7] "Les dispositions du nouveau Code pénal relatives à l'interruption de la grossesse (...) atténuent ensuite la répression de l'interruption volontaire de grossesse pratiquée sans respecter l'une des trois conditions de fond imposées par la loi Veil. (...) Les peines d'emprisonnement sont, en effet, ramenées de 5 à 2 ans et de 10 à 5 ans lorsque l'infraction est commise de façon habituelle.",

2°) Une nouvelle notion : les interruptions de grossesse illégales, non sanctionnables pénalement

Faut-il considérer que l'incrimination de l'avortement sera bouleversée par l'application du nouveau Code pénal ou, au contraire, que le législateur n'a effectué qu'un dépoussiérage d'actualisation des textes ?

La technique rédactionnelle montre un choix de politique criminelle qui est une révolution. En lieu et place d'une prohibition générale de l'avortement ne figure plus aujourd'hui que quelques infractions liées à la mauvaise application des textes organisant l'I.V.G. L'interdiction de l'avortement est passée du rang de principe au rang de l'exception.

Le mécanisme juridique n'est pas celui des pénalités par renvoi, puisque le nouveau Code pénal expose lui-même les éléments constitutifs des infractions "d'interruption illégale de grossesse". Mais il s'agit néanmoins d'un bouleversement de l'approche pénaliste des faits d'avortement en raison d'une sorte de renversement de la charge de la preuve.

Dans le Code pénal actuel, tout avortement est punissable selon l'art. 317, sauf quand un médecin peut démontrer qu'il bénéficie de la permission de la loi. [1] Dans le nouveau Code pénal, l'interruption de grossesse n'est punissable, que si elle contrevient aux conditions de consentement, de délai, de diplôme et de lieu, exigées par la législation sur l'interruption "légale" de grossesse.

Il faut donc en déduire que les conditions de forme imposées par la loi Veil ne sont assorties d'aucune sanction pénale (sauf textes spéciaux précités) et que la violation de la procédure des consultations préalables pour l'I.V.G. et de la double constatation pour l'avortement thérapeutique ne tombera plus sous le coup de la loi pénale.

Il pourra donc y avoir des avortements illégaux mais impunissables par défaut de base légale de répression.

Il faut donc écarter du droit contemporain le raisonnement en terme de justification. Puisqu'il n'y a plus un principe d'incrimination mais une présomption de licéité des faits d'avortement. Le respect des conditions de l'I.V.G. et de l'I.T.G. n'est plus la condition exclusive pour échapper à la répression mais la procédure d'accession normale à un acte médical quasi-ordinaire.

Il subsiste néanmoins un droit pénal protecteur de l'être humain avant sa naissance, puisque la plupart des violations des conditions de licéité des interruptions de grossesse peuvent faire l'objet de sanctions pénales. Le fœtus n'est pas totalement dépourvu de la protection du droit pénal. Mais il est néanmoins incontestable qu'en terme de "valeur protégée", l'être humain avant sa naissance voit faiblir la protection pénale de son intangibilité.

Cette tendance a eu pour corollaire la confirmation de l'autonomie de la femme enceinte.

B) La confirmation de l'autonomie de la femme enceinte

La femme enceinte avait déjà vu son "autonomie" fortement garantie par la délégation sociale qui lui était confié par les lois de 1975 et 1979, en matière d'I.V.G. La femme enceinte était déjà devenue le seul juge de l'état de détresse qui permettait le recours à un avortement exceptionnellement licite : l'I.V.G. Cette autonomie est confirmée et renforcée par la protection du consentement et la non-répression de l'auto-avortement (1°) et la création de l'infraction d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse (2°).

DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, *Présentation des dispositions du nouveau Code pénal*, J.C.P. 1992-I-3615, n°144, p.428.

[1] L. 17 janv. 1975 et L. 31 déc. 1979.

1°) La protection du consentement et la non-répression de l'auto-avortement

Une des innovations du nouveau Code pénal en matière d'atteinte à la vie du fœtus consiste a avoir incriminé spécialement : "*l'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée*". [1] Afin de souligner le rôle fondamental que joue la volonté de la femme enceinte dans le domaine du droit pénal de l'avortement, le législateur a réservé l'incrimination la plus sévère (5 ans d'emprisonnement) à la protection du consentement de cette femme. La violation des autres conditions de la licéité de l'avortement entraîne une sanction moins sévère (2 ans d'emprisonnement). [2]

Il s'agit d'une reconnaissance officielle de la hiérarchie des valeurs protégées par le droit pénal. Le respect de la volonté de la femme enceinte est aujourd'hui une valeur supérieure au fait, par exemple, de pratiquer une I.V.G. après le délai légal de dix semaines.

Il faut en déduire que le consentement de la femme est une valeur sociale supérieure à la vie du fœtus. C'est ce qui devait inciter le législateur à revenir sur l'incrimination de l'auto-avortement.

L'auto-avortement était initialement réprimé à l'alinéa 1 de l'article 223-12 du nouveau Code pénal : "*La femme qui pratique l'interruption de grossesse sur elle même est punie de deux mois d'emprisonnement et de 25 000 F d'amende*". [3] Cette incrimination avait été l'objet de vives discussions entre Parlementaires : "*résultant d'un compromis intervenu, après beaucoup de difficultés, entre le Sénat qui souhaitait conserver l'incrimination de l'auto-avortement, et l'Assemblée nationale, qui comme le Gouvernement, souhaitait la supprimer.*" [4]

L'incrimination a été abrogée quelques mois plus tard dans l'indifférence générale. [5] L'article 223-12 du nouveau Code pénal ne contient plus qu'un alinéa unique (ancien alinéa 3), qui punit la fourniture de moyens d'auto-avortement. "*Le fait de fournir à la femme les moyens matériels de pratiquer une interruption de grossesse sur elle-même est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende. Ces peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 F d'amende si l'infraction est commise de manière habituelle.*" Tout professionnel de la santé peut, à l'évidence, se rendre coupable de cette infraction.

Or, la suppression de l'infraction d'auto-avortement est très importante car elle illustre le fait que la femme enceinte peut pratiquer ou tenter de pratiquer une interruption de grossesse totalement contraire aux règles légales sans encourir de sanction pénale.

Le femme enceinte peut violer la loi sans être délinquante, ce qui est un nouvel exemple d'avortement illicite mais non pénalement sanctionnable.

2°) La création du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse

La loi du 27 janvier 1993 a d'autre part créé une nouvelle infraction, le délit "d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse". "*Sera puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 2000 F à 30 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher une interruption volontaire de grossesse (...) soit en perturbant l'accès aux établissements (...) ou la libre circulation des personnes à l'intérieur de ces établissements ; soit en*

---

[1] Art.223-10, N.C.Pén.

[2] Art.223-11, N.C.pén.

[3] Loi n°92-683 du 22 juillet 1992, l'auto-avortement était déjà punissable dans le Code pénal : "Sera punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 360 F à 20 000 F la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou aura tenté de se le procurer, ou qui aura consenti à faire usage de moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet.", art.317 al.3 C.pén. (peines moins sévères que celles applicables au tiers-avorteur 1 à 5 ans d'emprisonnement, 18000 F à 100 000 d'amende).

[4] DESPORTES Frédéric et Le GUNEHEC Francis, *Présentation des dispositions du nouveau Code pénal*, J.C.P. 1992-I-3615, n°144, p.428.

[5] Loi n°93-121 du 27 janvier 1993, portant diverses mesures d'ordre social, art.38 qui abroge les deux premiers alinéas de l'article 223-12 N.C.pén., J.O. 30 janv. 1993, p.1580.

exerçant des menaces ou tout acte d'intimidation à l'encontre des personnels médicaux et non médicaux travaillant dans ces établissements ou des femmes venues y subir une interruption volontaire de grossesse." [1]

Cette infraction vise à réprimer les actions violentes des représentants des groupements anti-avortement qui ont tendance à reproduire en France des actions "commandos" courantes aux Etats-Unis, consistant, par exemple, à s'enchaîner dans les salles de soins, à déstériliser le matériel ou à montrer aux femmes enceintes en attente d'I.V.G. des photos d'avortement et des bocaux contenant des embryons.

En terme de "valeurs pénalement protégées", ce nouveau texte montre la volonté du législateur de mettre sur un même plan la violation d'une des conditions de l'I.V.G. licite (autre que l'exigence du consentement) et l'entrave à la pratique de l'I.V.G. Il constitue le début d'une reconnaissance d'un droit à l'I.V.G. [2]

Conclusion du Chapitre 1

Le droit pénal ne considère pas l'œuf humain fécondé comme une personne humaine qui peut bénéficier de la protection pénale spécifique aux êtres humains nés, vivants et viables. Il n'abandonne pourtant pas néanmoins le fœtus au rang des choses et adopte un ensemble de dispositions répressives cohérentes pour lui assurer une protection spécifique en fonction de son développement. Cette protection est compatible avec le concept de personne humaine potentielle. Le principe premier était le respect de la vie et le droit pénal protégeait le fœtus contre toute atteinte à sa vie. L'exception était la permission de la loi qui autorisait les médecins, dans certains cas précis, à éliminer l'œuf humain fécondé. Le nouveau Code pénal a bouleversé cet ordonnancement. Le fœtus n'est plus protégé contre toute atteinte à sa vie, mais seulement contre les atteintes à sa vie contraires aux conditions de fond de la loi "Veil". La protection pénale était le principe : elle est devenue l'exception.

La loi a permis que la décision de mise à mort repose entièrement, pendant les dix premières semaines de gestation, sur la volonté de la mère, sans que quiconque puisse contrôler la réalité de l'état de détresse qu'elle invoque à l'appui de sa demande d'acte médical d'avortement. La protection pénale de la vie de l'embryon de moins de dix semaines existe [3], mais elle s'incline devant la demande de la femme enceinte en vue de l'avortement médicalisé.

Après dix semaines, la loi ne permet plus que l'avortement "thérapeutique" et l'avortement "eugénique". Ce qui signifie qu'en plus de la volonté libre et éclairée de la mère, il faut une décision médicale pour pouvoir licitement procéder à cet acte médical d'avortement. *"Ceci ne saurait signifier que l'embryon de plus de dix semaines est une personne. Au delà de dix semaines, c'est le droit de la mère qui est restreint. L'embryon devient en quelque sorte une «pars mulieris privilégiée» puisque la mère ne peut plus en disposer. Mais c'est tout. On ne peut tirer d'autre*

---

1 Nouvel art.L.162-15 C.S.P., L. 27 janv. 1993, art.37.

2 Cf. HEERS Mireille, *Existe-t-il un droit à l'avortement ?*, R.T.D.soc. 1991, p.72.

3 Aussi est-il abusif de déclarer : "A tort ou à raison, le Droit refuse de faire du fœtus, dont la durée de gestation est inférieure à dix semaines, non seulement un sujet de droit mais également une «chose» protégée par le Droit ; ce n'est qu'au-delà de la dixième semaine de gestation que l'on se décide à lui accorder protection.", et de renchérir : "lorsque la gestation est inférieure à dix semaines l'embryon est ignoré du Droit pénal ; au delà de dix semaines, le «fœtus» devient «objet» de protection ; lorsque la gestation permet d'arriver au seuil de la viabilité la protection du Droit pénal s'intensifie" Seule la conclusion nous agrée : "Ce n'est que lorsque le fœtus désormais vivant deviendra certainement viable que le Droit pénal le considérera officiellement comme sujet de Droit." cf SALVAGE Philippe, *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, précité, p.730 et p.749. Encore l'auteur oublie-t-il selon nous d'insister sur le cap essentiel de la naissance. cf. également "La dixième semaine de la grossesse qui fait passer l'embryon du stade d'une chose objet de droit à celui d'un sujet de droit bénéficiant d'un début de protection.", LOUVEL Bertrand, *Les données juridiques actuelles de la vie humaine jusqu'à la naissance*, précité p.7.

conclusion, en l'état du droit positif." [1] Il reste néanmoins à la femme la possibilité d'un auto-avortement, devenu impunissable.

L'avortement thérapeutique est un acte médical atypique pour lequel le législateur a prévu des conditions strictes de preuve de l'indication médicale et du consentement de la femme. La référence tacite de la loi à la notion d'état de nécessité montre que la société française a choisi de présumer la vie de la personne potentielle qu'est le fœtus comme moins importante que la santé de la personne réelle qu'est la femme enceinte. [2]

L'avortement eugénique est un nouvel ordre d'acte médical puisqu'il intervient à l'encontre des principes originaires de défense de la vie et de lutte pour la préservation de la santé. La loi permet d'éliminer au stade de personne potentielle des êtres humains vivants dont l'état actuel de la science laisse penser qu'ils ne deviendront pas des personnes réelles conformes à un niveau arbitraire de normalité anatomique et mentale.

La loi permet un acte médical gravissime pour raison d'incurabilité ! Ce qui est contraire aux principes de justification ordinaire de l'activité médicale. L'avortement (I.V.G. ou I.T.G.) consiste à tuer un être vivant. C'est un acte qui concerne deux êtres vivants : le fœtus et la femme enceinte. Il repose parfois sur la référence à un modèle de normalité.

Si la permission légale de l'I.V.G. avant dix semaines peut s'expliquer par une reconnaissance grandissante des pouvoirs de l'individu sur son corps et un choix de société d'augmenter, voire de créer l'autonomie du consentement de la victime vis-à-vis de sa santé au sens le plus large ; si l'avortement thérapeutique peut se justifier par une référence à la mission médicale traditionnelle, guérir et/ou soulager, on comprend moins la permission de l'avortement eugénique.

Autant l'eugénisme positif et l'eugénisme préventif peuvent s'apparenter à la démarche médicale de préservation de la qualité de l'espèce humaine, autant l'eugénisme d'élimination nous heurte, ne serait-ce que parce qu'il va dans le sens contraire de l'histoire de la France qui, sur le plan pénal, préfère tenter l'impossible pour soigner et refuse le désespoir, individuel et collectif, que signifie l'élimination.[3]

Il est un domaine où la médecine interpelle déjà la société, c'est celui de la thérapeutique "prénatale" ou "anténatale". Depuis 1960 environ, les développements des techniques diagnostiques (spécialement l'échographie et la ponction amniotique) permet de mieux connaître le fœtus et ses éventuelles malformations. [4] L'utilité médicale des informations ainsi recueillies s'est longtemps limitée à pouvoir proposer à la femme enceinte un avortement thérapeutique en cas d'incurabilité de l'embryon. Mais aujourd'hui, certains praticiens se lancent dans des tentatives de thérapie in utero ou in utero «ouverte» [5], pour essayer de corriger des affections congénitales. Ces opérations donnent matière à un fort battage médiatique. [6]

D'un premier abord, il y a tout lieu de se réjouir de telles innovations thérapeutiques qui permettent de donner un espoir de survie à des fœtus jadis condamnés par la nature. Mais il faut envisager les répercussions que de telles pratiques peuvent avoir sur l'état du droit. Car, si le fœtus devient un sujet de l'activité médicale, certains principes juridiques seront bouleversés.

---

[1] LABBEE Xavier, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, précité, p.159.

[2] Sur la question de la continuation de la gestation dans le corps d'une femme décédée cf. infra conclusion générale.

[3] La mort que l'on n'inflige plus aux délinquants les plus dangereux, que l'on accorde pas à ceux qui la souhaitent sincèrement, est imposée à des personnes potentielles au nom de leur a-normalité temporaire et forcément relative...

[4] BOUE André, *La médecine du fœtus*, in *Ethique et pédiatrie*, C.C.N.E., La documentation française 1992, p.45 et s.

[5] FRYDMAN René, VIAL Michèle et VILLE Yves, *Médecine fœtale et diagnostic anténatal*, P.U.F. Que-sais-je ?, n°2740, 1993, pp.104-107.

[6] NOUCHI Franck, *Atteint de hernie diaphragmatique un fœtus a été opéré «in utero»*, Le Monde 27 mars 1992, p.11 ; *Un fœtus a été opéré «in utero» d'une sténose congénitale de l'aorte*, Le Monde 3 sept. 1993, p.11.

Les réformes législatives récentes (spécialement le nouveau Code pénal) ont déjà fortement modifié le droit positif. Jusqu'alors on pouvait distinguer trois situations différentes pour l'être humain : la gestation, la vie, la mort. A ces trois phases correspondaient trois niveaux de protection pénale, prohibition de l'avortement, intangibilité du corps de la personne, inviolabilité des sépultures. Aujourd'hui, l'avortement est presque totalement dépénalisé, les dérogations à l'intangibilité se sont multipliées, mais la protection de l'intégrité du cadavre c'est elle renforcée.

Les possibilités nouvelles de soigner médicalement le fœtus peuvent entraîner deux catégories d'évolution, d'une part, vers la reconnaissance d'un statut juridique pour l'être humain non encore né - la personne humaine potentielle -, d'autre part, vers la création de règles contraignantes pour certaines femmes enceintes.

La quasi-suppression de l'incrimination de l'avortement a ôté au fœtus la seule protection juridique dont il bénéficiait. Ce qui signifie que l'on peut affirmer encore plus nettement qu'hier que la protection pénale de l'être humain commence seulement à la naissance. "*Il n'existe ni limite d'âge inférieure ni seuils intermédiaires (...), tous les mineurs sans distinction sont protégés dès leur naissance. Mais la protection ne commence pas avant la naissance, l'enfant ne doit pas être simplement conçu car la maxime «infans conceptus...» ne peut recevoir application que si finalement l'enfant est né vivant et viable.*" [1]

Or l'entrée du fœtus dans la catégorie des sujets de soins nécessite une définition de la protection que lui accorde le droit, parce que ces gestes médicaux créent des risques. [2] L'absence de statut spécifique, risque de favoriser les arguments des partisans de l'attribution de la personnalité juridique dès la conception. [3] Si le législateur ne définit pas prochainement une protection pénale spécifique de l'intégrité corporelle du fœtus, il est à craindre que resurgisse l'invocation d'une assimilation à la personne, telle qu'elle a été parfois en matière de non assistance à personne en danger. [4]

La seconde orientation juridique probable concernera l'augmentation des contraintes pour certaines femmes enceintes.

Dans ce domaine, comme en matière de prélèvement d'organes, l'évolution des pratiques sur le cadavre préfigure sans doute l'avenir des pratiques sur la personne vivante. L'intérêt du fœtus justifie depuis longtemps que l'on porte atteinte au cadavre de la femme enceinte pour délivrer le foetus vivant en son sein. Ce furent les premières césariennes, parfois inspirées par des considérations religieuses. [5] Les progrès des techniques de réanimation amène aujourd'hui les médecins à entretenir

---

[1] GEBLER Marie-Josèphe, *Autorité parentale*, J.-Cl. civil, art.371 à 387, Fasc.20, 1988, n°14.

[2] Ainsi, lorsqu'un "geste chirurgical in utero peut être proposé (...) les techniques de dérivation peuvent être dangereuses pour l'enfant et sont responsables de prématurité et de mort fœtale. Si, à l'avenir, une chirurgie in utero, à utérus ouvert, était proposé pour certaines malformations, le problème éthique serait encore beaucoup plus complexe. Aux bénéfices attendus devraient être confrontés le risque de faire naître un handicapé auquel s'ajouterait le risque maternel d'une anesthésie et d'une incision du corps de l'utérus avec la menace d'une rupture utérine éventuelle lors d'une grossesse ultérieure.", HENRION Roger, *Problèmes éthiques posés par la découverte d'une malformation fœtale en cours de grossesse*, in *Ethique et pédiatrie*, C.C.N.E., La documentation française 1992, pp.56-57.

[3] Cf. supra l'avortement et notamment les arguments de Madame Boutin, p.281 et s.

[4] "Peut-on alors soutenir qu'il n'y ait pas personne en péril, alors que seule l'intervention peut permettre à l'enfant de vivre, l'abstention conduisant à la mort certaine ? Le péril étant indiscutable, la subtilité de l'interprète se réfugiera alors dans l'analyse de la notion de personne. On peut, en effet, faire valoir que la loi, par ce mot, ne vise que les êtres déjà venu au monde , les seuls que l'on puisse qualifier de personnes, sans étendre le texte au delà de ses limites, effort que les principes de notre droit pénal, de stricte interprétation, ne sauraient admettre.", LARGUIER Jean, *notes pratiques*, R.S.C.1953, pp.155-156.

[5] Cf: Le cas d'une césarienne pratiquée sur une morte par le Vicaire de la paroisse d'Olliergues dans le but d'administrer le sacrement de baptême au fœtus qui avait, par ailleurs, cessé de vivre. La Cour d'appel de Riom relaxa l'abbé GIEBERKAS en précisant d'une part qu'il n'y avait pas eu outrage envers la dépouille de la mère et, d'autre part, qu'aucun apprêt funéraire n'avait eu lieu Cass.crim.20 juin 1896, S.1897-1-105 Ce comportement rappelle celui de Guy DESNOYERS, connu sous l'appellation de curé d'Uruffe, condamné au travaux forcé à perpétuité le 26 janvier 1958 par la Cour d'assises de Meurthe-et-Moselle, pour l'assassinat de sa maîtresse, enceinte de ses œuvres, ayant extrait l'enfant, immédiatement après son crime, pour le baptiser.

artificiellement la vie de certaines femmes enceintes dans le seul intérêt de prolonger la gestation. [1] *"Alors qu'elle était enceinte, Marion P., une jeune femme de dix-huit ans maintenue artificiellement en vie pour que la grossesse puisse être menée à son terme, a spontanément avorté (...) Dans un éditorial, mardi, la Süddeutsche Zeitung se félicitait que la mort spontanée du «bébé d'Erlangen» ait mis un terme à la «folie de l'acharnement des hommes»."* [2] *"Une équipe de médecins californiens a réussi à faire naître le bébé d'une femme enceinte, cent quatre jours après avoir déclarée cette femme cliniquement morte."* [3]

La mise en œuvre de ces techniques n'a fait l'objet d'aucune réflexion juridique ou éthique préalable et générale. Nul ne peut connaître aujourd'hui le retentissement d'une telle gestation sur le devenir physique et surtout psychique de l'enfant. Alors que l'on sait que chez la femme vivante : *"les affections maternelles risquent de retentir sur le fœtus (...). Les relations symbiotiques ne sont pas uniquement organiques, il existe un échange relationnel entre les deux qui n'est pas mesurable."* [4]

L'évolution du droit s'orientera plus certainement vers des contraintes pour la femme enceinte vivante. Il apparaît, en effet, que l'amélioration des techniques diagnostiques et thérapeutiques pour la santé du fœtus peut s'accompagner de la création d'obligations juridique à son égard. C'est en tous cas le sens de l'évolution du droit américain. *"Il y a eu, ces dernières années aux Etats-Unis, un accroissement constant du nombre de cas où les médecins ont cherché l'appui des cours de justice pour forcer les femmes enceintes à subir des interventions médicales et chirurgicales. Kolder et al. rapportent d'une manière très précise l'étendue et les circonstances de quinze arrêts de justice ordonnant à des femmes enceintes de subir un accouchement prématuré par césarienne dans le but de protéger la vie du fœtus. Plus anciennement, par deux fois, on a imposé une transfusion de sang à des malades, Témoins de Jehovah. Les juges ont estimé que, dans certaines circonstances, les droits du fœtus au traitement et à la vie peuvent supplanter ceux de la mère à l'autonomie et à l'intégrité corporelle, voire les droits de la religion. On peut sans peine prédire que lorsque le traitement in utero deviendra moins expérimental et sera de pratique courante, les droits et revendications du fœtus apparaîtront plus puissants. (...) En mandatant un traitement fœtal via une mère non consentante, les cours de justice des Etats-Unis ont démontré une volonté croissante de percevoir la femme enceinte comme un «simple récipient contenant le fœtus»."* [5]

Bien qu'une telle dérive ne soit pas à craindre pour l'instant, il est important de réfléchir aux conséquences sociologiques et juridiques des pratiques médicales nouvelles telles que la médecine anténatale.

L'évolution du droit français montre un éloignement incontestable par rapport à la mission initiale du médecin : l'amélioration de la santé personnelle d'autrui. Cette tendance s'accentue encore par le développement contemporain de l'utilisation médicale des corps.

---

1 Sur l'affirmation que la fonction de gestation est conservée en état de mort cérébrale, cf. De GOUSTINE Patrick, *La détermination de la mort en droit positif*, R.T.D.Soc. 1990, p.605, note 25. Les médecins pensent aujourd'hui que la mort cérébrale n'est pas compatible avec la gestation, seul l'état végétatif pourrait l'être.

2 A.F.P., Le Monde, 18 nov. 1992, p.9.

3 Nau Jean-Yves, Le Monde, 6 août 1993, p.11.

4 FRYDMAN René, VIAL Michèle et VILLE Yves, *Médecine fœtale et diagnostic anténatal*, précité, p.3.

5 AZIZA SHUSTER Evelyne, *Le traitement "in utero" : les libertés individuelles en question*, in *Ethique médicale et droits de l'homme*, Actes Sud INSERM 1988, p.89.

Chapitre 2 : La permission légale de l'utilisation médicale des corps

Dans l'exercice de sa mission altruiste, le médecin contemporain est amené à exploiter des parties de corps humain pour en faire des moyens thérapeutiques. Or, le principe d'intangibilité interdit que l'on porte atteinte à l'intégrité du corps humain : mort ou vivant. Le développement des greffes d'organes au profit d'un receveur résulte de la permission légale d'attenter au corps d'un donneur sans que cet acte ait, pour lui, une utilité thérapeutique.

Si la mort d'un individu a toujours pu être utile à d'autres [1], ne serait-ce qu'en libérant une fonction, un patrimoine ou un conjoint, l'évolution de la science a su très tôt tirer une utilité médicale de l'exploitation du corps mort de l'homme. La mort peut servir la vie. [2]

L'évolution chronologique tend vers une utilisation médicale du corps. Le médecin s'est initalement vu attribuer la fonction de constatation de la mort, avant de se voir reconnaître le droit de "toucher" au cadavre pour des raisons scientifiques et pédagogiques. Dès lors que la sacralité du corps mort était relativisée, il n'y avait plus d'obstacles moraux à l'utilisation thérapeutique du cadavre. Aussi, lorsque l'état des connaissance permit les premières greffes d'organes prélevés *post mortem*, le législateur intervint pour autoriser expressément les atteintes au cadavre dans le but de transplantation.

La réussite des greffes d'organes post mortem incita les médecins à tenter parfois, en cas de pénurie d'organes, des prélèvements *in vivo*. Ces atteintes à l'intangibilité du corps d'une personne vivante (le donneur) au profit de la santé d'un tiers (le receveur) avaient été précédées de quelques autorisations légales d'utiliser des substances d'origine humaine. L'idée d'employer les ressources du corps d'une personne vivante pour soigner une autre personne se développait incontestablement. Dès lors, il n'est pas surprenant que l'évolution historique de la justification pénale des atteintes au corps humain aboutisse à permettre aujourd'hui l'utilisation du corps d'une personne vivante dans un but scientifique (cf. infra chapitre 3, l'expérimentation).

Il apparaît qu'en matière d'atteinte médicale à l'intégrité du cadavre, le but scientifique a précédé l'utilisation thérapeutique ; alors qu'en ce qui concerne les atteintes au corps vivant, le but thérapeutique a précédé l'utilisation scientifique. Dans tous les cas il s'agit de l'utilisation médicale d'un corps humain, sans intérêt direct pour la santé de la personne.

C'est pourquoi il convient d'analyser d'une part, la permission d'utiliser médicalement le cadavre (section 1), et d'autre part, la permission légale de prélever des organes sur l'individu vivant qui est le premier exemple de justification d'une atteinte à l'intégrité de la personne vivante dans un but curatif : altruiste (section 2).

Section 1 : L'utilisation médicale du cadavre

L'humanité répugne instinctivement à porter la main sur le cadavre, craignant par ce geste d'outrager non seulement le corps du défunt, mais aussi sa mémoire. [3] et aussi de heurter les vivants

---

[1] Jésus donne sa mort pour sauver le monde, analyse prolongée dans ces propos du Pr SAVATIER : "N'est-ce pas simplement supposer qu' «il a aimé son prochain comme lui même» ? car le donneur suit ce grand commandement, en offrant, au salut des hommes, les organes de ce qui fut son corps, avant qu'ils ne redeviennent cendres.", SAVATIER René, *Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains*, Colloque organisé par l'Amicale des Magistrats résistants, 8 mars 1969, J.C.P.1969-I-2247, n°7.

[2] "Hic locus est ubi mors gaudet succurere vitae.", "En ce lieu, la mort se réjouit de venir au secours de la vie.", aphorisme inscrit au fronton de l'amphithéâtre de dissections de l'Université de Bologne, *Guide juridique des prélèvements d'organes*, Assistance publique des hôpitaux de Paris, 1985, Avant propos, p.1.

[3] On pourrait voir dans ce tabou la crainte ancestrale de l'anthropophagie : "A-t-il le droit de prélever un foie, un coeur, un rein, sur un cadavre, pour pratiquer ce (...) cannibalizing», en souvenir du temps où, pendant la guerre, on appelait ainsi l'art de refaire un véhicule neuf avec les pièces détachées de deux véhicules hors d'usage ?", HAMBURGER J., *Progrès de la mèdecine et responsabilité*, in 2ème *Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, T. 1, p.300.

qui étaient affectivement liés à ce mort et qui, plus généralement, sont tous des "cadavres potentiels". Aussi a-t-il fallu de nombreuses années pour que l'esprit humain accepte que l'on utilise une partie d'un corps mort au profit des vivants et "*qu'au prix d'un sacrifice minime de notre sensibilité, chacun de nous, puisse, en mourant, rendre un dernier service.*" [1] Ce sacrifice accepté est de tolérer une atteinte au cadavre dont le respect n'est plus alors absolu.

Du jour où l'on donne au corps mort, en tout ou partie, une utilité directe ou indirecte pour les vivants, on cesse de lui accorder un respect absolu. Le respect absolu consiste à donner une sépulture [2] pour laisser la nature faire son ouvrage [3] et à assurer la protection des sépultures contre les auteurs de faits de vandalisme. Les poursuites engagées contre les auteurs de violation de sépulture expriment la volonté sociale de faire respecter cette valeur, le droit à un dernier asile matériel, le tombeau [4], ce qui doit être distingué de la protection de l'intégrité physique du cadavre. [5]

Pour sa connaissance des phénomènes biologiques, le médecin s'est vu reconnaître une compétence spécifique dans la constatation de la mort puis dans l'utilisation scientifique du cadavre (§1), avant d'être autorisé à prélever des organes sur le cadavre (§2).

---

[1] PEQUIGNOT Henri, *L'autopsie clinique*, C.Laën. déc. 1965.

[2] "La sépulture s'effectue de plusieurs manières ; la plus courante est l'inhumation dans un cimetière conçu selon les dispositions de la loi du 23 prairial an XI, (12 juin 1804), (...). Si le défunt en avait exprimé la volonté, la sépulture peut aussi s'effectuer par incinération, après autorisation du maire. En mer, le mode normal est l'immersion, sauf si le bâtiment dispose d'installation permettant d'attendre la première escale.", DUGAS de la BOISSONNY, *L'état civil*, P.U.F. Que-sais-je ?, n°2335, 1987, p.81. Les trois modes ordinaires de sépulture sont, l'inhumation, l'incinération et, plus rarement, l'immersion. Peut-on dire qu'il y a respect absolu du cadavre en le laissant, plus ou moins promptement, se dégrader au point de finir, en poussière, cendre ou terre ? Pour devenir "ce je ne sais quoi qui n'a de nom dans aucune langue", dont parle BOSSUET.

[3] Pour certains, il est choquant d'imaginer le processus naturel de putréfaction progressive ou de combustion des restes mortels de celui qui fût une personne humaine, alors même que des solutions techniques permettent la conservation des corps. Technique déjà ancienne de l'embaumement ou technique moderne de la congélation, par exemple. La presse avait fait grand cas à la fin des années 1970 de ce professeur de psychologie à l'université de l'Arizona qui avait consacré toute sa fortune à préparer sa congélation. "Quelles que soient les suites de cette affaire ; que nous puissions ou non un jour congeler et dégeler les individus à volonté, cette approche de la mort me paraît très révélatrice. Elle ne repose plus que sur la technique. Par l'embaumement des cadavres ou la congélation des êtres, la civilisation technicienne demande au progrès ce dépassement de la mort qui était traditionnellement demandé à la culture. Hier, on refusait la mort par le sens et le discours, aujourd'hui on la refuse par l'action et les apparences.", De CLOSETS François, *La France et ses mensonges : contre les tabous*, Denoël-médiations, 1978, p.324. Sur le plan pénal, si la congélation porte sur un corps humain vivant on pourra la qualifier de coups et blessures volontaires et/ou de mutilation, (art.309 et 310 du Code pénal), voire de meurtre ou tentative si elle a pour but et pour effet de tuer, (art.295 C.pén.). Pratiquée sur un cadavre, avant toute sépulture, elle ne tombe sous le coup d'aucun texte d'incrimination.

[4] Les poursuites fondées sur les atteintes à la mémoire des morts, montrent un droit à une intégrité morale, même après le décès. C'est la continuation de la personne du défunt qui est protégée par la loi et non, uniquement, sa mémoire. L.29 juill. 1881, article 34, (L.29 sept. 1919), "Les articles 31, 32 et 33 ne seront applicables aux diffamations ou injures dirigées contre la mémoire des morts que dans les cas où les auteurs de ces diffamations auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels, vivants."

[5] "Après le décès, l'intégrité physique du corps humain n'est pas protégée de la même manière que s'il s'agissait d'une personne vivante. L'élément matériel des infractions d'homicide ou de coups et blessures a disparu. Le cadavre n'est pas une personne. S'il doit être protégé, c'est seulement par respect pour l'esprit qui l'a animé et qui avait, sur le destin de l'homme après sa mort, des croyances impliquant une certaine attitude envers sa dépouille, ou encore par respect pour tous ceux qui aimaient la personne disparue, et dont l'affection demeure attachée à ses restes. Mais la société n'est pas aussi intéressée à la protection des cadavres qu'à la protection de la vie et de l'intégrité physique des personnes.", SAVATIER Jean, *Les prélèvements d'organes après décès*, in *Problèmes juridiques, médicaux et sociaux de la mort*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas 1979, p.30.

§1) La mort et la science du médecin

Le fondement de la fonction du médecin est de lutter contre la mort et son cortège de phénomènes précurseurs. C'est pourquoi il est parfois tenté de s'acharner à repousser les limites de la vie. La découverte d'un intérêt scientifique puis thérapeutique du cadavre modifie cette logique. Pour savoir ou pour soigner, le mort est devenu utile aux vivants. Le médecin peut être parfois attiré par la mort, au risque d'anticiper sur la mort d'un patient pour sauver un autre patient. [1] La difficulté provient du problème de définition de la mort. [2]

Le médecin a initialement apporté ses compétences scientifiques au service de la constatation du fait de mort, ce qui a fait de lui une sorte de "juge" de la mort (A), avant d'obtenir progressivement la permission de porter atteinte au cadavre dans l'intérêt de la science (B).

A) Le médecin comme "juge" de la mort

L'Etat de droit s'est doté de règles juridiques très variées destinées à encadrer la société des hommes en insistant sur les droits, obligations et devoirs de chacun dès sa naissance et pendant toute la durée de sa vie. Mais il n'a pas estimé nécessaire de définir les notions de vie et de mort et encore moins de donner une frontière précise : un critère scientifique de la mort..[3] Est-ce parce que : "*le soleil ni la mort ne se peuvent regarder fixement*" ? [4]

L'implication du corps médical dans la réalité du fait de la mort explique que les médecins soient mandatés par la société pour être les autorités scientifiques compétentes pour constater le fait de la mort (1°). Le critère scientifique actuellement utilisé est celui de la mort du cerveau (2°). Il convient d'étudier l'impact de ce critère en droit pénal (3°).

1°) Le rôle du médecin dans le constat de la mort : le certificat médical de décès

La mort survient aujourd'hui, dans l'immense majorité des cas, dans un local médical ce qui est la rançon de l'efficacité de la médecine.[5] L'hôpital est le lieu où l'on peut appliquer les traitements de réanimation les plus efficaces, mais aussi les plus lourds, sur le plan technique. L'hôpital est, par ailleurs, un lieu d'accomplissement des soins palliatifs qui, par définition, concernent des personnes en fin de vie. [6] Certains auteurs, enfin, n'hésitent pas à affirmer ou à sous-entendre que devant le refus de l'homme moderne, médecin, membre de la famille, ami,

---

[1] Ce dilemme moral peut être complété par une menace juridique : "dans les service de réanimation où se posent essentiellement les problèmes de prélèvements d'organes après décès, les médecins peuvent donc être soumis à la double et contradictoire pression de ceux qui refusent à considérer comme mort un organisme dont on entretient artificiellement les fonctions de respiration, de circulation sanguine et de nutrition, et de ceux qui leur reprochent de voler à leurs patients leur mort naturelle en prolongeant inutilement leur agonie par des moyens extraordinaires ou artificiels dans des situations sans espoir. Dans cette position inconfortable, ils souhaitent pouvoir s'appuyer sur des règles de droit, et y trouver une définition juridique de la mort.", SAVATIER Jean, *Les prélèvements d'organes après décès*, in *Problèmes juridiques, médicaux et sociaux de la mort*, précité, p.32.

[2] "Ceux qui ont le mieux parlé de la mort sont morts.", RENARD Jules, *Journal 1887-1910*, 9 août 1900, Gallimard-Pléiade, 1965, p.596.

[3] Certains notent à cet égard la précision et la profusion des textes relatifs à la déclaration de naissance et la rareté des textes relatifs au décès. RAYMONDIS L.M., *Problèmes juridiques d'une définition de la mort, à propos des greffes d'organes*, R.T.D.civ. 1969, p.29 et particulièrement p.30.

[4] La ROCHEFOUCAULD, *Réflexions ou sentences et maximes morales*, 1664, XXVI, Livre de poche 1991, p.80.

[5] "Quelle différence entre la mort de l'ancien temps et celle d'aujourd'hui ! Désormais le décès est désocialisé. Dans trois cas sur quatre, il se produit à l'hôpital ou à l'hospice, à l'écart de la vie quotidienne. Le mourant sait à peine ce qui lui arrive car chacun lui joue la tragédie du mensonge. Sitôt le décès constaté, on s'empresse d'escamoter le cadavre, aussi discrètement que possible en le portant à la morgue.", De CLOSETS François, *La France et ses mensonges : contre les tabous*, précité, p.309.

[6] "la mort à l'hôpital est une conséquence à la fois du progrès des techniques médicales d'adoucissement de la peine, et de l'impossibilité matérielle, dans l'état des règlements, de les appliquer à la maison.", ARIES Philippe, *L'homme devant la mort*, T. 2 : *La mort ensauvagée*, chap.12 : *Le triomphe de la médicalisation*, p.294.

d'accompagner la mort d'autrui, l'hôpital est le lieu idéal de transfert des mourants, dans une sorte d'exil du deuil. [1]

En raison de cette proximité et de ses compétences, le médecin est devenu le délégué de la société pour constater quotidiennement la mort (a) avec quelques particularités en cas de perspective de prélèvement d'organe (b).

a) Le constat du décès : une compétence médicale

La procédure de constatation du décès repose aujourd'hui essentiellement sur la notion de constat par un médecin, ce qui n'a pas toujours été le cas. C'est, en effet, l'officier d'état-civil qui est l'autorité désignée par le Code civil comme responsable de l'enregistrement officiel de la mort. [2] Habilité à recueillir les déclarations de décès, il devait, selon la rédaction du Code de 1804, constater lui-même la réalité du décès. [3] Or, la pratique, depuis plus de 100 ans [4] a consisté à procéder à la rédaction des actes concernant le décès au vu de documents établis par les médecins. Aussi, un décret du 28 mars 1960 mit fin à la compétence exclusive de l'officier d'état civil.

C'est toujours à l'officier de l'état civil que revient la mission de constater juridiquement le décès en dressant un acte de décès, après avoir recueilli les déclarations de décès. Mais il ne peut procéder à cette constatation qu'au vu d'un certificat de décès rédigé par un médecin. [5] L'officier d'état civil rédigera alors un permis d'inhumer, acte indispensable pour pouvoir procéder licitement à une inhumation, tant civile que religieuse. Le non-respect de ces dispositions est assorti de sanctions pénales. [6]

Le médecin est devenu l'incontournable expert qui est chargé par la société de donner un avis technique sur l'état du corps. [7] Il a le pouvoir de déclarer que telle personne est décédée, mais ce certificat n'a fait que remplacer l'incertitude de la réglementation précédente qui ne donnait aucun guide à l'officier d'état civil, alors même qu'il lui était impossible matériellement de constater personnellement le décès.

---

[1] ZIEGLER Jean, *Les vivants et la mort*, Points-Seuil 1978, *Mourir à la maison, mourir à l'hôpital*, pp.140-141, ARIES Philippe, *L'homme devant la mort*, précité, pp.293-303.

[2] "L'acte de décès sera dressé par l'officier de l'état civil de la commune où le décès a eu lieu, sur la déclaration d'un parent du défunt ou sur celle d'une personne possédant sur son état civil les renseignements les plus exacts et les plus complets qu'il sera possible.", C.civ., art 80, L. 7 févr. 1924. "L'état civil constate un fait ou un acte juridique, mais n'a pas à en relater les circonstances ; ainsi ne sont jamais indiquées les causes de la mort (accident, suicide, maladie, exécution capitale).", DUGAS de la BOISSONNY Christian, *L'état-civil*, précité, p.63.

[3] Art.77 C.civ., abrogé par décret n°60-285, du 28 mars 1960, art.1er.

[4] "L'évolution à partir des textes du Code civil va se faire dans un sens susceptible de donner au médecin une présence de plus en plus signifiante. Paradoxalement, cette présence sera, tout au long d'un siècle, considérée par les auteurs comme illicite. (...) Il n'empêche que ce fut ainsi qu'on opéra pendant cent quarante ans à Paris et dans les grandes villes de province. C'est seulement le 28 mars 1960, par le décret 60-285, que le législateur se soucia de mettre fin à l'illégalité.", RAYMONDIS L.M., *Problème juridique d'une définition de la mort*, précité, p.31.

[5] Tout médecin peut rédiger un certificat de décès : "C'est en général le médecin qui a constaté le décès qui remplit ce certificat. Toutefois, certaines communes ont désigné un médecin d'état civil qui a compétence exclusive pour donner son accord à la crémation, (art.361-42 du Code des Communes), à la pratique des soins de conservation, (art.363-1), et à la mise en bière immédiate, (art.363-19).", O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, p.1131.

[6] "Seront punis d'un emprisonnement de dix jours à un mois et d'une amende de 2500 F à 5000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement : (...) 7° Ceux qui, sans l'autorisation préalable de l'officier public, dans le cas où elle est prescrite, auront fait inhumer un individu décédé ; ceux qui auront contrevenu de quelque manière que ce soit, aux dispositions légales et réglementaires relatives aux inhumations précipitées.", art.R.40-7° C.pén.

[7] Le certificat de décès est conçu pour permettre, au delà de la constatation juridique du décès, des études scientifiques sur les causes de décès et des recueils d'informations statistiques traitées par l'I.N.S.E.R.M. Il faut donc séparer radicalement les fonctions juridiques et médicales en la matière : "lorsqu'un élément résultant soit de l'examen du corps, soit des informations recueillies sur les conditions du décès fait craindre que la mort soit la conséquence d'une infraction pénale, ou pose un problème médico-légal, le médecin délivre le certificat de décès, afin d'informer du décès l'officier d'Etat civil et de permettre l'élaboration des statistiques des causes de décès. Toutefois, il doit préciser sur ce certificat la présence d'un obstacle médico-légal qui interdit la pratique de toutes les opérations funéraires : le corps reste à la disposition du Parquet qui peut seul délivrer l'autorisation d'inhumer. Le médecin doit de plus se mettre en rapport avec le Parquet ou le service de police ou de gendarmerie compétent.", O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, p.1131, voir aussi Circulaire du 5 juillet 1976 relative à l'application du décret n°76-435 du 18 mai 1976, (J.O.20 mai 1976), crémation, soins de conservation, transfert de corps.

Les rédacteurs du décret du 28 mars 1960 ont confié aux médecins le rôle de rapporter leurs constatations techniques en conservant à l'officier d'état civil la mission de constatation juridique. Aussi est-il exagéré de dire "*qu'à partir d'une dénégation de tout pouvoir médical, du temps du Code civil, on est parvenu à un résultat tout à fait inverse. Le Code civil ne prêtait aucun rôle au médecin dans le vis-à-vis avec le problème de la mort. Celui-ci s'est introduit d'abord illégalement, puis furtivement par la voie réglementaire dans l'ordre d'un domaine très particulier et dans la pénombre des hôpitaux. (...) En somme, à l'intérieur de l'hôpital, le pouvoir médical s'établit illimité dans la faiblesse législative dont témoigne la contradiction des textes.*" [1]

L'officier d'état civil reste l'autorité de décision et n'est pas réduit à enregistrer simplement et passivement les décisions médicales. "*La déclaration est faite en mairie sur présentation d'un certificat de décès. Tout médecin est habilité à le délivrer : médecin de famille, médecin agréé par la mairie ou médecin assermenté. Ce n'est pas une simple formalité administrative : au vu du certificat, l'officier de l'état civil dresse l'acte de décès ; mais s'il y a doutes sur les causes de la mort, il en avise le Procureur de la République qui décidera de surseoir à l'inhumation pour procéder à des investigations supplémentaires et, s'il y a lieu, à une autopsie.*" [2]

b) Le constat de décès en cas de prélèvement d'organes

La constatation juridique de la mort pose quelques questions spécifiques en matière de "prélèvement multi-organes". L'organisation réglementaire de l'activité de prélèvements d'organes, légalisée par la loi du 22 décembre 1976 [3], attribue aux médecins trois actes qui reflètent juridiquement la progression chronologique des opérations.

Le certificat de constatation de mort cérébrale d'un sujet soumis à une réanimation prolongée est toujours établi par deux médecins indépendants de l'équipe utilisatrice de l'organe. "*Le constat de décès d'un sujet soumis à une réanimation prolongée sera établi, après consultation de deux médecins, dont l'un sera obligatoirement chef de service hospitalier ou son remplaçant dûment autorisé, secondés, chaque fois qu'il apparaît désirable, par un spécialiste d'encéphalographie. (...) Le médecin ou le chirurgien appartenant à l'équipe utilisatrice de l'organe prélevé ne peut, en aucun cas, être l'un des deux médecins cosignataires du constat et du certificat de décès.*" [4]

Cette dernière disposition est, aux dires même des praticiens, un sérieux rempart contre les éventuels dérapages qui pourraient être suscités par l'urgence de soigner un receveur. Les médecins chargés de constater l'état de mort cérébrale ne connaissant pas le greffé potentiel, ils sont moins susceptibles d'être empressés de pouvoir permettre la greffe.

La haute conscience morale d'un médecin peut, semble-t-il parfois, l'inciter à utiliser des moyens dangereux, par souci exclusif de sauver la vie. Anticiper la mort cérébrale d'un individu qui lui semble irrémédiablement condamné au profit d'un être souffrant qu'il croît pouvoir soigner, pourrait être une tentation. L'indépendance de l'autorité de constatation par rapport à l'autorité d'action est une saine barrière contre les précipitations périlleuses pour la sécurité des malades comateux, privés de conscience.

Le certificat de prélèvement à fin thérapeutique est un acte administratif signé, à la fois par le chef de service où le malade est hospitalisé qui certifie que rien ne s'oppose au prélèvement et indique la diagnostic de la mort, et par le directeur de l'établissement qui confirme l'absence de mention d'opposition sur le registre officiel de l'hôpital. [5] Ce document accompagnera le corps et permettra aux diverses équipes intervenantes de vérifier que les formalités ordinaires ont été respectées avant de pratiquer un prélèvement.

---

[1] RAYMONDIS L.M., *Problème juridique d'une définition de la mort*, précité, p.33.

[2] DUGAS de la BOISSONNY Christian, *L'état-civil*, précité, p.79.

[3] Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976, relative aux prélèvements d'organes.

[4] Circulaire n°67 du 24 avril 1968 du ministère de la Santé publique.

[5] BALAGNY E., *La mort cérébrale : aspects médico-légaux*, in *La transplantation d'organes*, JEPU Arnette 1989, pp.24-25.

Le certificat de déclaration de mort ou certificat de décès, est l'acte juridique qui va entraîner les conséquences juridiques du décès pour le défunt. Ce document est indispensable pour que l'officier d'état civil puisse rédiger l'acte de décès, délivrer le permis d'inhumer et autoriser les opérations funéraires dont la fermeture du cercueil. [1]

L'étude des habitudes quasi-quotidiennes du corps médical fait ressortir une pratique critiquable. Les médecins ont coutume, lors de la rédaction du certificat de décès, de ne pas mentionner l'heure exacte de la mort, mais de la retarder de quelques heures.

Cette fausse retranscription de la réalité s'explique par deux raisons. La première est d'ordre pratique, le transport des corps n'étant possible sans apprêtement funéraire que dans un délai de 18 heures après le décès [2], les médecins veulent laisser une plus grande latitude aux familles pour pouvoir choisir de rapatrier le corps du défunt dans sa commune d'origine ou son domicile.

La seconde raison est d'ordre relationnel, les équipes soignantes utilisent souvent ce court laps de temps entre le décès réel et sa datation exacte pour avertir les proches que le malade est au plus mal, afin de les inciter à se rendre sur place, ce qui permettra de gérer humainement l'ensemble des formalités liées au décès qui sera annoncé comme ayant immédiatement suivi l'appel des soignants.

Le subterfuge peut être critiqué sur le plan humain puisqu'il consiste à faire croire qu'un malade est encore vivant alors qu'il est déjà mort. Mais la manœuvre n'a aucune conséquence quant aux actes que l'on peut, on non, accomplir sur le cadavre du défunt, si ce n'est le transport. Il est par contre très important de dénoncer cette procédure contraire à la vérité parce qu'elle peut entraîner de graves et fâcheuses conséquences sur le plan patrimonial. [3]

Le médecin est chargé de constater un fait, la mort, mais il ne lui appartient pas de la définir. Or, de nombreux auteurs ont tenté, depuis l'antiquité [4] jusqu'à nos jours, de définir la mort sans aboutir à une solution réellement satisfaisante, si ce n'est sur le caractère inéluctable de l'issue fatale et sur l'obligation de s'y préparer qui pèse sur chaque homme. [5]

---

[1] Le document, couramment appelé bulletin bleu, est composé de deux parties distinctes. La partie supérieure est destinée à l'officier d'état civil et contient les informations sur l'identité du défunt, la date et l'heure de la mort et les rubriques indispensables aux formalités d'inhumation. La seconde partie recueille des renseignements confidentiels sur les causes du décès, elle est destinée aux études statistiques de l'I.N.S.E.R.M. Cf. Art. R.363-18 C.d.com.

[2] "Lorsque le corps n'a pas subi les soins de conservation prévus à la section 1, les opérations de transport sont achevées dans un délai maximum de dix-huit heures à compter du décès. Lorsque le corps a subi les soins de conservation, le délai est porté à trente-six heures", Décret n°87-28 du 14 janvier 1987, art. 21 modifiant l'art.363-8 C.d.com.

[3] La modification volontaire de la date de la mort peut affecter des dispositions testamentaires, (Sur l'application de la théorie des co-mourants aux successions testamentaires cf. LUCAS André, *Une théorie moribonde : la théorie des comourants*, J.C.P.1977, I, éd° not. pp.163-172.), ou contractuelles, (C.A. Paris 31 mars 1962, D.1962. Contentieux concernant la date exacte du décès d'un individu ayant omis de payer les primes d'un contrat d'assurance-décès.). Plusieurs actes juridiques peuvent être subordonnés à des conditions de dates, ainsi la comparaison des dates de décès peut perturber l'ordre des dévolutions successorales, aussi faut-il craindre que la modification arbitraire de l'heure du décès ne se développe. (cf. La condamnation de la pratique de "salaison du chanoine" au Moyen-âge pour profiter des revenus d'un bénéfice ecclésiastique après la mort de son titulaire.) Le retardement volontaire de la constatation du décès risque de déséquilibrer l'ensemble de l'organisation du droit de la famille (et même de la santé publique, bien que les techniques de conservation des corps aient nettement progressé). En cas de litige, la jurisprudence admet que les mentions de date et d'heure du décès ne font foi que jusqu'à preuve contraire. Cass.civ. 9 déc. 1924, S.1925-I-24.

[4] Hippocrate, (env.500 av.J.C.), s'en tient à une description des signes cadavériques : "Front ridé et aride, yeux caves, nez pointu, bordé d'une couleur noirâtre, tempes affaissée, creuses et ridées, oreilles retirées en haut, lèvres pendantes, pommettes enfoncées, menton ridé et racorni, peau sèche et livide ou plombée, poil des narines et des cils parsemés d'une sorte de poussière d'un blanc terne, visage d'ailleurs contourné et méconnaissable", Hippocrate, "de morbis 2° livre, section 5", cité par ZIEGLER Jean, *Les vivants et la mort*, précité, p.66, "La mort n'est que la dissolution des éléments dont est formé chaque être vivant.", Marc-Aurèle, (121-180), *Pensées*, trad. A.L. Trannoy, Belles Lettres, Paris 1947, p.17. "La mort, qu'est-elle ? Un épouvantail. Retourne-le et tu verras ; regarde, il ne mord pas. Ton misérable corps doit être séparé, ou maintenant ou plus tard, de ton pauvre souffle vital comme il en était séparé jadis.", Epictète, (50-130), *Entretiens*, Belles Lettres, Livre II, chapitre 1er.

[5] "Tu ne meurs pas de ce que tu es malade, tu meurs de ce que tu es vivant. La mort te tue bien sans le secours de la maladie ", Montaigne (1580-1595), *Essais*, III, XIII, Pléiade 1989, p.1070. "La mort ne s'imagine point. On peut seulement dans l'inaction, la fatigue, dans la tristesse, attendre quelque chose d'inconnu, d'inusité, d'unique, contre quoi on ne trouve point d'arme ni de parade.", ALAIN, *Propos II*, 1924, Pléiade, p.639. "Le mourant est dans la situation d'un homme qui sort de chez soi sans la clef et ne peut plus rentrer parce que la porte fermée ne s'ouvre que du dedans.", JANKELEVITCH, *La mort*, Flammarion, 1966, 2ème partie, Chapitre IV, p.2.

Il peut sembler banal de rappeler que la mort fait partie de la vie [1] ou que chaque être humain vivant est un condamné à mort en sursis. Pourtant, la science moderne ne dit pas autre chose en affirmant que "*le programme génétique prescrit la mort de l'individu, dès la fécondation de l'ovule.*" [2] Il faut tenter de délimiter ce qui distingue la personne humaine vivante du cadavre : le cap irréversible. [3]

2°) Le rôle du médecin dans la définition de la mort : le critère scientifique du décès

Il est acquis que l'évaluation de la mort est une fonction dévolue au médecin. Mais cette opération doit se fonder sur un critère précis (a) parce que le fait juridique de mort doit être apprécié de manière unique et invariable (b). C'est pourquoi on s'étonnera de la nature de la source juridique du critère moderne de la mort : une circulaire (c).

---

[1] "La vie est l'ensemble des fonctions qui résistent à la mort", BICHAT, *Recherches physiologiques sur la vie et la mort*, 1800, 1ère partie, art.1.

[2] JACOB François, *La logique du vivant*, Gallimard 1970, p.331.

[3] Le franchissement de ce cap peut, selon les époques et les coutumes, être publique et ostensible ou intime et discret. Il est étonnant de constater à quel point l'agonie qui était autrefois un événement partagé par la collectivité avec le mourant est devenu un acte privé voire clandestin relégué derrières les rideaux d'une intimité forcée. On mourrait entouré et en pleine lumière, on meurt seul, dans l'ombre : "La mort était une cérémonie publique et organisée. Publique, car la chambre se transformait en un lieu public où les passants entraient, (...). Organisée, par le mourant lui même qui la présidait et en connaissait le protocole. (...) Il ne reste plus rien ni de la notion que chacun doit avoir de sa fin proche, ni du caractère de solennité publique qu'avait le moment de la mort. ce qui devait être su est désormais caché. Ce qui devait être solennel est désormais escamoté.", GIUDICELLI-DELAGE G., *La société face à la mort*, in *Problèmes juridiques, médicaux et sociaux de la mort*, précité, pp.5-7 Le verbe escamoter semble si pertinent qu'on le retrouve sous la plume d'autres auteurs, concernant le vécu moderne de la mort: "Nos pères, totalement désarmés face à la mort, l'avaient placée au centre de la vie et de la cité. Pour la conjurer, pour la dominer, pour nier sa victoire. Ce culte de la mort n'était en rien morbide, il traduisait, au contraire, une volonté de vie. (...) En invitant la mort, nos ancêtres se démontraient à eux-mêmes qu'elle est tout à la fois redoutable et surmontable, en l'évitant, nous ne faisons que souligner son caractère implacable et terrifiant. (...) Sitôt le décès constaté, on s'empresse d'escamoter le cadavre, aussi discrètement que possible en le portant à la morgue.", De CLOSETS François, *La France et ses mensonges*, précité, pp.308-309.

a) La nécessité d'un critère scientifique précis

Les règles instaurées par les pouvoirs publics, en matière de définition de la mort, répondaient initialement à une double préoccupation contradictoire : d'une part, assurer la préservation de la santé publique en veillant à ce que les cadavres ne soient pas des sources d'infection ou des vecteurs d'épidémies [1], d'autre part, conserver un niveau de sécurité maximum aux citoyens pour éviter les inhumations hâtives, risque marginal [2], mais sérieux. [3]

Le diagnostic de la mort évolua au rythme des connaissances scientifiques, mais aussi des progrès de la technologie exploratoire. Deux circulaires, de 1948 et 1958, fixèrent la mort à la cessation de toute activité cardiaque et circulatoire. La circulaire n°32 du 3 février 1948 précisait que le diagnostic de la mort pouvait être établi, en dehors et en plus de l'examen direct, par deux méthodes d'exploration, l'artériotomie et l'épreuve à la fluorescéine d'Icard. La circulaire du 19 septembre 1958 prévoyait une troisième méthode dite "signe d'ether". Ces procédés étaient fondés sur l'arrêt du cœur et de la circulation sanguine.

L'application des ces critères devint extrêmement problématique au jour du développement de moyens de réanimation comme les massages cardiaques qui permirent de ramener à la vie des malades dont le cœur s'était arrêté. [4] D'autre part, il devint possible de maintenir en survie l'ensemble cœur-poumon par des dispositifs artificiels, bien que soient déjà irréversiblement morts d'autres organes essentiels à la vie, tels que le cerveau ou le système nerveux. [5] Nouvelle problématique puisqu'une partie du corps peut survivre, alors même que le tout est incontestablement privé de toute chance de vie. "*La constatation de la mort a toujours été une chose difficile. Elle ne se fait que par échelons. Il y a des tissus qui meurent les premiers, d'autres les derniers, si bien que la mort n'est pas un moment, mais une période.*" [6]

Le choix d'évaluer la mort en fonction du degré de morbidité d'un tissu n'est pas critiquable, à condition de définir précisément l'objet de l'observation. Le critère de la mort étant fondé sur ce

---

[1] Ce qui explique la réglementation des cimetières et la prohibition des inhumations anarchiques. "Les nécessités de l'hygiène publique commandaient que l'on enterrât les défunts le plus tôt possible, notamment avant la mort dite «élémentaire» ou mort de tous les tissus d'un organisme, en raison du risque d'épidémie lié à la putréfaction des cadavres : ainsi l'enterrement doit-il avoir lieu six jours au plus tard après le décès, (art.361-13 al.2).", De GOUSTINE Patrick, *La détermination de la mort en droit positif*, R.T.D.soc. 1990, p.597.

[2] Malgré le fantasme relativement courant de l'enterré vivant. Cette phobie n'épargna pas les plus grands hommes. "C'était la hantise de Chopin qui avait demandé à ses amis d'«ouvrir son corps», aussitôt après sa mort avant de l'enterrer.", KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, Flammarion 1957, p.465 "Dès qu'on croira que j'ai cessé de vivre on devra me laisser au lit comme un simple malade, jusqu'à ce que mon corps soit dans un état prononcé de putréfaction, seul signe de mort vraiment certain, faute duquel ont souvent lieu des inhumations déplorables. (...) Ce respect doit être poussé jusqu'à me préserver de toute opération d'embaumement.", COMTE Auguste, *Testament, septembre 1884, Paris, 10 rue Monsieur-le-Prince*, cité par GRATELOUP Léon-Louis, *Dictionnaire philosophique*, Hachette 1981, p.163, "Qui tôt ensevelit bien souvent assassine ; Et tel est cru défunt qui n'en a que la mine.", Molière, *L'étourdi*, acte II, scène 3.

[3] D'où les règles sur les délais à respecter avant toute sépulture définitive, inhumation ou incinération. Règles parfois assorties de sanctions pénales : "Seront punis d'un emprisonnement de dix jours à un mois et d'une amende de 2500 F à 5000 F, (...) Ceux qui, sans l'autorisation préalable de l'officier public, dans le cas où elle est prescrite, auront fait inhumer un individu décédé ; ceux qui auront contrevenu, de quelque manière que ce soit, aux dispositions législatives et réglementaires relatives aux inhumations précipitées.", art.R.40-7° C.pén. Le délai est la meilleure preuve du décès par apparition des signes de putréfaction. D'autres méthodes ont parfois jailli de l'imagination humaine, telles que "des chambres mortuaires d'attente nommées «obitoires» où le sujet supposé mort - *dubiae mortis* - était déposé sous le contrôle d'un gardien qui pouvait être alerté par le tintement d'une clochette dont le cordon était soigneusement enroulé à la main du mort.", KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.466, on peut citer encore le procédé du miroir placé devant la bouche pour matérialiser la respiration par la buée, le dernier souffle, et la morsure du corps dont pourrait provenir le terme "croque-mort".

[4] "L'utilisation des techniques modernes de réanimation nous oblige à «repenser» le problème de la constatation de la mort, (...), il est nécessaire d'adopter une position de principe, en ce qui concerne la date du décès, lorsqu'on se trouve en présence de comateux, maintenus en vie artificiellement.", NERSON Roger, *L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil*, R.T.D. civ. 1970, p.670.

[5] "Voici que la mort n'apparaît plus comme une événement unique, instantané, intéressant toutes les fonctions vitales à la fois. Sous l'influence des moyens thérapeutiques nouveaux, la mort s'étale dans le temps, se démembre, frappe séparément et successivement les différentes parties du corps. Devrons-nous attendre que l'ultime portion de tissu soit irrémédiablement atteinte, pour dire que l'organisme a cessé de vivre ? Un homme décapité chez qui on maintiendrait artificiellement comme on le peut, la survie du coeur, des poumons et du rein, est-il un homme mort ? (...) Comment définir ce minimum nécessaire pour qu'on ait encore le droit de dire que l'homme est vivant ?", HAMBURGER Jean, *Progrès de la médecine et responsabilités du médecin*, précité, p.297.

[6] COSTE-FLORET Paul, *La greffe du coeur devant la morale et devant le droit*, R.S.C. 1969, p.799.

cœur maintenu artificiellement en fonctionnement, il fallait changer le critère d'analyse [1] à moins d'affirmer que la science avait réussi à obtenir l'éternité. On pourra peut être un jour maintenir indéfiniment en survie un cœur humain sans pour autant avoir vaincu la mort !

Le nouveau critère,établi en 1968 [2], fut fondé sur la preuve de l'altération irrémédiable du système nerveux central dans son ensemble et résulte des travaux et observations de deux chercheurs français. La communauté scientifique reconnu la pertinence d'un réexamen fondamental de la notion de mort : "*à la suite des preuves scientifiques réunies depuis 1959 par Mollart et Goulon, et établissant que la destruction totale des cellules cérébrales, hémisphères et tronc cérébral, entraîne à brève échéance l'arrêt des fonctions caractéristiques de la vie au niveau des autres organes.*" [3]

La technique diagnostique privilégiée est la preuve de la disparition prolongée de tout signal encéphalographique, qui démontre l'absence irrémédiable d'activité cérébrale. Le texte exige une accumulation de vérifications cliniques censées apporter une fiabilité du diagnostic de mort. "*Cette affirmation sera spécialement fondée : sur l'analyse méthodique des circonstances dans lesquelles les accidents se sont produits, sur le caractère entièrement artificiel de la respiration entretenue par le seul usage de respirateurs, sur l'abolition de tout réflexe, l'hypotonie, la mydriase, sur la disparition de tout signal encéphalographique (tracé nul sans réactivité possible), spontané ou provoqué par toutes stimulations artificielles pendant une durée jugée suffisante chez un patient n'ayant pas été induit en hypothermie et n'ayant reçu aucune drogue sédative. L'irréversibilité des fonctions ne peut être établie que sur la concordance de ces divers signes cliniques et électroencéphalographiques ; l'absence d'un seul de ces signes ne permet pas de déclarer le sujet mort.*" [4]

La discussion est encore ouverte aujourd'hui sur la fiabilité scientifique des méthodes de constatation de la cessation de l'activité cérébrale. Monsieur MEMETEAU affirmait en 1985 que "*le critère de l'électroencéphalogramme plat n'est pas déterminant de la mort et devrait être remplacé par celui de l'électroencéphalogramme nul.*" [5] Souhait réalisé dans une circulaire du 21 janvier 1991 pour laquelle : "*l'examen paraclinique de référence est l'électroencéphalogramme nul, aréactif.*" [6]

Le débat porte dorénavant sur le nombre d'enregistrements (un enregistrement si l'on s'en tient aux décrets d'application de la loi Caillavet qui renvoient à la circulaire du 24 avril 1968 ou "deux enregistrements répétés au cours d'une période d'observation avec un intervalle suffisant, en général de l'ordre de six heures" selon la Circulaire du 21 janvier 1991) et surtout sur de nouvelles méthodes diagnostiques telles que l'angiographie cérébrale conventionnelle, l'angiographie isotopique ou la technique du doppler pulsé. [7]

Ces enjeux scientifiques concernent, selon nous, les moyens du diagnostic de la mort cérébrale sans interférer sur la définition de la mort. Le cerveau est devenu le centre de vie, remplaçant le

---

[1] "Le malade est un mort au pouls conservé, dont l'état correspond à une véritable mort du cerveau. Dès lors un problème juridique se pose : celui de savoir si ces «gisants» sont des vivants ou des décédés, autrement dit s'il ne convient pas de retenir comme critère de la mort plutôt la mort du cerveau que l'arrêt de la circulation et de la respiration.", NERSON Roger, *L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil*, précité, p.670.

[2] Circulaire n°67 du 24 avril 1968 Du Ministre de la santé, prise après consultation du conseil de l'Ordre national des médecins, de l'Académie nationale de médecine et de la commission des autopsies, conformément aux dispositions de l'arrêté du 2 avril 1954 modifié par l'arrêté du 15 novembre 1961. in DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes et des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, Masson, 1970, pp.224 à 226. On peut critiquer la discrétion de ce texte, non publié au J.O...cf : PORTNOI B., *A propos de la définition légale de la mort*, Gaz.pal. 1988, doct.p.301.

[3] RENE Louis, *La mort cérébrale : Le point de vue de l'Ordre*, in *La transplantation d'organes*, JEPU Arnette 1989, p.41.

[4] DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, transplantations et des autres actes*, précité, pp.224-225.

[5] MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°484, p.323.

[6] NIVET Hubert, FROGE Etienne et NOURY Didier, *Définition de l'état de mort cérébrale, législation des prélèvements et interprétation de la loi*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, Doin, 1992, p.60.

[7] LAMER C., PILORGET A., MOREAU T., BELLEC C., PAYEN D., *Diagnostic de la mort cérébrale*, in *La transplantation d'organes*, précité, pp.16-17. L'artériographie cérébrale et le doppler carotidien doivent faire la preuve de leur fiabilité et de leur applicabilité pratique pour remplacer peut-être un jour l'E.E.G., cf. RENE Louis, *La mort cérébrale : Le point de vue de l'Ordre*, précité, pp.44-45.

cœur dans le droit positif avant, peut-être, de le remplacer dans la symbolique populaire et artistique. [1] La mort de la personne au sens juridique est devenue la mort cérébrale au sens médical. "*Toutes les législations européennes, à l'exception de celle du Danemark, reconnaissent que la destruction irréversible du cerveau correspond à la mort de la personne humaine.*" [2]

b) La mort du cerveau : critère unique du fait juridique de mort

Ce choix de l'Etat de définir la mort de l'être humain en fonction de la destruction de son cerveau n'a, semble-t-il, pas soulevé de vaste débat au sein de la société française [3], bien que l'on puisse s'interroger sur l'opportunité du texte. "*Les raisons de la circulaire sont très liées à la vague de greffes du cœur qui déferlait à l'époque : L'équipe du Pr CABROL était prête pour tenter la première greffe française, mais il lui fallait l'autorisation de prélever un cœur «frais» de donneur, dans des circonstances qui ne soient plus un homicide, c'est-à-dire sur un patient qu'on puisse dire mort, mais chez qui la persistance de la circulation sanguine aurait permis une excellente conservation de l'organe. La coïncidence de dates est, à cet égard, plus que troublante. La circulaire est datée du 24 avril et la greffe, réalisée à l'hôpital de la Pitié, est du 27 avril. (...) Nous ne mettons pas en doute la conscience du Pr CABROL, mais nous restons troublés à l'idée qu'il ait pu attendre, scalpel en main, l'arrivée à l'hôpital de la circulaire pour faire déclarer la mort de «son» donneur.*" [4]

Il eut été concevable que certains soient heurtés que le droit déclare mort des être humains ayant conservé non seulement l'apparence de la vie, mais encore certaines fonctions. [5] A contrario, la nouvelle définition juridique maintenait dans la catégorie des vivants des êtres humains totalement dépendants de quelques machines de réanimation, leur espérance de vie étant limitée. [6]

La vie humaine doit être définie comme la vie du cerveau et la mort comme la mort du cerveau. On peut trouver une explication à ce consensus doctrinal, tant juridique que médical, dans la conception contemporaine de la vie humaine qui privilégie la dimension relationnelle de l'être humain. La vie végétative, seule permise par la mort du cerveau, semble être pour la société française du XX^{ème} siècle une vie qui ne mérite pas d'être vécue, et qui est donc volontairement et froidement exclue de la notion de vie. Ce qui rejoint une définition de la mort par la disparition de la vie : "*le cadavre, dépouille mortelle de l'homme, existe dès le moment où le corps cesse d'être pour avoir perdu un de ses éléments constitutifs : la vie.*" [7]

Or, la vie humaine repose sur la vie du cerveau de l'individu. "*La mélodie d'une âme ne peut ni se construire ni se faire entendre des autres humains, sans le secours du cerveau. Privé du cerveau, comme Paganini de son violon, l'être humain perd toute aptitude à une vie proprement humaine.*" [8]

---

[1] "Les greffes du coeur ont démystifié le coeur, comme les astronautes ont démystifié la Lune et les techniciens ne s'y trompent point.", COSTE-FLORET Paul, *La greffe du coeur devant la morale et devant le droit*, précité, p.795.

[2] KREIS Henri Pr., *Les éléments du corps humain : objets de commerce ? La législation européenne*, in 3ème *Congrès International d'Ethique Médicale*, O.N.M. 1992, p.219.

[3] La question se reposera avec beaucoup d'intensité le jour où l'on envisagera des greffes de cerveau. Il faudra alors définir un nouveau critère juridique de la mort pour prélever un cerveau en état de fonctionnement.

[4] PORTNOI B., *A propos de la définition légale de la mort*, précité, p.300.

[5] Cf: De GOUSTINE Patrick, qui affirment que la fonction de gestation est conservée en état de mort cérébrale, *La détermination de la mort en droit positif*, précité, p.605, note 25. Les médecins pensent aujourd'hui que la mort cérébrale n'est pas compatible avec la gestation, seul l'état végétatif pourrait l'être. Sur cette question cf. infra Conclusion générale.

[6] Nous pensons, en particulier, à certains grands prématurés, (5 mois, 5 mois et demi), maintenus en vie malgré un poids approximatif de 500 g. et une quasi-absence d'espoir de survie vu les défauts de maturité d'organes essentiels, ce qui pose le problème de la notion d'être humain vivant et viable.

[7] DIERKENS Raphaël, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Masson 1966, n°200, p.131. Ou encore, "La mort n'est pas définie par une loi. Un individu décédé sera celui où l'on constatera l'arrêt des phénomènes biologiques de la vie.", LECLERCQ Marcel, *Entomologie et médecine légale, datation de la mort*, Masson 1978, p.21.

[8] RIQUET R.P., Communication à l'Académie des Sciences Morales et Politiques, citée par DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, transplantations et des autres actes*, précité, p.218.

Le choix d'utiliser le concept de mort cérébrale comme critère juridique de la mort a de grandes implications philosophiques et morales. Il ne reflète que la position de la société française à une période déterminée et ne peut être présenté comme une valeur permanente et absolue. [1] Le rôle du Droit est de donner à la société des hommes des règles de vie en commun, la définition de la mort en est une.

Dans l'état actuel des connaissances scientifiques, nous pouvons approuver cette notion de mort fondée sur la mort cérébrale car la communauté scientifique s'accorde à penser que la destruction du système nerveux central est un cap irréversible qui sépare le corps encore en vie du corps déjà mort. [2] Aucun médecin n'a jamais rapporté de cas d'individu en situation de mort cérébrale ayant réinstauré une activité cérébrale ultérieurement.

La définition de la mort est unique. Pourtant, un auteur a pu affirmer qu'il y avait deux régimes juridiques de définition de la mort, un régime de droit commun fondé sur l'apparence de la mort et un régime d'exception "*qui organise la détermination précoce de la mort pour des raisons scientifiques et thérapeutiques, avec une sécurité moindre.*" [3] Nous pensons, en l'absence de manifestation expresse de la volonté du législateur, qu'il y a une et une seule notion de mort en droit français. Et si les seuls textes normatifs concernent les hypothèses d'utilisation scientifique ou thérapeutique du cadavre, nous nous refusons à en déduire qu'il y a juridiquement deux morts, la mort "ordinaire" et la mort "utile". Les pouvoirs publics n'ont, à notre avis, défini les moyens scientifiques de constatation de la mort, entendue au sens de mort cérébrale, que pour permettre aux médecins de ne pas perdre de temps lorsque de la rapidité du prélèvement dépend la réussite de la greffe. Cela ne permet pas d'affirmer qu'on ne juge pas la mort avec les mêmes critères.

La mort est la disparition définitive de la personne humaine, étant entendu que le critère qui distingue les morts des vivants est le niveau d'activité cérébrale. Même sans perspective d'utilité scientifique ou thérapeutique, l'homme est mort lorsque son cerveau est mort. Il se trouve seulement qu'il n'y aucun intérêt, dans la plupart des cas, à dater à la seconde près le moment exact de la fin de vie [4], et qu'on peut le plus souvent se contenter de l'apparence évidente.

Les signes cliniques ordinaires suffisent généralement à prouver le fait de mort sans risque d'erreur et sans qu'il soit besoin de recourir à une technologie poussée. [5] Ce n'est que lorsque l'on

---

[1] "Entre les deux extrêmes, la mort civile qui était une pure fiction, d'une part, et la mort cellulaire intégrale qui efface le code génétique de l'individu inscrit en entier dans chacune de ses cellules, d'autre part, la perte de la vie peut être placée à plusieurs stades différents : selon notamment, que l'on considère la vie de relation ou la vie végétative.", GRENOUILLEAU J.B., *Commentaire le la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976, relative aux prélèvements d'organes*, D.1977 p.220.

[2] L'article 21 du décret du 31 mars 1978 est empreint de la même humilité face au progrès des connaissances scientifiques et prévoit en conséquence que les dispositions relatives au constat de la mort peuvent être modifiées par le ministère chargé de la santé après consultation de l'Académie nationale de médecine et du conseil national de l'Ordre des médecins.

[3] De GOUSTINE Patrick, *La détermination de la mort en droit positif*, précité, p.614. Certains auteurs insistent sur l'ambiguïté textuelle de la définition de la mort sans que l'on sache s'ils considèrent qu'il y a deux définitions ou deux méthodes de constatation : "Le législateur devrait intervenir. Il n'est pas admissible que la constatation de la mort soit différente à domicile ou dans les établissements hospitaliers. Certes ceux-ci ont à leur disposition des moyens considérables qui ne peuvent être utilisés ailleurs. Mais si l'on va à la limite, un individu peut aujourd'hui être déclaré mort à domicile qui ne le serait pas s'il était hospitalisé.", COSTE-FLORET Paul, *La greffe du coeur devant la morale et devant le droit*, précité, p.799.

[4] Cf. cependant certaines hypothèses exceptionnelles telles que celles du défunt ayant négligé de payer sa prime d'assurance-décès, dont la datation exacte du décès est déterminante pour savoir si la garantie est ou non suspendue. Paris 31 mars 1962, D.1962, p.549. En ce qui concerne la datation de la mort de deux personnes décédées au cours du même événement, les critères utilisés sont alors les mêmes. Le diagnostic médical permettra de distinguer celui des deux défunts décédés avant l'autre. Cette hypothèse est, malheureusement souvent celle du médecin de l'urgence, confronté aux accidents de la circulation : "en rapportant l'histoire de son effort, il indiquera du même coup, si cet effort a été vain, les causes de l'échec. Et, ce faisant, il déterminera le moment à partir duquel il a dû désespérer d'une réanimation utile. Ce moment caractérisé par un électro-encéphalogramme plat, sera celui que l'on considérera comme déterminant la date de la mort des blessés qu'il a soigné.", SAVATIER René, *Que devient la condition juridique des comourants au temps des anesthésistes-réanimateurs ?*, D.1981, chron. p.45.

[5] Les auteurs critiquent quasi-unanimement la notion de présomption légale de survie, instituée par l'article 720 du Code civil en matière de co-mourants, pour lui préférer la preuve clinique du décès. "Il serait plus simple et plus logique de s'en tenir à l'idée que la preuve du prédécès de l'un des comourants doit être rapportée conformément au droit commun. (...) L'important est de constater que l'accord est réalisé en doctrine sur la nécessité de supprimer la théorie des comourants.", LUCAS André, *Une théorie moribonde : la théorie des comourants*, précité, p.171.

veut utiliser tout ou partie du cadavre d'un être humain qu'il faut affiner au maximum les conditions de constat du fait de mort. Il faut éviter de prélever sur un être encore vivant, un élément vital, ce qui est prohibé comme étant un homicide. Pour autant on ne peut en conclure qu'il y a deux définitions juridiques de la mort.

En revanche, il faut accepter l'idée qu'il y ait deux catégories de cadavres : 1°) le cadavre "naturel", ou cadavre "froid", pour lequel on a laissé la nature procéder à son lent travail de décomposition sans intervenir dans le processus de décomposition, 2°) le cadavre "artificiel", ou cadavre "chaud", pour lequel, en raison de l'utilité scientifique ou thérapeutique qu'il présente, une équipe médicale maintient artificiellement pendant une certaine durée, quelques fonctions, comme la circulation et la respiration. "*On englobe sous le mot cadavre deux réalités qui, si elles sont identiques au regard du degré de conscience définitivement nul de l'individu, n'en sont pas moins assez différentes.*" [1]

Le fait unique de mort justifie seulement dans certains cas exceptionnels, dont celui des prélèvements en vue de greffe, une évaluation particulièrement précise. [2] Même s'il reste rarissime que l'on ait besoin d'examiner l'activité cérébrale des individus pour les déclarer morts, la mort est aujourd'hui synonyme de mort cérébrale.

Cette analyse désarmorce les critiques de Monsieur De Goustine sur les effet pervers du régime de droit commun qui aurait, juridiquement, laissé une catégorie de personnes entre la vie et la mort. Ce serait le cas des personnes en état de mort cérébrale mais sans que leur corps n'ait d'utilité scientifique ou thérapeutique. "*Cette circonstance de détermination de la mort renvoie à la seule conscience des praticiens qui doivent décider de poursuivre ou d'arrêter les manœuvres de réanimation sans aucun repère légal et, partant, hors de toute sécurité juridique pour eux-mêmes : arrêter une réanimation avant le constat de mort cérébrale pourrait être qualifié de non-assistance à personne en danger ou d'euthanasie, dans la mesure où son maintien aurait prolongé la vie végétative du comateux.*" [3]

Il semble qu'il n'y ait que deux catégories de personnes humaines aux yeux du droit : les vivantes et les mortes. Si certains vivants peuvent faire l'objet de mesures juridiques de protection en raison de l'affaiblissement de leurs facultés physiques, cela ne modifie en rien leur statut de personne physique à l'égard du droit pénal. Le problème qui peut se poser est celui de la preuve de la vie ou de la mort. Le principe de la présomption d'innocence impose que l'on prouve que soient réunies les conditions de la répression prévues par un texte d'incrimination.

En cas de poursuites contre un praticien, fondées sur des violences à un malade, il faut prouver qu'au moment des violences la victime était toujours vivante. A contrario, tout médecin veillera avec prudence à faire constater l'état de mort cérébrale avant de pratiquer des actes matériels prohibés sur un corps vivant ou de s'abstenir des actes imposés par la loi pénale. Il prend, sinon, de grands risques juridiques définis par Monsieur SAVATIER : "*sur le terrain du droit pénal, un prélèvement opéré sur une personne dont le décès n'aurait pas été constaté apparaîtrait comme une atteinte volontaire à l'intégrité physique d'une personne vivante, sauf à convaincre le juge qu'en fait, le décès était réel.*" [4]

---

[1] MICHAUD J., *La mort cérébrale. Le point de vue du juriste*, in *La transplantation d'organes*, précité,p.48. C'est pourquoi il faut inverser l'image fantasmatique des phobiques de l'inhumation hâtive : dans l'hypothèse d'une possibilité de prélèvements d'organes, on n'accélère pas la mort du donneur, mais on retarde artificiellement l'apparition des effets morbides du décès déjà survenu. Pour reprendre un concept thermique, on peut dire que la médecine maintient volontairement de la chaleur dans un cadavre ou laisse, au contraire le froid l'envahir naturellement, en fonction de son utilité sociale.

[2] L'évaluation devra être d'autant plus précise que le "cadavre utile" fait l'objet de mesures de réanimation qui donne au tiers l'apparence de la vie. "On ne trouve dans les textes aucune traduction de cette situation de maintien en survie qui permet le prélèvement. On englobe sous le mot «cadavre» deux réalités qui si elles sont identiques au regard du degré de conscience définitivement nul de l'individu, n'en sont pas moins assez différentes.", MICHAUD J., *La mort cérébrale, le point de vue du juriste*, in *La transplantation d'organes*, précité, p.48.

[3] De GOUSTINE Patrick, *La détermination de la mort en droit positif*, précité, p.611.

[4] SAVATIER Jean, *Les prélèvements d'organes après décès*, précité, p.38.

La preuve à rapporter par le praticien est en fait la preuve de la non-existence de l'infraction ! Depuis que le nouveau Code pénal prohibe les atteintes au cadavre, il faut parler de preuve du respect des conditions de la justification, au sens pénal.

La définition de la mort par la destruction du cerveau pourrait être longuement critiquée mais elle est pour l'instant satisfaisante. Elle apporte, en effet, une grande certitude sur l'évaluation du fait de mort, dans sa définition et dans sa datation, et se fonde sur deux éléments essentiels à nos yeux, l'irréversibilité du stade déclaré fatal, lui même axé sur la perte définitive des capacités cérébrales de communication et de réflexe. D'autres définitions méritent d'être recherchées, sans occulter que celle-ci satisfait aujourd'hui les besoins médicaux de la société, en préservant la sécurité juridique des patients et des médecins.

Le critère de la mort par la destruction du cerveau est aujourd'hui le critère unique et invariable du fait juridique de mort. Il faut toutefois s'étonner de la procédure suivie par l'Etat pour traiter juridiquement un problème aussi fondamental que la définition de la mort.

c) La source juridique du critère scientifique de la mort : une circulaire !

Une simple circulaire sans valeur normative contient depuis 25 ans la seule définition officielle du critère de la mort. "*Lorsque le juriste est invité à parler de la mort il réagit tout naturellement en se référant aux lois. Il éprouve, la chose faite, la déception à laquelle d'ailleurs il s'attendait. Il ne découvre pas dans nos textes majeurs la moindre définition juridique de cet événement important de la vie des hommes que constitue son achèvement. (...) On ne peut qu'être frappé de ce que ni le législateur, ni le pouvoir réglementaire n'ont cru devoir, ou voulu faire figurer dans un texte la notion de survie artificielle.*" [1]

Les textes ultérieurs se fondent sur la référence systématique à des circulaires du ministre chargé de la santé publique. [2] Le ministre lui-même, bien que désigné comme compétent par le pouvoir législatif puis exécutif, n'a pas cherché à définir plus avant la notion de mort, au risque de laisser se développer dans l'esprit du public et des praticiens des notions voisines mais dangereuses d'imprécision.

C'est en particulier le cas en matière de coma. [3] Le concept de coma, perte prolongée de l'éveil et des réactions, concept de technique médicale, n'offre aucune garantie sur le plan juridique, car il est perpétuellement remis en cause par le progrès de la connaissance et les légitimes controverses

---

[1] MICHAUD J., *La mort cérébrale, le point de vue du juriste*, précité, pp.47-48.

[2] Circulaire n°32 du 3 février 1948, définissant pendant longtemps la mort par la cessation de la circulation sanguine, circulaire n°68 du 24 avril 1968, du ministre de la santé, (M.JEANNENEY), définissant la mort cérébrale. Les textes ultérieurs n'ont abordé les problèmes liés à la mort que par référence à la définition de cette circulaire. La loi du 22 décembre 1976, relative aux prélèvements d'organes, par son art.4-4° et le décret du 31 mars 1978, dans son article 21, la circulaire du 3 avril 1978, renvoient à la circulaire de 1968. "Le constat est fondé sur des preuves concordantes cliniques et paracliniques permettant aux praticiens de conclure à la mort du sujet. Les procédés utilisés à cette fin doivent être reconnus valables par le ministre chargé de la santé après consultation de l'académie nationale de médecine et du conseil national de l'Ordre des médecins.", Décret du 31 mars 1978, art.21."Dans l'attente de nouvelles instructions, les praticiens se réfèreront aux dispositions de la circulaire du 24 avril 1968 qui énumère les procédés à utiliser.", Circulaire du 3 avril 1978 concernant le décret du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes. On découvre, au fur et à mesure des textes une succession de références par renvoi : "Le constat de la mort doit être effectué selon les modalités précisées par les circulaires du 24 avril 1968 et du 3 avril 1978, ainsi que par les articles 20 et 21 du décret du 31 mars 1978.", circulaire du 20 mars 1980 du ministre de la santé, in *Manuel pratique du prélèvement multi-organes*, France-Transplant, 1991, p.99.

[3] Ainsi lit-on que : "Tel individu en «coma dépassé» peut être considéré comme l'individu seul susceptible, parmi des centaines de «cadavres» de fournir le greffon recherché. (...) Si la question se pose avec une acuité particulière aujourd'hui, c'est bien en raison de la possibilité de transplantation. Tant qu'il n' a été question que de protection des individus placés en état de «coma prolongé» ou «dépassé», les responsables des services de réanimation n'ont eu que peu de succès dans leurs efforts pour attirer l'attention des juristes.", RAYMONDIS L.M., *Problèmes juridiques d'une définition de la mort*, précité, p.36 et 38. PORTNOI compare, lui, la notion de coma dépassé à celle de comma chronique irréversible, PORTNOI B., *A propos de la définition légale de la mort*, précité, p.302, alors que De GOUSTINE distingue le coma, le coma profond, le coma chronique qui ne comportent aucune perte d'autonomie de la vie végétative, et le coma dépassé, le coma très profond, le coma irréversible, qui montrent des lésions très étendues des centres vitaux du système nerveux central. De GOUSTINE Patrick, *La détermination de la mort en droit positif*, précité, p.605, note 27.

scientifiques. La confusion s'installe dès lors que se mêlent les termes de coma dépassé, d'état végétatif [1], de coma stade n, etc... [2]

Le droit ne peut se satisfaire de notions aussi imprécises. [3] Si l'on veut attacher des conséquences juridiques importantes à un fait, ce qui est le cas pour la mort, il faut se donner des règles précises quant à la constatation de ce fait. La délégation de ce pouvoir de constatation à des hommes de l'art, les experts, ne sera crédible qu'autant que leur mission aura été préalablement définie avec minutie. Des propos provocateurs pourraient prétendre qu'en France "on meurt par une circulaire" [4], alors qu'on pourrait constitutionnellement attendre une définition législative de la mort au sens juridique. [5]

Qui d'autre que le législateur peut être habilité par la société française à définir la limite de la reconnaissance des individus en tant que membres du corps social ? [6] Il n'est plus temps de différer la réflexion générale sur les valeurs essentielles de la société française contemporaine. Il faut rompre avec l'habitude de laisser les techniciens définir les règles de leur propre technique.

3°) L'importance d'une définition de la mort dans les questions pénales

Il faut naturellement rappeler que le médecin qui rédigerait volontairement un certificat de décès contraire à la vérité serait coupable du délit correctionnel de faux certificat. [7] Mais ce n'est pas le principal enjeu de la définition de la mort en droit pénal, car une grande partie des infractions pénales contre l'intégrité corporelle dépend directement de la frontière entre la vie et la mort.

Un acte pratiqué sur un corps sera qualifié d'atteinte à l'intégrité corporelle si le corps est défini comme vivant, alors que, sauf violation de sépulture, il ne sera pas répréhensible si le corps est déclaré mort. [8] Telle violence causant une "perte prolongée de l'éveil et des réactions" pourra être qualifiée soit de coups et blessures volontaires, soit de coups mortels [9], soit de meurtre, en fonction de la définition de la mort que l'on adopte, avec les différences de traitement pénal que cela entraîne sur le plan de la compétence juridictionnelle et surtout de la sanction. [10]

---

[1] "Il faut rappeler que le prélèvement d'organes n'est effectué que sur des personnes dont le décès a été constaté par un certificat et non sur des personnes en état végétatif chronique.", Etude du Conseil d'Etat, *Sciences de la vie. De l'éthique au droit*, Notes et études documentaires, La documentation française 1988, p.39.

[2] "Le malade ayant atteint le stade du coma dépassé n'est plus une personne. D'autre part, si certains médecins considèrent les malades en état végétatif chronique comme des malades - et telle est bien la position du droit positif -, d'autres au contraire réclament un droit à l'expérimentation, hors de tout consentement, ce qui aboutirait à les exclure de la catégorie des personnes.", HERMITTE Marie-Angèle, *Le corps hors du commerce, hors du marché*, in Arch.phil.droit 1988, *La philosophie du droit aujourd'hui*, p.330.

[3] "D'où des termes ambigus, aujourd'hui abandonnés, comme coma dépassé, ou pire, «mort maintenu artificiellement en survie». De telles expressions doivent être rejetées car elles risquent notamment de donner à penser que des prélèvements d'organes pourraient être effectués sur des patients dans le coma. Utiliser encore ces termes ambigus, c'est risquer de masquer la notion essentielle : il s'agit en fait de cadavres.", RENE Louis, *La mort cérébrale : Le point de vue de l'Ordre*, précité, p.41. D'autres auteurs n'hésitent pas à parler de mort rose : "Le terme de mort cérébrale a été introduit, signifiant ainsi qu'une partie du corps restait en vie. Cette «mort rose» reste difficile à admettre pour beaucoup, d'autant que la loi Caillavet parle de cadavre.", NIVET Hubert, FROGE Etienne, NOURY Didier, *Définition de l'état de mort cérébrale, législation des prélèvements et interprétation de la loi*, précité, p.59.

[4] L'expression est de CHARAF ELDINE A., *Les prélèvements d'organes, commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, R.T.D.soc.1978, p.459.

[5] "Il est nécessaire que le législateur tranche les problèmes soulevés et ce, au moyen d'un texte publiquement discuté et voté, l'état et la capacité des personnes étant en cause.", DOLL P.J., *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes*, précité, p.168. "Il est permis de se demander s'il n'y a pas là une question touchant à l'état des personnes, donc du domaine réservé de la loi, (art.34 de la constitution du 4 octobre 1958), qu'il appartient au Parlement lui-même de trancher.", GRENOUILLEAU J.B., *Commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, précité, p.214.

[6] "Si la mort est le phénomène clé du religieux, elle appartient à la biologie autant qu'à la spiritualité et, sur le plan juridique, elle entraîne des conséquences importantes, puisqu'elle est un changement d'état.", NERSON Roger, *L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil*, R.T.D. civ. 1970, p.682.

[7] Art.160 C.pén. ou art.441-8 N.C.pén. Sur cette question cf. MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.94 à 100.

[8] D'où le problème en matière de viol concomitant à un meurtre de savoir si l'acte de pénétration sexuelle a eu lieu sur une personne vivante, (deux crimes) ou sur un cadavre (un seul crime).

[9] Art.311 C.pén., art.222-7 N.C.pén. 15 ans de réclusion criminelle.

[10] Le maximum de la sanction pénale variera de quelques années d'emprisonnement, devant le tribunal correctionnel en cas de délit de coups et blessures volontaires, (2 ans art.309 C.pén., 3ans art.222-11 N.C.pén.), jusqu'à la réclusion criminelle prononcée par la Cour d'Assises, en cas de crime de meurtre, (trente ans art. 221-1 N.C.pén., à perpétuité art.304 C.pén.).

L'omission de porter secours n'est punissable qu'autant qu'il est prouvé qu'une personne était en danger. Si le prévenu démontre que la personne était morte, il n'encourt plus aucune sanction pénale. Le raisonnement peut être étendu à d'autres infractions qui visent à protéger les vivants. Les menaces, les injures, le chantage, supposent une victime vivante au moment des faits. Quant à la personne poursuivie, c'est l'existence de l'action publique qui repose entièrement sur le fait que l'auteur d'une infraction soit vivant ou mort. [1]

Il revient au législateur d'exprimer la volonté de la société française quant aux valeurs fondamentales que sont la vie et la mort. "*La notion de personne n'est pas le résultat d'un jugement d'existence, mais celui d'un jugement de valeur. De ce jugement dépend la définition de ce que nous pouvons nous permettre et de ce que nous devons nous interdire de faire de l'homme et du sujet qu'il est déjà potentiellement ou qu'il est encore en ces états.*" [2]

L'intérêt du corps médical pour l'utilisation de tout ou partie du cadavre humain ne date pas de l'apparition des greffes d'organes ; les médecins avaient depuis longtemps franchi le cap de l'inviolabilité quasi-sacrilège de la dépouille humaine, à des fins expérimentales et pédagogiques. Malgré les différences fondamentales entre utilisation à but spéculatif et à but opératif, il apparaît que l'autorisation des atteintes au cadavre dans l'intérêt de la science ont précédé la justification des prélèvements d'organes.

B) Les atteintes au cadavre permises dans l'intérêt de la science

Des atteintes à l'intégrité du cadavre peuvent être effectuées au profit de la justice (autopsies judiciaires), au profit de la santé publique (prélèvements en vue de greffe), et au profit de la science (autopsies, dissections, et prélèvements scientifiques). [3] L'histoire a montré que l'intérêt scientifique a précédé l'intérêt thérapeutique en autorisant les dissections (1°) puis les autopsies (2°).

1°) La dissection

Il apparait nettement que l'antiquité eut le plus grand mal à surmonter l'interdit moral que lui imposait la violation de sépulture. [4] La curiosité scientifique devait pourtant pousser les plus audacieux chercheurs à dépasser leurs appréhensions pour tenter de trouver chez les morts des réponses aux questions posées par les vivants. [5] La conception morale très restrictive de l'Eglise

---

[1] "L'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu (...).", art.6 al.1, C.P.P.

[2] LABRUSSE-RIOU Catherine, *La vérité dans le droit des personnes*, in *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgeois, 1988, p.169.

[3] Nous signalerons ultérieurement l'hypothèse d'un prélèvement à but thérapeutique sur un cadavre qui nécessite préalablement des examens médico-légaux.

[4] "Depuis que l'humanité a pris conscience d'elle-même, elle y respecte pourtant, au delà de la mort, l'homme qui n'est plus. Et c'est à partir de ce respect que la préhistoire distingue l'homme des grands primates. L'homme seul ensevelit ses morts !", SAVATIER René, *Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains*, J.C.P.1969-I-2247 Les grecs et les romains avaient réglementé très précisément les obligations d'inhumation : "même le droit de la guerre des deux peuples prescrivait l'inhumation des ennemis morts au combat. Des traités et des armistices étaient conclus à cet effet. On renonçait même à la victoire pour pouvoir enterrer les morts.", DIERKENS Raphaël, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, précité, p.140. "Si le cadavre n'est plus rien (ce «res nullius», selon la sévère formule du droit romain), le respect de la personne humaine s'étend toutefois jusqu'à sa dépouille mortelle. C'est la raison pour laquelle l'autopsie ne peut qu'être étroitement réglementée.", SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, Masson 1989, p.421.

[5] Les rites d'embaumement des funérailles égyptiennes instruisaient déjà les médecins : "les momies Egyptiennes nous montrent, en effet, à quel niveau d'efficacité les préparateurs étaient arrivés, grâce à l'éviscération. L'ouverture de cadavre à embaumer instruisit, de facto, les médecins de l'époque, sur la constitution interne du corps humain.", D'ALLAINES Claude, *Histoire de la chirurgie*, P.U.F. 1984, p.21 Certains auteurs rapportent un épisode cruel de l'étude de l'anatomie à Alexandrie, deux anatomistes sans scrupules, Erasistrate et Hérophile, auraient, sur ordre du roi, Ptolémée Soter, pratiqué des dissections sur deux criminels vivants, au III° siècle av.J.C., DARMON Pierre, *Le vol de cadavre et la science*, Revue Histoire 1982, n°48, p.31. GALIEN (médecin grec 131-201) ne relate dans son oeuvre que des dissections de singes, mais la précision de ses observations anatomiques amena les savants de la Renaissance à la conviction qu'il n'avait pas pu ne pas disséquer de cadavres humains.

catholique quant aux atteintes à l'intégrité physique humaine, créature divine, devait nettement limiter la pratique de la dissection. [1]

La pression des médecins et des Souverains [2], conscients de l'intérêt pédagogique de l'exploration du cadavre, amena l'Eglise à reconsidérer sa position. [3] "*Lorsqu'en 1566 Charles IX de France, pour dissiper ses scrupules posa cette question à la Faculté de théologie de Salamanque : « Est-il permis à un chrétien de disséquer les cadavres humains ?», les théologiens espagnols furent obligés de répondre affirmativement.*" [4]

Les XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles allaient voir les dissections se multiplier dans des buts aussi éclectiques que la connaissance scientifique, l'utilisation artistique, et même le snobisme de bourgeois curieux. [5] Molière ne manqua pas de railler cette étrange lubie. [6] Les problèmes nés de l'approvisionnement en cadavres et des trafics liés aux pillages de cimetières allaient susciter les premiers textes administratifs de réglementation. [7]

Le pouvoir royal attribua à certaines universités [8] le monopole des dissections et réglementa les procédures d'autopsies judiciaires. Les quelques textes réglementaires épars que l'on peut trouver au cours du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècle concernent les dissections sous l'angle de la police sanitaire. [9]

La loi du 15 novembre 1887 a institué le principe de la liberté des funérailles qui permet à chacun de prévoir le devenir de sa dépouille. [10] La procédure du don de corps à la science est

---

1 Le concile de Tours condamna en 1163 la chirurgie comme une pratique barbare : "Eclesia abhorret a sanguine". Cette affirmation fut confortée par la bulle du Pape Boniface VIII, en février 1300, interdisant la dissection sur l'homme.

2 Quelques hommes s'illustrèrent par leur opposition active à l'interdiction papale, Mundine de Luzzi, dès 1315, à Bologne, ose disséquer publiquement deux cadavres humains, en prenant soin toutefois de ne pas en ouvrir la tête, et de choisir des femmes que certains pensaient dépourvues d'âmes. La France connait quelques grands noms qui vont contribuer au rayonnement de l'Université, ainsi Henry de Mondeville, (1260-1320), et Guy de Chauliac, (1300-1370), qui va disséquer clandestinement au profit des étudiants de Montpellier. "Tout artisan est tenu de sçavoir ou cognoistre le subjet sur lequel il travaille ; autrement il erre en oeuvrant, (...), il s'ensuit donc qu'il est nécessaire aux chirurgiens de sçavoir l'anatomie.", D'ALLAINES Claude, *Histoire de la chirurgie*, précité p.32. Un édit du Duc Louis d'Anjou, daté de 1376, va donner la permission aux médecins de prendre chaque année le cadavre d'un supplicié, aux fins de dissections. Léonard de Vinci, (1452-1219), lui même, aurait disséqué plus de trente cadavres et dessiné des planches anatomiques, restées méconnues pendant plus de trois siècles. FAUVET Jean, *Les étapes de la médecine*, P.U.F.1948, p.64. Vesale (anatomiste Flamand, 1514-1564) va corriger grâce à des dissections publiques des erreurs de Galien qui duraient depuis plus de mil ans.

3 "L'Eglise, comprenant le caractère irréversible du mouvement nouveau, autorisera les dissections en 1480, par la voix de Sixte IV.", FAUVET Jean, *Les étapes de la médecine*, précité, p.51.

4 BROCAS Roger, *Le droit d'autopsie, étude historique et juridique*, Thèse Droit Paris 1938, p.24.

5 ARIES Philippe, *L'homme devant la mort*, T. 2, *La mort ensauvagée*, précité, p.76-77.

6 "Thomas DIAFOIRUS : - avec la permission de monsieur, je vous invite à venir voir, l'un de ces jours, pour vous divertir, la dissection d'une femme, sur quoi je dois raisonner. - TOINETTE : - le divertissement sera agréable. Il y en a qui donnent la comédie à leurs maîtresses ; mais donner une dissection est quelque chose de plus galant.", Molière, *Le malade imaginaire*, 1673, acte II, scène VI.

7 L'engouement pour l'exhumation de cadavre devait justifier des protections armées des cimetières, mesure dont on trouve la trace jusqu'à un passé plus récent. Ainsi au 19° siècle, à l'occasion de la mort à Vienne de Joseph HAYDN le 1er juin 1809, Napoléon ordonna qu'un peloton de grenadiers veillât sur la tombe, en vain puisque deux maniaques de la science réussirent à subtiliser le corps pour vérifier si Haydn avait la bosse de la musique ! BROCAS Roger, *Le droit d'autopsie*, précité, p.45.

8 "En 1582, la Faculté de Médecine avait obtenu du Parlement un arrêt ordonnant «que nul ne pourrait faire d'autopsie que sous la direction d'un docteur en médecine et que nul cadavre ne pourrait être délivré, soit par le juge criminel, soit par le bourreau, soit par les maîtres de l'Hôtel-Dieu, soit par le prévôt des maréchaux, sans une permission signée du Doyen de la Faculté et scellée du grand sceau des écoles.», registres de la Faculté, T. VI, fol.151, cité par BROCAS Roger, *Le droit d'autopsie*, précité, p.36. cf. aussi Edit de septembre 1724, (Louis XIV), attribuant le titre de "Collège royal de chirurgie" au collège de Saint-Côme, p.38.

9 "Une ordonnance du Directeur général de la police, en date du 11 janvier 1815, interdit de prendre des cadavres dans les cimetières, de les ouvrir tant que la mort ne remonte pas à vingt-quatre heures, et ordonne de ne procéder aux enlèvements de corps que de nuit, en utilisant une voiture couverte. Quant aux dissections, il peut y être procédé, soit dans les amphithéâtres des facultés de médecine, soit dans ceux des hôpitaux situés sur l'emplacement de l'ancien cimetière de Clamart. Il est interdit d'emporter à domicile les fragments des corps ainsi que de procéder aux dissections entre le 1er mai et le 1er novembre - pour des raison climatiques évidentes." GEORGEL Jacques, *Le droit au corps, cadaver*, R.D.H. 1974, p.490 Une ordonnance du Préfet de Police rendue le 15 octobre 1913 supprima les amphithéâtres particuliers ou cabinets d'anatomie, autorisés par l'arrêté du gouvernement en date du 3 vendémiaire An VIII. GEORGEL Jacques, ibidem,.p.491.

10 "Tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler les conditions de ses funérailles notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sépulture. Il peut charger une ou plusieurs personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions. Sa volonté, (...), a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens, elle est soumise aux mêmes

soumis à la condition du consentement exprès du défunt qui doit avoir exprimé de son vivant la volonté que son cadavre puisse être l'objet d'une dissection parfois appelée autopsie universitaire. [1]

Les dissections à but pédagogiques pour les étudiants et les praticiens ne peuvent se pratiquer que dans un institut médico-légal ou un laboratoire d'une faculté de médecine, sur les cadavres de personnes ayant expressément donné leur corps à la science. Le praticien qui violerait des sépultures pour se fournir en sujets d'anatomie ne pourrait invoquer aucune justification pénale pour empêcher l'application des sanctions de l'infraction pénale. [2]

2°) L'autopsie

Les praticiens de l'art médical utilisent couramment une terminologie particulière, habitude qui n'échappe pas au domaine de l'étude du corps mort. Les termes d'expertises thanatologiques [3], d'examen de cadavre ou de nécropsies [4], se retrouvent alternativement pour désigner ce que le droit connaît sous le terme d'autopsie, qu'il faut distinguer du terme de prélèvement qui évoque l'idée de soustraction d'une partie par rapport à un tout.

L'acte du médecin qui pratique des incisions sur un cadavre humain peut avoir pour but la conservation du corps : c'est l'embaumement, ou la découverte de l'intérieur du corps : l'autopsie, ou le prélèvement d'organes ou de tissus. L'autopsie peut être pratiquée dans un but judiciaire (a) : rechercher des éléments utiles à la manifestation de la vérité des faits ayant des conséquences juridiques [5] ou dans un but scientifique (b) : rechercher des éléments utiles à la connaissance scientifique. [6]

a) L'autopsie judiciaire

On trouve les premières traces d'une procédure juridique d'examen des corps morts dans un but judiciaire dans l'Ancien Testament [7], mais plusieurs arguments expliquent les limitations et les

---

règles quant à sa révocation.". Ce texte, toujours en vigueur prévoit dans son article 5 : "sera punie des peines portées aux articles 199 et 200 du Code pénal (...) toute personne qui aura donné aux funérailles un caractère contraire à la volonté du défunt ou à la décision judiciaire, lorsque l'acte constatant la volonté du défunt ou la décision du juge lui aura été dûment notifié.", L.15 nov. 1887, art.3 al.1 et art.5, D.1887-4-101.

[1] "L'autopsie universitaire. Elle résulte du legs du corps à une faculté de médecine, à des fins d'enseignement médical de l'anatomie. (...) C'est ainsi qu'il est possible, de son vivant, de décider de faire don de son corps post-mortem à la science. Il suffit d'une déclaration manuscrite et signée (adressée au laboratoire d'anatomie de la faculté de médecine)., SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, précité, p.418.

[2] Art.360 C.pén. et art.225-17 N.C.pén.

[3] *La médecine légale en France*, Rapport du groupe de travail chargé d'étudier les problèmes de Médecine légale, Ministère de la justice, mars 1975, Masson, 1975, p.29.

[4] KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.451.

[5] Le médecin légiste peut engager sa responsabilité professionnelle en cas de négligence ou d'erreur au cours de l'exécution de l'autopsie. Ainsi, le fait de faire des constatations erronées sur la dentition, sur la taille et sur des cicatrices lorsque ces erreurs ont créé un doute sur l'identification du cadavre causant un faux espoir à une mère de revoir son fils. T.G.I. Paris, 27 févr. 1991, Jurisdata n°046866.

[6] Les médecins, forts de leur formation éminemment cartésienne, répugnent à ne pas comprendre l'enchaînement des causes et des effets dans le domaine de la santé. c'est pourquoi ils s'efforcent par tous moyens, y compris l'autopsie, de découvrir les causes de la mort. "T. - Adieu. Je suis fâché de vous quitter si tôt ; mais il faut que je me trouve à une grande consultation qui se doit faire pour un homme qui mourut hier. - Argan - Pour un homme qui mourut hier ? - T.- Oui : pour aviser et voir ce qu'il aurait fallu lui faire pour le guérir.", Molière, *Le malade imaginaire*, (1673), acte III, scène 14.

[7] "Quand on trouvera dans la terre que le Seigneur ton Dieu va te donner, le cadavre d'un homme tué, et que le coupable sera inconnu...", Deutéronome, XXI,1.

freins d'une véritable démarche médico-légale. [1] Les règles de droit ne pouvaient germer qu'après que soit constituée cette catégorie particulière de médecins que sont les experts. [2]

Or, la procédure laïque est longtemps restée en retard sur la procédure canonique en matière d'expertise. [3] Comme l'Eglise était d'abord opposée, puis réticente [4], vis-à-vis des actes de dissections et que les cas de décès criminels relevaient de la justice de droit commun, il fallut attendre la grande Ordonnance criminelle de 1670 [5] pour voir les premiers textes juridiques de réglementation de la médecine légale.

De plus, les médecins sont longtemps restés les intellectuels de la communauté médicale par rapport aux chirurgiens qui effectuaient les tâches manuelles. [6] Or, seuls les chirurgiens, parents pauvres de la profession, accomplissaient les gestes sanglants sur les corps vivants comme sur les corps morts. Cette traditionnelle rivalité ne pouvait pas favoriser l'émergence d'une réglementation de l'autopsie. La création du corps des chirurgiens-jurés et la désignation de leur mission d'expertise les désignaient comme responsables des autopsies, sans pour autant que soit défini un droit de l'autopsie. [7] Ces événements préfiguraient le droit moderne qui s'inspira très largement des règles de la fin de l'Ancien Régime. [8]

Les autopsies judiciaires, destinées à apporter à la justice des éléments utiles à la manifestation de la vérité [9], furent autorisées par le Code d'instruction criminelle puis par le Code de procédure pénale sans qu'ait à être recherchée la volonté du défunt avant sa mort. La recherche de la manifestation de la vérité est une des fonctions du juge d'instruction qui peut requérir un médecin aux fins d'autopsie. [10] En cas d'autopsie judiciaire le médecin ne pourra pas être pénalement

---

[1] Le terme de morgue date de l'époque médiévale, lorsque la médecine-légale était à ses balbutiements : "Morgue : On appelle ainsi une geole basse qui est dans la cour du grand-Châtelet à Paris, où l'on expose les cadavres des noyés, ou de ceux trouvés morts dans les rues & qui ne sont point reconnus ou réclamés sur le champ. Cette geole se nomme morgue, du verbe morguer, qui dans l'une de ses deux significations veut dire regarder fixement, comme l'on fait du cadavre exposé à la morgue, que l'on ne peut reconnoitre si on ne le regarde fixement.", DENISART J.B., précité, 1775, V° *Morgue*, T.3, p.281-282

[2] Edit de Philippe le Bel de novembre 1311 établissant des médecins, des chirurgiens et des matrones, jurés au châtelet, juridiction criminelle de la vicomté et de la prévôté de Paris, avec pour mission de faire des visites et des rapports pour le prévôt et sa justice. PILLEMENT P. Dr, *Histoire de la médecine légale en Lorraine*, Revue médicale de l'Est 1905, p.19.

[3] DARMON Pierre, *Le tribunal de l'impuissance*, Points-seuil 1986, p.90-91.

[4] L'interdit pontifical bride les audaces des premiers experts qui observent et rapportent après "avoir veu, visité, regardé, tasté, cerchié et manié, par tous les membres, conduis et entrée du corps.", BOSSU Louis, *Médecins-experts et médecine légale au 14 ° siècle*, Paris Maloine et Picard 1908, p.21.

[5] ESMEIN A., *Histoire de la procédure criminelle en France depuis le XIII° siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Labrose et Courcel 1882, p.267-268.

[6] "L'expertise ressemble d'abord à une leçon d'anatomie. Les chirurgiens palpent, triturent, dissèquent, tandis que les médecins raisonnent, dissertent, conjecturent.", DARMON Pierre, *Le tribunal de l'impuissance*, précité, p 186.

[7] Les chirurgiens-jurés pouvaient décider une autopsie de leur propre chef ou à la demande expresse du lieutenant criminel le but étant d'informer la justice le plus complètement possible sans restriction de moyens : "Les visites & rapports des médecins & chirurgiens sont nécessaires en matieres criminelles, lorsqu'il s'agit de meurtres, d'assassinats, de blessures & autres délits de cette espèce ; parce qu'ils peuvent instruire le juge de la nature du crime dont il s'agit, & lui apprendre s'il est plus ou moins répréhensible.", DENISART J.B., précité, 1775, T.IV, V° *Rapport*, p.80. Sur les indications d'"ouverture de corps", et notamment les questions d'empoisonnement, de grossesse recelée, de possession diabolique et de miracle cf. PREVOST, *Principes de jurisprudence sur les visites et rapports judiciaires des Médecins, Chirurgiens, Apoticaires & Sages-Femmes*, Paris 1753.

[8] "Lorsqu'il y aura des signes ou indices de mort violente ou d'autres circonstances qui donneront lieu de le soupçonner, on ne pourra faire l'inhumation qu'après qu'un officier de police, assisté d'un docteur en médecine ou en chirurgie aura dressé procès-verbal de l'état du cadavre.", art.81 Code civil "S'il s'agit d'une mort violente, ou d'une mort dont la cause soit inconnue et suspecte, le procureur de la République se fera assister d'un ou de deux officiers de santé qui feront leurs rapports sur les causes de la mort et sur l'état du cadavre.", art.44 du Code d'instruction criminelle. BROCAS expose de manière très détaillée la procédure, les autorités policières et les magistrats compétents pour ordonner les mesures d'enquête ou d'instruction utiles parmi lesquelles il place l'autopsie, BROCAS Roger, *Le droit d'autopsie*, précité, pp.65-70.

[9] L'autopsie judiciaire vise généralement à connaître les causes exactes de la mort, mais parfois aussi les circonstances de la mort et lorsque cela peut avoir un impact sur le contentieux ou l'action publique, la date exacte du décès. Toutes les technologies modernes peuvent être mises à contribution, microscope électronique, scanner etc... La zoologie est parfois utile ! "Cette méthode fondée sur l'étude des insectes et des acariens retrouvés sur un cadavre. La détermination aussi précise que possible de l'âge des différents stades permet souvent une estimation rigoureuse de la date de la mort.", LECLERCQ Marcel, *Entomologie et médecine légale, datation de la mort*, précité, p.51.

[10] Art.32, 41 et 46 C.I.C., pour le Procureur de la République, art.61 C.I.C. pour le juge d'instruction, art.74 C.P.P.pour le Procureur de la République, art. 81 C.P.P. pour le juge d'instruction. Le Procureur de la république est compétent pour ordonner une autopsie "en cas de découverte d'un cadavre qu'il s'agisse ou non d'une mort violente, mais si la cause en est inconnue ou suspecte.", art.74 C.P.P. Cette procédure est appelée enquête de recherche sur les causes de la mort.

poursuivi pour les actes qu'il a accompli, car il bénéficie du fait justificatif de permission de la loi et de commandement de l'autorité légitime (réquisition ou mission d'expertise).

Il faut étudier l'hypothèse particulière dans laquelle un cadavre présente un problème médico-légal et simultanément une utilité potentielle pour un prélèvement à but thérapeutique. Les victimes d'accidents de la circulation, d'accident du travail, d'infractions ou de suicides sont malheureusement d'excellents donneurs d'organes en raison de leur âge souvent peu élevé et, partant, du bon état de leur santé.

Or, la résolution des questions juridiques repose souvent sur l'analyse du corps des victimes, examens qui ne peuvent être effectués avec certitude qu'en dehors de toute altération du cadavre.

C'est pourquoi il faut coordonner dans le temps les interventions sur le cadavre, sans perdre de vue les impératifs, ni de la vérité au sens juridique, ni de l'utilité au sens médical. "*Si les circonstances ayant entouré la mort sont telles que, dans l'intérêt d'une preuve à apporter, le cadavre est susceptible d'être soumis à un examen médico-légal, le médecin qui a connaissance de ces circonstances doit s'abstenir de tout prélèvement qui rende aléatoire la preuve des causes du décès.*" [1]

Il convient, toutefois, de distinguer selon le but du prélèvement à effectuer. S'il est logique de veiller à ne léser aucune personne quant à la recherche de preuve, par un prélèvement à but scientifique, il serait fâcheux d'empêcher un prélèvement à but thérapeutique pour la simple raison qu'une incertitude juridique risque un jour de gêner les ayants-droit du défunt.

C'est pourquoi les circulaires d'application ont institué les règles pratiques suivantes : en cas de circonstances du décès laissant croire à une infraction, à un suicide, à un accident du travail, à une maladie professionnelle, ou un cas d'ancien combattant réformé, il faut l'accord du Procureur de la République pour effectuer un prélèvement scientifique. [2] Cela signifie que le magistrat peut empêcher à lui seul la réalisation du prélèvement. [3]

"*En ce qui concerne les prélèvements à but thérapeutique, c'est-à-dire les prélèvements en vue d'une greffe, la nécessité de secourir la vie devant prévaloir sur toute autre considération, il n'est pas possible de poser les mêmes interdictions de principe. Il appartiendra au praticien d'apprécier dans chaque cas, en fonction des constatations faites sur le corps, si le prélèvement peut être effectué sans gêner ou limiter l'efficacité d'une expertise ultérieure.*" [4] Ce qui se traduit en pratique par une information préalable du Procureur qui informe lui-même le juge d'instruction en cas d'ouverture préalable d'une instruction préparatoire. Il ne s'agit pas d'une demande d'autorisation. Le Procureur informé peut, tout au plus, demander au praticien responsable du prélèvement, de différer légèrement l'intervention, afin qu'un médecin légiste, commis par lui, puisse assister au prélèvement. [5]

L'empressement à guérir les receveurs ne doit pas justifier toutes les dérogations aux règles de la preuve juridique. Le non avertissement des autorités judiciaires, à l'occasion d'un prélèvement sur un cadavre dont les circonstances du décès peuvent poser des problèmes médico-légaux, constitue à l'évidence une violation de la loi. Mais la faute commise sera appréciée différemment selon que l'atteinte au cadavre visait une fin scientifique ou thérapeutique. On retrouve ici la problématique

---

[1] Décret n°78-501 du 31 mars 1978, art.22, al.2.

[2] Circulaire du 3 avril 1978, concernant le décret du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi du 22 décembre 1976, chapitre IV.

[3] Conformément à l'article L.477 du Code de la sécurité sociale qui permet aux ayants-droits ou à la caisse du défunt de demander au juge d'instance de faire procéder à une autopsie selon les règles du code de procédure civile, (art.303, 304 et 305).

[4] Circulaire du 3 avril 1978, concernant le décret du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi du 22 décembre 1976, chapitre IV, 2°.

[5] "Le coordinateur (trice) informera le substitut du procureur de la République (au Tribunal de Grande Instance) du lieu de l'accident s'il s'agit d'une mort violente ou suspecte. Notons que si un problème médico-légal se présente, il nécessitera l'intervention d'un médecin légiste délégué par le Substitut du Procureur.", France-Transplant, *Manuel pratique du prélèvement multi-organes, à l'usage des coordonnateurs locaux*, 1992, p.49. La rapidité de la procédure a incité les différents interlocuteurs à communiquer par voie de téléphone ou de télécopie. Une permanence a été instituée dans tous les parquets de T.G.I.

propre à l'état de nécessité et aux conflits de valeurs qui sous-tendent l'ensemble de la loi du 22 décembre 1976.

b) Les autopsies scientifiques

Le droit du XIX^{ème} siècle ne comporte que des textes épars au champ d'application limité à la ville de Paris [1] et fondés sur la notion d'autorisation administrative avant toute autopsie non judiciaire. [2] Un décret du 15 avril 1919 et un autre du 15 mars 1928 renouvellent les deux grands principes qui sont le délai de 24 heures et la nécessité d'une autorisation administrative [3] pour pratiquer une autopsie. Le premier texte réglementaire contemporain organisant juridiquement le statut des autopsies est un décret du 31 décembre 1941 [4], qui institua, dans son article 27, un régime fondé sur la notion d'autorisation administrative préalable. [5] Il fut complété par un décret du 17 avril 1943 précisant qu'une autopsie à but scientifique ne pourrait être pratiquée en cas d'opposition des familles. [6]

Le corps médical se plaignit de ne pas obtenir suffisamment de cadavres pour ses travaux de recherche en raison des restrictions nées de cette réglementation.

Ce fut cette pression médicale destinée à augmenter les possibilités de pratiquer l'autopsie des cadavres qui expliqua les réformes de l'année 1947. [7] Le premier texte dû rapidement disparaître en raison des dangereux dérapages que l'imperfection de sa rédaction aurait pu permettre. [8] Le décret du 20 octobre 1947 était plus explicite car il permettait d'autopsier sans l'autorisation des familles. [9] Malgré les apparences d'un accroissement de la sécurité des citoyens [10] et les espoirs de satisfaire la curiosité scientifique légitime [11], ce décret doit être sévèrement critiqué. D'une part, sur la forme en raison de la nature de la procédure normative suivie [12], d'autre part, sur le fond, en raison de son contenu.

---

[1] Ordonnance du 14 Messidor an XII, (5 juillet 1804), et ordonnance du 6 septembre 1839, BROCAS Roger, *Le droit d'autopsie,* précité, pp.86-87.

[2] Cf. l'affaire du Sieur Colombe médecin qui pratiqua une autopsie douze heures après le décès en couche d'une parturiente, qui fût poursuivi pour non-respect de l'ordonnance de 1839. Gazette des tribunaux 18 février 1843. Il fut condamné à 100 francs d'amende : "La sanction fut d'autant plus sévère qu'au cours de l'instruction le sieur Colombe s'était montré particulièrement grossier envers les autorités de police et que l'ombre de Cambronne elle-même fut, dit-on, évoquée.", BROCAS Roger, *Le droit d'autopsie,* précité, p.89.

[3] Emanant soit du maire et du Préfet de Police, (1919, art.15)), soit, à défaut, du commissaire de police ou du garde champêtre, (1928, art.23).

[4] Décret du 31 décembre 1941, D.A.1942 ,57.

[5] Autorisation préalable du maire, art.24, du préfet de police, art.26, ou de la famille, art.27.

[6] Décret du 17 avril 1943, portant réglementation d'administration publique de la loi du 21 décembre 1941 relative aux hôpitaux et hospices.

[7] Réformes entreprises en deux temps, à vingt-trois jours d'intervalle ! Décret du 26 septembre 1947 et décret n°47-2057 du 20 octobre 1947.

[8] Il prévoyait comme principe que les autopsies ne pouvaient avoir lieu que vingt-quatre heures après le décès et à la condition que la famille ne s'y soit pas opposée. L'exception était de taille, puisque si le médecin, chef de service estimait qu'un *intérêt public* était en jeu il pouvait décider une autopsie et des prélèvements immédiats même en cas d'opposition formelle des familles. L'exception fondée sur la vaste notion d'intérêt public vidait le principe de sa substance et de sa nature protectrice.

[9] "Dans les établissements hospitaliers figurant sur une liste établie par le Ministre (...) si le médecin chef de service juge qu'un intérêt scientifique ou de thérapeutique le commande, l'autopsie et les prélèvements pourront, même en l'absence d'autorisation de la famille, être pratiqués sans délai. Dans ce dernier cas, le décès devra être constaté par deux médecins (...). Un procès-verbal sera dressé par le médecin-chef constatant les motifs et les circonstances de l'opération", art.27 du décret du 20 octobre 1947, J.O. 23 oct.

[10] 1° limitation des établissements compétents, 2° l'intérêt scientifique ou thérapeutique doit "commander", 3° double constat médical du décès, 4° procès-verbal motivé. Le respect de ces formalités constituait un fragile rempart face au gigantisme des grands centres hospitaliers, à la délégation des pouvoirs dans chaque service, et au refuge pratique derrière le secret médical. cf:Le CLERE Marcel, *Les autopsies et le respect des droits de la personne humaine*, D.1964, chron.p.167, en particulier, p.169 col.1.

[11] Les médecins réclamaient le "désir de pratiquer librement les autopsies sans subir les pertes de temps fâcheuses résultant de l'obtention préalable d'une autorisation administrative. de sorte que les chercheurs et les étudiants en médecine ne disposaient pas toujours (...), des éléments nécessaires à leurs travaux. Or, il s'agit là d'une nécessité vitale." (sic), LUCE E.P., *Le régime juridique des autopsies et des prélèvements «post mortem»*, J.C.P.1964, I, 1827.

[12] Sur la forme, nombreux sont ceux qui pensent qu'il est critiquable d'avoir utilisé la technique juridique du décret, simple texte réglementaire, "On a pu s'étonner qu'un texte réglementaire accorde ainsi à l'Administration une prérogative qui porte atteinte aux droits moraux traditionnellement reconnus à la famille à l'égard de la dépouille mortelle d'un de ses membres. Il n'en est pas moins vrai que le décret de 1947 a institué une pratique administrative qui répond aux besoins de la science médicale sans susciter de protestations sérieuses de la part du public.", SAVATIER Jean, *Définition de la mort*, R.D.H. 1974, p.392, pour édicter des règles

Pour étendre les droits de la société sur le cadavre de l'homme, il paraît essentiel et indispensable que l'expression juridique soit la loi [1], ce qui fût le cas ultérieurement dans le domaine des atteintes au cadavre. [2] Sur le fond, le texte n'apporte aucune précision fondamentale sur le consentement à l'intervention médicale sur le cadavre. Le régime juridique créé par ce décret doit-il être compris comme tenant compte de l'avis des familles ou non ? L'opposition formulée devait-elle traduire le sentiment du défunt ou de ses proches ? Qui entrait dans la notion de famille ? [3] Malgré ces ambiguïtés, l'expérience ne montra pas de dérive notable dans l'application de ce texte. [4]

Les progrès scientifiques en matière de réanimation, en suscitant une refonte de la définition de la mort, allaient inspirer au législateur un texte nouveau.

L'Etat se prononça par une loi précise sur l'origine et la portée de l'autorisation aux atteintes à l'intégrité d'un cadavre. Selon les dispositions de la loi du 22 décembre 1976 : "*des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne, n'ayant pas fait connaître de son vivant le refus d'un tel prélèvement.*" [5]

Ce texte mérite toutefois que soient précisées les notions d'actes réalisés "à des fins scientifiques". S'agit-il de la recherche scientifique générale ou bien de la recherche des causes scientifiques du décès du cadavre que l'on veut autopsier. Il semble que le législateur n'ait pas différencié ces deux catégories d'actes. Sont donc soumis à la loi du 22 décembre 1976, aussi bien la recherche des causes ou des circonstances d'un décès particulier lorsqu'elle nécessite des prélèvements [6], que la recherche fondamentale destinée à faire progresser la connaissance de telle ou telle maladie.

Les atteintes à l'intégrité du cadavre dans un but scientifique sur le cadavre sont donc juridiquement assimilées en tout point aux prélèvements à but thérapeutique. Ce qui signifie que le mécanisme juridique est, dans les deux hypothèses, celui de la présomption de consentement. [7] La seule distinction entre l'autopsie scientifique et le prélèvement à but thérapeutique concerne le

---

contraires aux lois de l'époque. En particulier la loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles qui dispose, dans son article 3, que "Tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler les conditions de ses funérailles notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sépulture. Il peut charger une ou plusieurs personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions. Sa volonté, (...), a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens, elle est soumise aux mêmes règles quant à sa révocation.", ce texte, toujours en vigueur prévoit dans son article 5, "sera punie des peines portées aux articles 199 et 200 du Code pénal, (...), toute personne qui aura donné aux funérailles un caractère contraire à la volonté du défunt ou à la décision judiciaire, lorsque l'acte constatant la volonté du défunt ou la décision du juge lui aura été dûment notifié.", L. 15 nov. 1887, sous art.901 C.civ. La jurisprudence était très précise sur l'ordre de déférence de ce droit aux proches, cf: Le CLERE Marcel, *Les autopsies et le respect des droits de la personne humaine*, précité, p.168. D'autant que l'application concrète du décret fut entièrement soumise au contenu des circulaires ministérielles diffusées dans les hôpitaux, circulaires qui n'ont aucune valeur juridique pour les tiers malgré l'importance pratique, parfois fondamentale de leur contenu. "Je considère inadmissible, (...), qu'un ministre ou un chef de bureau du Ministère de la Santé Publique, puisse décider dans une circulaire non publiée, qu'un individu mort puisse être mis en pièces sur une simple estimation d'un membre du corps médical et sans que la famille ait un quelconque droit de regard sur une telle décision.", GEORGEL M., *Le droit au corps, cadaver*, R.D.H. 1974, p.395.

[1] Conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen 1789, "L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres la jouissance de ces mêmes droits ; ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.", art.4, et aussi "Nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas, art 5.

[2] L. 7 juill. 1949 pour les prélèvements de cornée, L. 22 déc. 1976 pour les prélèvements d'organes.

[3] Le CLERE analyse l'évolution des circulaires de l'administration qui, partant d'une conception exagérément extensive, "les chefs de service peuvent pratiquer sans délai l'autopsie de tous les corps réclamés par les familles.", s'adoucirent par l'effet des campagnes de presse, sans pour autant atteindre des sommets de protection des citoyens :"les oppositions ne sont admises qu'après le décès. Elles sont recevables exclusivement de la part des ascendants et descendants en ligne directe et du conjoint survivant.", circulaire 3 février 1948, et 23 mai 1951 citées par Le CLERE Marcel, *Les autopsies et le respect des droits de la personne humaine*, précité, p.169.

[4] "Bien qu'ayant suscité quelques protestations parce qu'il permettait de pratiquer des autopsies sans autorisation explicite des familles, le décret de 1947 n'avait pas donné lieu à des abus.", SAVATIER Jean, *Les prélèvements d'organes après décès*, précité, p.21.

[5] Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976, relative aux prélèvements d'organes, art.2, al.1.

[6] Prélèvements de viscères destinés à un examen histologique ou toxicologique. cf. O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, T.2, p.1272.

[7] C'est pourquoi il n'y a pas lieu de disserter sur la non-prise en compte du consentement des défunts pour les prélèvements scientifiques. Contra cf. "A propos du but scientifique du prélèvement, s'il est possible de faire comprendre à l'opinion publique les raisons humanitaires qui justifient l'établissement d'une présomption de consentement au prélèvement à des fins thérapeutiques, il sera difficile de lui faire admettre la nécessité d'un prélèvement d'organe à des fins uniquement scientifiques, sans que la personne ait manifesté de son vivant, son consentement.", CHARAF-ELDINE A., *Les prélèvements d'organes, commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, précité, p.457.

cadavre du mineur pour lequel, selon le Conseil d'Etat, le refus des parents ne peut pas empêcher une autopsie scientifique alors que ce refus empêcherait tout prélèvement à but thérapeutique.

Le Conseil d'Etat exprima cette solution lorsqu'il fût saisi d'une action en responsabilité contre un hôpital de Marseille accusé d'avoir commis une faute [1], en laissant pratiquer un prélèvement à but scientifique sur un mineur sans avoir recueilli le consentement exprès du représentant légal. [2]

Par une lecture littérale de la loi de 1976, le Conseil d'Etat débouta les demandeurs. Cette solution essuya les critiques du commentateur qui semble se tromper de cible en attaquant la juridiction plutôt que la disposition légale moralement incompréhensible. [3]

Il y a donc trois catégories d'atteintes licites au cadavre de l'être humain dans un but scientifique. L'autopsie judiciaire qui peut être ordonnée y compris contre l'avis du défunt. [4] L'autopsie scientifique qui peut être être pratiquée sauf en cas de refus de la personne décédée. Et la dissection qui suppose le recueil de l'approbation expresse de la personne avant sa mort.

Il apparaît que la permission de porter atteinte au cadavre dans un intérêt scientifique a précédé l'autorisation de prélever des organes sur le cadavre d'un donneur dans le but de soigner un receveur. L'intangibilité ou inviolabilité, du cadavre n'étant plus des principes absolus, il n'est pas étonnant que la société admette consensuellement la notion de prélèvement à but thérapeutique.

§ 2) Les atteintes au cadavre permises dans un but thérapeutique

On ne peut enfreindre les valeurs sociales de protection du cadavre que dans un but supérieur, lui-même reconnu comme permettant une dérogation à l'interdiction générale.[5] "*Ce n'est pas manquer de respect à un cadavre que d'en revitaliser des éléments, en les greffant sur un homme à sauver. Car, dans la hiérarchie des valeurs, celles qu'on sauve sur l'homme vivant, personnifiant l'esprit, priment celles du cadavre, qui, déserté par l'esprit, va retourner à la poussière.*" [6]

Le médecin transplanteur contemporain est suspect car, comme l'alchimiste médiéval tentait de transmuter le plomb en or, il promet de sauvegarder la vie en utilisant la mort. "*Cette «valorisation» du corps humain, en tant que réserve de tissus et d'organes, ne va pas sans susciter certaines difficultés juridiques, du fait que le corps est, en principe, inviolable et inaliénable. (...) les atteintes qu'on portera à son intégrité ne seront tolérables qu'autant qu'elles procéderont d'une*

---

[1] Suite au décès de la jeune Animala Camara, âgée de quelques mois, les médecins avaient pratiqué un prélèvement du coeur et des poumons aux fins d'examen anatomo-pathologique, sans demander aux parents leur opinion. L'imam mandé par la famille de confession musulmane refusa, au vu de la cicatrice, de réaliser les opération funéraires en raison de l'opposition de l'Islam aux mutilations des cadavres.

[2] "Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que le prélèvement sur la cadavre d'un mineur n'est subordonné à autorisation expresse de son représentant que dans le cas où ce prélèvement est effectué en vue d'une greffe et que, lorsque ce prélèvement est opéré à des fins thérapeutiques ou scientifiques et que, par conséquent il a pour objet de déterminer la cause du décès il peut être effectué sans consentement exprès, à condition qu'aucune opposition n'ait été consignée sur le registre de l'établissement ou portée à la connaissance du service hospitalier.", C.E. 17 févr. 1988, époux Camara, J.C.P. 1990-II-21421.

[3] "Puisque l'autorisation du représentant légal est nécessaire dans le cas d'un prélèvement en vue d'une greffe, où l'urgence commande, a fortiori une autorisation doit être également nécessaire lorsque le prélèvement est effectué dans un but de moindre importance, et alors qu'il n'y a aucune urgence. L'intérêt de la recherche scientifique, celui de la science médicale, est une chose trop vague et qui ne peut être mis en balance avec le principe de l'inviolabilité du corps humain.", FORT-CARDON Elisabeth, note sous C.E. 17 févr. 1988, époux Camara, J.C.P. 1990-II-21421.

[4] Qu'il faudrait rapprocher de l'hypothèse exceptionnelle d'autopsie ordonnée par le Préfet en cas de maladie suspecte, dangereuse pour la santé publique car elle déroge également à la Loi du 22 décembre 1976, puisque même le refus préalable du défunt n'en empêcherait pas la réalisation. "Lorsque le décès paraît résulter d'une maladie suspecte dont la protection de la santé publique exige la vérification, le préfet peut, sur l'avis conforme, écrit et motivé de deux médecins, prescrire toutes les constatations nécessaires et même l'autopsie.", art.363-20 C.d.com..

[5] Sauf à voir un jour la dérogation s'édifier en principe, ce qui pourrait être le cas dans une société affirmant que le cadavre des citoyens est une réserve d'organes pour les vivants, quelque soit la volonté des défunts et de leurs familles. Position que semble avoir adopté le pionnier de la greffe cardiaque : "Il est immoral d'enterrer un coeur sans qu'il serve.", BARNARD Christian Dr., cité par Paul-Julien DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes*, précité, p.150.

[6] SAVATIER René, *Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains*, Rapport au Colloque de l'amicale des magistrats résistants, 8 mars 1968, J.C.P. 1969-I-2247, n°5.

intention généreuse, élevée, et tendant à des fins positives, - cliniques, scientifiques ou didactiques." [1]

La religion catholique a admis très tôt la valeur positive des prélèvements en vue de greffe, par les voix de PIE XII [2], puis de Paul VI, encourageant le Dr.BARNARD à poursuivre ses efforts dans l'intérêt de l'humanité souffrante [3], thèse confirmée par Jean-Paul II, le 14 décembre 1989. [4] La religion juive semble avoir instauré une exception au principe fondamental de respect du cadavre en cas de prélèvement à but thérapeutique vital. [5] Alors que l'Islam paraît opposée à la notion de prélèvement post-mortem, en raison d'une sourate du Coran qui assimile les blessures et mutilations faites sur le cadavre aux actes accomplis sur le corps vivant [6], les pouvoirs publics tiennent compte de cette prohibition par voie réglementaire. [7]

Nous ne nous expliquons pas cette disposition excluant certains citoyens du droit commun, en raison de leur religion. Ne serait-il pas plus cohérent d'assurer une information précise et complète de toutes les communautés, y compris par le canal des autorités religieuses, afin que chacun puisse faire usage de sa liberté de refus de tout prélèvement prévue par la Loi du 22 décembre 1976.

Le débat évoluera certainement dans ce sens le jour où on constatera que c'est une considération religieuse qui rompt l'équilibre entre les citoyens face à la Loi. Nous rappelons qu'en matière d'interruption volontaire de grossesse le texte légal a pris en compte les convictions religieuses de chacun en prévoyant une clause de conscience individuelle. Aucun décret, aucune circulaire, n'a limité la pratique de l'I.V.G. pour les femmes enceintes ou les médecins catholiques, malgré la constante opposition de l'Eglise.

Le principe d'un prélèvement d'organe sur le cadavre est, malgré tout, globalement admis par la société française contemporaine qui approuve moralement que l'on utilise les morts pour soigner les vivants. "*Le droit rejoint la morale, rien n'empêche la transplantation du cœur ou d'un organe vital d'un homme mort sur un homme vivant pour sauver celui-ci. (...) Ce n'est point une simple figure de rhétorique, puisqu'aujourd'hui la solidarité humaine rejoint la charité chrétienne.*" [8]

La société française est traversée épisodiquement par des débats centrés autour de thèmes voisins. C'est ainsi que la décennie 1970-1980, a connu des bouleversements, sur le plan juridique, qui reflètent l'évolution sensible des valeurs concernant l'être humain, les rapports avec son corps et la notion fondamentale de famille. Le citoyen français du dernier tiers du XX^{ème} siècle a souhaité,

---

[1] ROSTAND Jean, Préface de l'ouvrage de Raphaël DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, précité, pp.8 et 10.

[2] "Il faut éduquer le public et lui expliquer, avec intelligence et respect, que consentir expressément ou tacitement à des atteintes sérieuses à l'intégrité du cadavre dans l'intérêt de ceux qui souffrent, n'offense pas la piété due au défunt, lorsque l'on a pour cela des raisons valables. Le consentement peut, malgré tout, comporter pour les proches parents une souffrance et un sacrifice. Mais ce sacrifice s'auréole d'une charité miséricordieuse envers les frères souffrants.", PIE XII, 13 mai 1956, cité par KORNPROBST L., *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.856.

[3] DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes*, précité, p.150.

[4] De GOUSTINE Patrick, *La détermination de la mort en droit positif*, précité, p.605 note 26.

[5] "La greffe se heurte à deux interdictions de la religion juive : ne pas porter atteinte au cadavre et ne pas tirer profit du cadavre. Mais il a été admis que l'on pourra enfreindre ces deux interdictions quand il s'agira de sauver une vie humaine.", Grand Rabbin KAPLAN, cité par DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes*, précité, p.151.

[6] Coran, Sourate XXX, verset 30, cité par DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes*, précité, p.150.

[7] La circulaire du 27 janvier 1955 sur les autopsies retenait déjà cette exception liée à la religion : "En raison des problèmes religieux qui pourraient être soulevés, aucun prélèvement ne devra être effectué en ce qui concerne les musulmans décédés.", KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.458. Mme GIGANTI cite à ce sujet, une circulaire du 22 mars 1976, qui copie littéralement le texte de 1955 : "En raison des problèmes religieux qui pourraient être soulevés, aucun prélèvement ne devra être effectué en ce qui concerne les musulmans décédés.", GIGANTI Nicole, *Les prélèvements d'organes*, ACTES 1985, n°49-50,*Le corps aux mains du droit : dossier bioéthique*, , p.13.

[8] COSTE-FLORET Paul, *La greffe du coeur devant la morale et devant le droit*, précité, p.790.

par la voix du Parlement, réformer le regard porté par le groupe social sur sa vie privée, au sens le plus large. [1]

Après avoir exposé le contenu de la loi du 22 décembre 1976, en ce qui concerne les prélèvements *post-mortem* (A), il faudra se pencher sur la question de la prise en compte de la volonté des défunts (B), et exposer les sanctions pénales applicables en cas de prélèvements illicites (C).

A) La loi du 22 décembre 1976 : le prélèvement d'un organe du mort au profit du vivant

L'apport essentiel de la loi du 22 décembre 1976 est d'avoir construit un édifice juridique global reconnaissant officiellement le principe des prélèvements et des greffes sur l'être humain. La sécurité des médecins et des citoyens, pas plus que la cohérence juridique, ne pouvaient se satisfaire des règles applicables jusque là, qui avaient été créées pour des situations voisines, telles que les inhumations, les autopsies où la chirurgie "classique".

La loi édicte deux principes fondamentaux : "*en vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante (...). Des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement (...).*" [2]

Cette loi organise globalement le droit de la transplantation d'organes en France et concerne à la fois les donneurs décédés et vivants. [3] La loi dépasse la seule notion de greffe à but curatif pour envisager également les prélèvements dans un intérêt scientifique. "*La grande vertu de la loi de 1976 c'est d'une part, d'ériger en principe la licéité de la transplantation d'organes et, d'autre part, de préciser les conditions juridiques de cette licéité.*" [4] Elle était nécessaire pour pouvoir justifier une atteinte médicale au corps, vivant ou mort, qui n'offre aucune utilité thérapeutique au sujet de l'intervention médicale.

La permission légale implicite qui justifie l'activité médicale "ordinaire" ne permettait pas les prélèvements d'organes : par défaut de but curatif personnel pour le donneur.

La loi du 22 décembre 1976 est donc le nouveau fait justificatif créé pour mettre fin aux hésitations, tant morales que juridiques, de la doctrine sur la licéité des atteintes au cadavre humain : "*de fait, lors de la discussion parlementaire relative aux prélèvements post-mortem, nul ne savait plus au juste si l'autorisation était le principe ou l'exception...*" [5]

La loi reconnaît que les progrès de la médecine et l'intérêt des citoyens méritent que l'on abandonne définitivement l'idée que le corps des défunts est intangible. La société reconnaît une

---

[1] Plusieurs législations expriment ces changements fondamentaux, la notion d'intimité de la vie privée (Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 modifiant l'article 9 du Code civil.), le droit de la filiation (Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation.), l'âge de la majorité légale (Loi n°74-631 du 5 juillet 1974 fixant à 18 ans l'âge de la majorité), le droit du divorce (Loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, et instituant, en particulier, le divorce par consentement mutuel), par exemple. Sur le plan pénal nous noterons, la dépénalisation de l'adultère (Loi n°75-617 du 11 juillet 1975, art 17 dépénalisant l'adultère, abrogeant les articles 336 à 339 du Code pénal), et de l'homosexualité (Loi n°82-683 du 4 août 1982 abrogeant l'article 331 alinéa 2 du Code pénal qui sanctionnait de peines correctionnelles les actes impudiques ou contre nature avec un mineur de même sexe), l'évolution de la protection de l'intégrité sexuelle (Loi n°80-1041 du 23 décembre 1980, nouvel art.332 du Code pénal modifiant la définition juridique du viol.), et l'abolition de la peine de mort (Loi n°81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort), et surtout la réforme du droit de l'avortement (Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 et loi n°79-1204 du 31 décembre 1979). C'est dans ce contexte que naquit la loi du 22 décembre 1976 (Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976, J.O. 23 déc., D.1977, 13), "Loi relative aux prélèvements d'organes", dite parfois "Loi CAILLAVET", du nom du sénateur Henri CAILLAVET, auteur de la proposition de loi n°436, adoptée définitivement le 14 décembre 1976.

[2] L. 22 déc. 1976, art.1 al.1 et art.2 al.1.

[3] Alors que la proposition de loi ne visait que les prélèvements d'organes sur le cadavre en vue d'une greffe thérapeutique. Les initiateurs de ce texte n'avaient, semble-t-il voulu régir que le domaine des greffes de rein. GRENOUILLEAU J.B., *Commentaire de la loi n°76-1181, du 22 décembre 1976*, précité, p.217.

[4] CHARAF ELDINE A., *Les prélèvements d'organes, commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, précité, p.446.

[5] JESTAZ Philippe, *Commentaire de la loi du 22 décembre 1976*, R.T.D.civ. 1977, p.198.

nouvelle valeur, l'intérêt thérapeutique ou scientifique, qui devient juridiquement supérieure à une valeur ancienne, le respect absolu de la dépouille mortelle.

La loi ne limite les prélèvements qu'en fonction de leur but. Entrent dans la notion de but thérapeutique aussi bien les greffes indispensables à la survie du receveur, comme certaines greffes cardiaques, que les greffes utiles à l'amélioration de sa santé, comme la greffe de rein, qui peut pourtant être, le plus souvent, remplacée par la dyalise rénale.

La loi n'ayant pas explicité le terme de "but thérapeutique", on peut en déduire que la perspective d'amélioration de la santé du receveur est une finalité suffisante conformément à la jurisprudence concernant les actes médicaux ordinaires. Il n'est pas besoin de prouver que la greffe sauvera le receveur d'une situation mortelle pour justifier le prélèvement. La justification repose sur la perspective d'une utilité thérapeutique certes, mais altruiste.

Cette reconnaissance s'est accompagnée d'un arbitrage entre les partisans d'un droit exclusif de l'individu sur son corps, tenant du respect du consentement exprès des défunt, et les adeptes des théories "collectivistes", préconisant un droit du groupe social sur les restes des membres de la collectivité, sans tenir compte des avis personnels des êtres décédés.

En matière de prélèvement d'organes sur le cadavre, le législateur a successivement utilisé plusieurs mécanismes de prise en compte de la volonté des défunts compte tenu de l'expérience de la loi de 1887 [1] qui permettait déjà les dons de corps à la science médicale. A aucun moment, il n'a été envisagé de ne pas tenir compte de l'avis des personnes décédées.

B) La prise en compte de la volonté des défunts

Après avoir affirmé que des prélèvements "à des fins thérapeutiques" pouvaient être effectués sur les cadavres, le législateur a déterminé un mode de prise en compte de la volonté des défunts. Abandonnant le principe du consentement exprès adopté par la loi du 7 juillet 1949 en matière de prélèvement de cornée (1°), la loi du 22 décembre 1976 a tranché pour la notion de consentement présumé (2°).

---

[1] L.15 nov. 1887 sur la liberté des funérailles, ss art.900-8 C.civ.. cf: "Bien que la préoccupation de législateur ait été davantage de placer le droit en conformité avec la notion de liberté, y compris au-delà du décès, ce texte toujours en vigueur autorise le don du corps à la science comme toute autre destination du corps voulue par l'individu de son vivant.", COLPART J.J., *Aspects légaux et juridiques du prélèvement d'organes*, in *Proposition d'amendement au Code de la santé publique*, France-Transplant, mai 1992, p.14.

1°) La spécificité du legs de cornée : le consentement exprès

Les yeux sont des "*fenêtres de l'âme*" [1] ce qui explique certainement l'attachement symbolique particulièrement fort des vivants à leurs yeux. La détérioration et l'opacification de la cornée sont connues depuis longtemps comme des causes de cécité. Or, le seul traitement efficace possible consiste à remplacer cette sorte de fenêtre nécessaire à la vue par une nouvelle calotte sphérique parfaitement transparente (la cornée est dépourvue de vaisseaux ce qui limite ses réactions d'intolérance aux tissus étrangers). Les médecins ont remarqué très tôt que la cornée oculaire des cadavres pouvait remplir cet office. [2]

Malgré les nombreux échecs dus aux connaissances rudimentaires en matière d'antisepsie, d'anesthésie et d'incompatibilité tissulaire, ce sont les premiers exemples de greffes réussies à partir d'un prélèvement sur le cadavre. [3] La greffe de cornée ne pouvait avoir d'intérêt thérapeutique que si le prélèvement avait lieu juste après le décès car le greffon ne conservait que quelques heures ses qualités de transparence. Il fallait agir vite (environ 8 h après le décès, la cornée devient vitreuse) ce que ne permettait pas les textes en vigueur en matière d'autopsie qui exigeaient un délai de 24 h. On vit donc pendant quelques années des médecins pratiquer en toute illégalité des prélèvements sur les cadavres, sans respecter le délai de 24 heures après le décès.[4]

Une campagne de presse inspirée par plusieurs associations de mutilés des yeux aboutit au dépôt d'un projet de loi, à l'initiative du ministre Bernard LAFAY, puis au vote très consensuel de la loi du 7 juillet 1949 qui ne comporte qu'un article. "*Les prélèvements anatomiques effectués sur l'homme en vue de la pratique de la kératoplastie, (greffe de cornée), peuvent être effectués sans délai et sur les lieux même du décès chaque fois que le de cujus a, par disposition testamentaire, légué ses yeux à un établissement public ou à une œuvre privée, pratiquant ou facilitant la pratique de cette opération. Dans ce cas, la réalité du décès devra avoir été préalablement constatée par deux médecins, qui devront employer tous les procédés reconnus valables par le ministre de la santé publique et de la population. Ils devront signer un procès-verbal de constat de décès relatant notamment la date et l'heure du décès, ainsi que les procédés utilisés pour s'assurer de sa réalité.*" [5]

Ce texte, qui fait toujours partie du droit positif malgré certaines imperfections, était une innovation juridique importante. [6] Pourtant, avant même d'analyser le contenu de la loi, il faut rappeler que son apport juridique principal est d'avoir montré le choix de société que constitue l'expression du législateur en matière d'atteinte au cadavre. Le processus législatif porté à son terme a créé une autorisation de la loi au profit de ceux qui en respectent le contenu.

Depuis 1949, on peut parler de droit des prélèvements, et de comportement légaux ou illégaux puisque le législateur a créé un véritable édifice législatif en la matière, ce qui n'avait jamais été le

---

[1] L'expression "fenêtre de l'âme" est employée par KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.852. D'où l'expression courante y tenir comme à la prunelle de ses yeux, qui représente bien à la fois la valeur fonctionnelle des yeux et le risque handicapant de la perte de la vue. cf. la troublante anticipation de St.Paul : "Où est donc cette magnificence que vous disiez ? Car j'atteste que, si vous aviez pu, vous vous seriez arrachés les yeux pour me les donner.", Saint-Paul, *Epître aux Galates*, IV, 15, Nouveau Testament, Pléiade 1989, p.614.

[2] Ils développèrent une technique de prélèvement d'un greffon, d'un centimètre carré d'une fine épaisseur d'un demi-millimètre, afin de le coudre sur l'oeil du patient. De nombreuses expériences fûrent pratiquées tout au long du 19ème siècle, à partir de cornées d'animaux ou de cadavres humains., DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes*, précité, pp.252-253.

[3] LAVAT Jean Dr., *Les kératoplasties ou greffes de cornées*, C.Laën. mars 1956, pp.13-14.

[4] "C'est donc clandestinement, à leurs risques et périls, que les ophtalmologistes allaient prélever l'oeil d'un accidenté.", DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes*, précité, p.255. Le risque, au sens pénal, ne concernant que l'infraction de violation de sépulture, puisque le cadavre n'était pas encore protégé en tant que tel en droit français, à défaut de sépulture.

[5] Loi n°49-890 du 7 juillet 1949, "Permettant la pratique de la greffe de cornée grâce à l'aide de donneurs d'yeux volontaires", J.O. 8 juill. 1949, B.L.D.1949, 704.

[6] "En France, on dénombre environ 55 000 aveugles. Parmi ceux-ci, 20% ont une cécité d'origine cornéenne et pourraient bénéficier, pour la plupart, d'une greffe de la cornée ; 1500 à 2000 donneurs par an suffiraient pour répondre à la demande, soit environ 0,4% des décès annuels. L'analyse de ces chiffres permet de comprendre que la stricte application des lois en vigueur permettrait aisément de couvrir la demande, ce qui est loin d'être le cas actuellement.", ROSSAZZA Christian et RATEAU Jean, *Prélèvement de cornée*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, précité, p.257.

cas auparavant. [1] La grande innovation a été de fonder entièrement la licéité du prélèvement sur la volonté expresse du défunt, modifiant ainsi la conception des pouvoirs publics concernant l'origine de l'autorisation de "toucher au cadavre". [2]

Renouant avec l'esprit de la loi du 15 novembre 1887 concernant les pouvoirs de l'homme sur ses funérailles, la loi de 1949 a entendu donner à chacun le pouvoir de décider de ce qu'il adviendra de ses yeux après sa mort. Nulle autre autorité n'est qualifiée pour décider d'une utilisation dans un but de greffe des yeux d'un être humain décédé, que lui même. L'homme devenait ainsi maître de son cadavre, en tout cas en ce qui concernait les prélèvements à but de kéroplastie.

Or, le législateur, soucieux d'incorporer dans l'édifice juridique la notion de consentement exprès à un nouvel acte sur le cadavre, sans perturber trop profondément le droit positif en vigueur à l'époque, calqua les modalités formelles d'expression du consentement sur le droit commun des funérailles qui privilégie la forme testamentaire. [3]

La formulation de la loi dépassa pourtant largement le droit commun en utilisant le terme "léguer ses yeux". Il est, en effet, classique de rappeler que tout legs doit porter sur un bien, une valeur patrimoniale. Or, le corps humain, ni en tout, ni en partie, ne peut être juridiquement placé dans cette catégorie. Cette terminologie, semble ne pas vouloir globalement remettre en cause la théorie qui veut que le corps humain soit hors du commerce ; elle résulterait plutôt d'une sorte d'abus de langage ! [4] "*L'expression légale est cependant intelligible. Le Législateur a voulu indiquer que la volonté du mort serait souveraine lorsqu'il aurait manifesté, dans son testament, l'intention de voir le greffon prélevé sur lui par une œuvre ou une administration habilitée.*" [5]

Cet écueil terminologique étant écarté, on pourrait croire que la loi est claire : soit le défunt a donné son accord par une disposition testamentaire, on peut prélever, soit il ne l'a pas fait, on ne peut pas prélever. Or, la doctrine s'inspira immédiatement de la jurisprudence applicable aux funérailles pour étendre les modes d'expression de la volonté du défunt au delà des prescriptions légales qui ne visaient que la forme testamentaire. [6]

Cette extension, bien que favorable aux receveurs de cornées, nous choque en ce qu'elle peut dénaturer entièrement la volonté du législateur, ce que sous-entendent les mots d'"interprétation des volontés du mort" et "autoriser le prélèvement", rôles dévolus aux proches, à défaut de disposition testamentaire. Certains auteurs se limitent au respect d'une volonté écrite du défunt trouvant là un moyen terme entre les dispositions légales restrictives et les conceptions doctrinales abusivement extensives. [7]

Nous voyons dans cette tendance la trace d'une pression du corps médical soucieux d'ouvrir au maximum la source d'organes à greffer, malgré un texte législatif restrictif puisqu'axé

---

[1] Cf: supra 2ème Partie, Titre 2, chapitre 1, les critiques que nous avons formulé sur l'utilisation de textes réglementaires en matière d'autopsie, au sujet du décret du 20 octobre 1947 et des circulaires subséquentes, p.351 et s.

[2] "Ce qui montre bien les hésitations du législateur, c'est précisément cette dualité de textes - d'une part le décret du 20 octobre 1947, qui autorise les prélèvements sans exiger ni une manifestation du défunt, ni l'accord de sa famille - d'autre part la loi du 7 juillet 1949 qui subordonne le prélèvement de la cornée à l'existence d'une disposition testamentaire l'autorisant.", MALHERBE J., *Médecine et droit moderne*, Masson, 1969, p.47.

[3] L. 15 nov. 1887, art.3, sous art.901 C.civ.

[4] Certains analystes utilisent malgré-tout l'interprétation littérale : "Les condamnés à mort frappés de la peine complémentaire de l'interdiction légale, meurent, en outre, intestat (articles 3 et 4 de la loi du 31 mai 1854) ; il serait, par suite, impossible de solliciter d'eux le legs de leurs yeux.", KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.858.

[5] SAVATIER R., *Problèmes juridiques*, C.Laën. 1956, p.24.

[6] "Il ne faut pas croire, en effet, qu'en l'absence de testament, le prélèvement de la cornée soit nécessairement illicite. Il est admis qu'en pareil cas, les proches du défunt sont les interprètes de la volonté posthume. Ce sont eux, par exemple, qui peuvent décider l'incinération du corps, à plus forte raison, peuvent-ils, par interprétation des volontés du mort, autoriser le prélèvement de la cornée sur ses yeux.", SAVATIER R., *Problèmes juridiques*, C.Laën.1956, p.25.

[7] "Le terme de «disposition testamentaire» est à prendre dans son sens large. Il suffit d'une manifestation de volonté écrite, claire, précise, signée et datée, elle peut figurer sur un papier, sur un mur, un ustensile de ménage, un carré de linge.", DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes*, précité, p.257.

essentiellement sur la volonté expresse des individus. De ces objectifs parfois contradictoires naissent les conflits d'interprétation. Le principe de la légalité criminelle impose pourtant au pénaliste d'analyser restrictivement la norme légale, en dépit des intérêts, mêmes les plus nobles, qui pourraient prôner une lecture plus souple ou plus "efficace" de la règle de droit.

L'apport subsidiaire de la loi de 1949 est principalement d'avoir inclu la dimension chronologique de la problématique du prélèvement à but de greffe en permettant l'intervention "sans délai". Le corollaire évident est de permettre ce prélèvement "sur les lieux mêmes du décès". On peut donc voir, dans les situations où la mort du donneur consentant est pronostiquée, un médecin prélever un ou des greffons, à l'Hôpital, à domicile dans les minutes qui suivent le décès. [1]

Lorsque le prélèvement a lieu à l'institut médico-légal, dans les heures qui suivent le décès, le médecin, bien qu'objectivement auteur d'une violation de sépulture, bénéficie alors du fait justificatif de permission de la loi.

Contrairement à la loi du 7 juillet 1949 "permettant la pratique de la greffe de cornée", la loi du 22 décembre 1976 a écarté le principe du legs exprès pour lui préférer la notion de présomption de consentement au prélèvement. Chaque être humain est censé consentir, tacitement, à une atteinte à son cadavre pratiquée après sa mort, nouvelle approche du "contrat social" : chacun consent par son silence aux prélèvements post-mortem prévus par la loi. "*La loi consacre une sorte de pouvoir d'offrande, pour ne pas dire de sacrifice d'autrui, à la cause publique de la recherche supposée conforme au bien public.*" [2]

2°) La loi de 1976 institue le consentement présumé au prélèvement "post mortem"

C'est certainement le souci d'assurer l'afflux d'une grande majorité d'organes qui a présidé au choix du consentement présumé. Cette nouvelle notion rompt avec les précédentes justifications des atteintes au cadavre (a) et crée des problèmes d'application dans les services qui pratiquent des prélèvements (b), en posant la question très concrète de l'incertitude quant à l'étendue des prélèvements licites possibles (c).

a) L'abandon de la référence au consentement exprès du défunt pour porter atteinte à son cadavre : le consentement présumé

L'article 2 de la loi du 22 décembre 1976 définit les conditions de justification d'un prélèvement *post-mortem*, en particulier en ce qui concerne la prise en compte de la volonté du défunt. "*Des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement. Toutefois s'il s'agit du cadavre d'un mineur ou d'un incapable, le prélèvement en vue d'une greffe ne peut être effectué qu'après autorisation de son représentant légal.*"

La présomption de consentement de tous les défunts à un prélèvement d'organe a été volontairement définie comme relative et non irréfragable. Elle peut être détruite par la preuve de

---

[1] Jusqu'en 1981, certains pronostics fatals pouvaient être établis très précisément, en matière de condamnation à mort. Il y eut, en effet, de nombreux cas de condamné à mort donneur d'yeux. Le respect de la volonté du défunt restant en toute hypothèse la règle essentielle, malgré les rumeurs circulant à l'époque sur le fait que le Ministère de la Justice autorisait toute sorte de prélèvements sur les cadavres des condamnés à mort exécutés. Cette rumeur non fondée est totalement contraire à la circulaire ministérielle du 1er juillet 1951 et à la loi du 7 juillet 1949 cf: DOLL Paul-Julien, *L'Homme mis en pièces : les transplantations d'organes*, R.D.H. 1974, p.436. La rumeur sur le prélèvement des yeux provient sans doute d'une extension fantasmatique des dispositions d'une circulaire du 25 août 1947, autorisant dans certains cas rarissimes, (non-réclamation du corps par la famille, autorisation du procureur général, condamné de droit commun, ville où se trouve une faculté de médecine), la remise du corps du supplicié à une faculté de médecine aux fins de dissections. cf: KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, pp.458-459 et p.859. On peut aussi penser à une réminiscence inconsciente des pratiques de l'Ancien Régime, par lesquelles le pouvoir administratif attribuait unilatéralement certains corps de suppliciés aux facultés de médecine. L'imagination populaire n'avait-elle pas inventé une peine complémentaire nouvelle, le droit de la société d'utiliser le cadavre des délinquants ?

[2] LABRUSSE-RIOU Catherine, *La maîtrise du vivant : matière à procès*, POUVOIRS 1991, n°56, *Bioéthique*, p.96.

l'opposition du défunt aux prélèvements légaux. L'acte n'est admis que "*sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement.*"

La nouvelle et forte valorisation de la protection du corps en vie, par rapport au corps mort, aboutit à ce que des atteintes à l'intégrité corporelle au profit d'autrui, qui n'étaient pas possible du vivant de l'individu, nonobstant son consentement explicite, deviennent possible après sa mort, en vertu d'un consentement implicite. Le législateur, par ailleurs prudent face à l'altruisme des vivants, n'hésite pas à présumer l'altruisme des morts.

La rédaction de ce texte montre-t-elle que le législateur est un monstre froid et calculateur ou, au contraire, un idéaliste sincère ? Le contenu du texte législatif peut, en effet, être analysé soit : comme un système privilégiant ostensiblement l'efficacité médicale et l'utilité sociale en se fondant sur une hypocrisie nécessaire, soit : comme une volonté d'inspirer une prise de conscience individuelle dont les résultats seront, à l'évidence, la création d'une chaîne de solidarité fraternelle.

La réalité doit procéder de la première démarche [1] si l'on en croit Monsieur BRAIBANT : "*cette doctrine du consentement implicite a été contestée ; elle pourrait être abandonnée si le Gouvernement et le Parlement le souhaitent, après avoir pesé les avantages et les inconvénients d'une formule qui force un peu les volontés du défunt, mais facilite des opérations indispensables pour sauver des personnes malades.*" [2]

Il faut étudier, d'une part, les problèmes d'application des dispositions sur le consentement et en particulier les fautes qui peuvent être commises par le personnel médical et d'autre part, le problème crucial de l'objet du consentement.

b) Les problèmes d'application du consentement présumé posés aux praticiens préleveurs

La morale et le droit enseignent que le consentement d'une personne n'a de réelle valeur que si l'individu est libre de consentir ou de refuser son accord et surtout s'il a été quantitativement et qualitativement correctement informé. Or, le sentiment des juristes corroboré par l'avis des autorités médicales compétentes est que l'information est si insuffisante que l'on ne peut pas parler aujourd'hui de réelle liberté de refus des citoyens [3] en raison d'une mauvaise connaissance de la loi. [4]

La non-connaissance de la loi reflète, selon-nous, les effets pervers d'une infantilisation volontaire de la population dont on organise l'utilisation du substrat humain de la personnalité dans

---

[1] De nombreux auteurs soulignent la recherche de l'efficacité qui a inspiré le législateur : "La présomption du consentement des personnes décédées, bien que sujette à critique, a permis de faire face à une demande d'organes de plus en plus pressante.", HORS Jacques et CAYLA Jean-Simon, *Développement des transplantations d'organes*, R.T.D.soc. 1986, p.581. "Tournant le dos à la nécessité d'une autorisation explicite, cette disposition qui fait de tout individu un donneur potentiel traduit la volonté du législateur de développer la transplantation en France grâce à un accroissement de la disponibilité des greffons.", Inspection Générale des Affaires Sociales, *Rapport sur les transplantations d'organes en France*, I.G.A.S. mai 1992, p.4. La pression du corps médical ne faiblit pas : "Il existe donc en France une insuffisance de rendement des prélèvements d'organes. Il s'en faut de beaucoup que tous les donneurs potentiels soient prélevés.", CARPENTIER A., *La transplantation d'organes. Etat actuel, problèmes éthiques et perspectives*, in Rapport Noëlle LENOIR, *Aux frontières de la vie*, T.2, p.23.

[2] BRAIBANT Guy, *Pour une grande loi*, POUVOIRS 1991, n°56, *Bioéthique*, p.118.

[3] "Cette «liberté» n'est qu'illusoire. Si la plupart des individus ne font pas connaître leur opposition à tout prélèvement d'organe c'est surtout par ignorance de la loi ou encore par crainte d'évoquer leur propre mort. Mais on ne peut sérieusement affirmer qu'il s'agit là d'un choix délibéré, équivalent à l'expression d'un consentement réel, libre et éclairé.", FORT-CARDON Elisabeth, note sous C.E. 17 févr. 1988, époux Camara, J.C.P.1990-II-21421. Madame LABRUSSE-RIOU n'hésite pas à parler de "l'hypocrite présomption de consentement et l'illusoire faculté de refus inaugurée en 1976.", LABRUSSE-RIOU Catherine, *La maîtrise du vivant : matière à procès*, précité, p.96.

[4] "Les enquêtes ont montré que seulement 16% des français connaissaient le contenu de la loi «Caillavet». De plus, par son caractère tacite, le consentement présumé ne pousse pas à la formulation du choix, et, en fait, au moment du prélèvement possible, les médecins préleveurs ne peuvent, le plus souvent, pas connaître le vrai choix du donneur potentiel.", CABROL Christian, in *Proposition d'amendement du Code de la santé publique*, France-Transplant, mai 1992, p.2. NAU Jean-Yves, "*80% des Français ignorent les conditions légales des prélèvements d'organes*", Le Monde 10 mars 1993, p.15.

une sorte de semi-clandestinité philosophique, au lieu d'élever la conscience des citoyens par une information intelligente qui n'eut pas manqué de développer les dons d'organes. [1]

"Avant de procéder à un prélèvement sur un cadavre, le médecin auquel incombe la responsabilité de ce prélèvement et qui n'a pas appris par d'autres voies que le défunt s'y était opposé de son vivant doit s'assurer que le refus de ce dernier n'a pas fait l'objet d'une inscription au registre, (...)." [2] Bien que l'on ait organisé un système de centralisation des refus de prélèvements il faut reconnaître que le dispositif légal pose de nombreux problèmes d'application concrète. [3]

Les règles légales sont claires, il faut rechercher la volonté du défunt en matière de prélèvement sur son organisme. On pourra prélever chaque fois qu'on n'aura pas la preuve de son refus, soit : en cas d'acceptation anticipée, de silence ou même de doute. [4] Encore faut-il que le médecin-préleveur se préoccupe de rechercher l'expression éventuelle de ce refus.

Dans l'absolu, cela permet au corps médical d'agir très promptement. Face à un individu décédé, n'ayant pas fait de mention expresse de son refus, par un écrit, ou tout autre moyen [5], il est possible de prélever.

En réalité, les médecins ont pris l'habitude de solliciter les familles des défunts pour solliciter leur témoignage quant à un éventuel refus de leur proche avant sa mort. *"Il faut obtenir l'autorisation des familles quand il s'agit d'un mineur, ou au moins son accord dans les autres cas. Rôle, ô combien difficile et délicat, du médecin qui doit prendre contact avec la famille, qui saura comprendre sa peine, la partager et, progressivement, sans contrainte, l'amènera au consentement du don."* [6]

Cette procédure aboutit parfois à l'expression d'une opposition de la famille qui, bien que sans effet sur le plan juridique paralyse dans les faits, l'action des médecins-préleveurs. [7]

Cette pratique s'explique par trois raisons. La première est d'ordre éthique et vise à avertir les familles que le défunt sera peut-être l'objet d'un prélèvement, et à recueillir le plus largement possible les témoignages quant à la volonté de la personne décédée. N'oublions pas que la famille, avant d'être l'entourage d'un futur et potentiel donneur, est au chevet d'un patient dont l'issue fatale n'est pas toujours flagrante. Les premiers contacts humains porteront sur l'explication médicale de la mort. [8] La seconde explication est d'éviter de heurter les familles qui pourraient découvrir a

---

[1] "La collectivité est donc devenue une collectivité de donneurs potentiels, de par la loi. Cela signifie que nous ne vivons plus dans un monde où le don d'organe est un geste conscient, (...). Bien sur, on peut faire valoir son opposition, mais en réalité, qui connaît cette subtilité de la loi ?", HERMITTE Marie-Angèle, *Le corps hors du commerce hors du marché*, in Arch.phil.droit 1988, *La philosophie du droit aujourd'hui*, p.335.

[2] Décret n°78-501 du 31 mars 1978, art.10. al.1.

[3] Décret n°78-501 du 31 mars 1978, art.8 permettant l'expression du refus par tout moyen et art.9. créant un registre hospitalier de refus. L'équipe hospitalière commet une faute administrative si elle prélève des organes sur un enfant mineur en connaissance de l'opposition des parents, même si ce refus ne figurait pas par écrit dans le registre en question. La preuve de l'opposition au prélèvement peut se faire par tout moyen. T.A. Marseille, 15 déc. 1987, Jurisdata n°051636.

[4] "la personne qui entend s'opposer à un prélèvement sur son cadavre peut exprimer son refus par tout moyen.", Décret n°78-501 du 31 mars 1978, art.8 , al.1.

[5] "Le décret d'application corrige la rigidité du principe du consentement présumé en apportant une grande latitude dans le choix des moyens d'expression du refus et en introduisant beaucoup de souplesse. Le rapport au Premier Ministre accompagnant le décret estime que l'obligation d'exprimer l'opposition par écrit serait trop restrictive et pourrait conduire à des discriminations sociales. Aussi le refus peut-il être formulé par tout moyen et, en particulier, la preuve testimoniale est admise sans restriction.", I.G.A.S., *Rapport sur les transplantations d'organes en France.*, précité p.4.

[6] On peut lire cette formule résumant les habitudes pratiques du corps médical, sous la plume du professeur Christian CABROL,président de France-Transplant, CABROL Christian, *Préface*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, précité, p.21. Nous y voyons une dérive de la présomption de consentement personnel vers l'autorisation par les tiers.

[7] La jurisprudence administrative saisie d'une action en responsabilité civile pour faute administrative en matière de prélèvement d'organe le rappelle quelquefois. Les membres de la famille n'ont aucun droit d'opposition au prélèvement en cas de silence du défunt avant le décès. C.E. 18 mars 1983, Jurisdata n°040658. Le conjoint est non-fondé à soutenir que sa propre autorisation est nécessaire. C.A. Paris, 19 sept. 1989, Jurisdata n°049403.

[8] Annonce de la mort et recherche des convictions du défunt sont inextricablement liées, ce qui nécessite une grande sensibilité humaine de la part du corps médical. "L'information des familles. Elle a pour but d'expliquer le décès avec le plus de renseignements possibles sur la cause de la mort du donneur. L'entretien permet de vérifier que le donneur n'a pas exprimé, de son vivant, une

posteriori les traces de prélèvements dont la rapidité pourrait sembler suspecte à leurs yeux. La dernière est sans doute une extension de la règle applicable au prélèvement sur le cadavre d'un mineur [1] qui préconise une autorisation. [2]

Or, cette habitude, si louable que soient ses motivations, complique largement la mise en œuvre pratique de la loi. Tout d'abord, elle peut gêner les familles en leur confiant des responsabilités morales que le loi ne leur donne pas. [3] On ne mesure pas totalement les effets psychologiques que peut causer l'implication forcée des conjoints ou des enfants dans les atteintes au cadavre d'un être aimé. D'autant que ce qui peut être délicat lorsque la famille est unie peut devenir dramatique en cas de conflit familial et de désaccord entre les proches. [4]

Le second inconvénient majeur réside dans l'abaissement du nombre de greffe, car il est certain que le doute empêche en fait les médecins de prélever : "*Qui croire ? Celui qui pense que le défunt était consentant, ou celui qui pense que le défunt était opposé ? Le médecin, ou le coordinateur, se trouvant en position d'arbitrage, a tendance à trancher pour l'opposition, pour éviter que les divergences n'aboutissent à une dissension au sein des familles qui, dans ces circonstances, ont besoin d'être soudées. Ainsi, le doute profite systématiquement à l'absence de prélèvement.*" [5]

De plus il faut prendre en compte que le facteur temps est un des facteurs essentiels de la réussite d'une greffe. Or, la consultation des familles est synonyme de démarches longues et couteuses en temps qui peuvent, le cas échéant, diminuer proportionnellement les chances de survie du receveur.

L'application de la loi du 22 décembre 1976 est très différente selon les centres et selon les personnalités des responsables qui peuvent nettement influencer les choix des familles des défunts par la présentation des règles juridiques. [6] C'est pourquoi nous considérons que le principe du consentement présumé ne doit pas être remis en cause mais que c'est l'ensemble du système d'expression de la liberté de refus des individus qui doit être réorganisé. [7]

---

opposition aux prélèvements d'organes s'il s'agit d'un sujet majeur. S'il s'agit d'un mineur ou d'une personne protégée, l'autorisation écrite des parents ou du représentant légal est indispensable.", NIVET Hubert et HAILLOT Olivier, *Principes de l'organisation d'un prélèvement multi-organes*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, précité, p.4.

[1] "Si le défunt est un mineur ou un incapable, tout prélèvement sur son cadavre en vue d'une greffe est subordonné à l'autorisation écrite de son représentant légal. Cette autorisation est consignée dans le registre mentionné à l'article 9.", Décret n°78-501 du 31 mars 1978, art.11. La rédaction de cet article pose trois problèmes, le premier qui est de savoir si l'on peut prélever dans un but exclusivement scientifique sans autorisation, le second, dans les cas de décalage entre le représentant légal et le titulaire de l'autorité parentale, le troisième dans le cas d'un désaccord entre les deux parents.

[2] Pour le cas d'un prélèvement à but scientifique sur une enfant mineure sans autorisation, ni information, cf. C.E. 17 févr. 1988, J.C.P. 1990-II-21421. Pénible affaire suscitée par la surprise de la famille de confession musulmane non avertie des prélèvements effectués. L'imam refusa de procéder aux rites funéraires conformément aux préceptes de l'Islam. Le Conseil d'Etat jugea licite le prélèvement d'organes à but scientifique sans le consentement des parents.

[3] "Devoir demander aux proches une prise de position définitive sur le voeu du défunt en matière de prélèvement d'organes ne peut qu'être vécu comme un événement traumatisant.", CABROL Christian, in *Proposition d'amendement du Code de la santé publique*, précité, p.2.

[4] Qu'il nous suffise d'imaginer le désaccord entre la mère et l'épouse ou entre deux enfants d'un disparu sur son opinion face aux prélèvements pour envisager la gravité de la situation sur le plan humain.

[5] CABROL Christian, in *Proposition d'amendement du Code de la santé publique*, précité, p.2.

[6] "L'insistance à lever toute opposition diffère d'un centre à l'autre. Certains ne pratiquent pas le «jusqu'auboutisme», selon l'expression d'un coordonnateur local, mais d'autres font preuve d'une grande opiniâtreté. Dans un centre, les familles sont tenues dans l'ignorance de l'intention de prélever et elles ne sont interrogées que de manière très elliptique sur les volontés du défunt ; elles ne seront pas informées ultérieurement du prélèvement réalisé. Dans ce cas, il ne semble pas que la réglementation soit appliquée dans son esprit, bien que l'on ait dit s'en tenir strictement à la loi Caillavet.", I.G.A.S., *Rapport sur les transplantations d'organes en France*, précité, p.7.

[7] Toute réticence vis-à-vis du consentement présumé n'est pas éteinte en doctrine. "En 1976, on ne s'intéresse plus à la part d'humanité qui habite toujours le cadavre et le traumatisme éventuel des familles est largement occulté. On admet une fois pour toutes, que l'on rend un hommage suffisant à l'humanisme et à la philosophie en interdisant toute rémunération. Mais la gratuité n'empêche pas qu'il y ait eu suppression du principe du consentement préalable. Or le consentement est ce qui marque l'ultime lien entre la personne et son corps ; dernière expression des phantasmes du vivant sur le mort.", HERMITTE Marie-Angèle, *Le corps hors du commerce hors du marché*, précité, p.335. Certaines positions doctrinales aboutissent à instaurer un droit de refus de la famille qui nous semble être un raisonnement contra-legem, "S'il est admissible de ne pas chercher un consentement de la famille, il est autant inadmissible de passer outre son opposition.", CHARAF ELDINE A., *Les prélèvements d'organes, commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, précité, p.453.

Il faut, selon nous, abandonner le principe du consentement rapporté par les familles qui est nuisible, tant sur le plan humain que sur le plan strictement médical, sans pour autant remplir les conditions légales. Les deux axes d'une éventuelle réforme du droit des prélèvements sur le cadavre devraient être l'information des vivants et le respect de leur volonté éclairée.

Cet ambitieux programme pourrait être simplement mis en place par une implication de tous les médecins français dans le réseau d'information et d'expression de la volonté des citoyens. Ne serait-il pas possible qu'à l'occasion des visites médicales obligatoires [1], les français soient informés simplement des dispositions de la loi du 22 décembre 1976 (bien que nul ne soit censé ignorer la loi).

Est-il impossible, à l'heure des banques de données informatiques et du minitel, de concevoir un fichier national des "dernières volontés médicales", fondé sur le respect de l'anonymat et la réversibilité des opinions ? [2] Un tel fichier, remplit avec un médecin lors d'une visite, par ailleurs ordinaire, serait alors l'interlocuteur officiel des équipes chirurgicales susceptibles de prélever. L'absence de refus exprimé serait alors le signe d'un véritable consentement présumé.

On pourrait alors espérer que l'implication de l'ensemble du corps médical dans cette mission d'information augmenterait l'élan altruiste des vivants pour l'heure de l'après-décès en facilitant la tâche des médecins-préleveurs et des familles de défunt. Le message peut être simple : "*nous devons prendre conscience que nous sommes les seules sources d'organes et que notre corps est une richesse fabuleuse. Ne pas en faire profiter les autres est comparable à se faire enterrer avec tous ses trésors. Tout ce qui n'est pas donné est perdu.*" [3] Cette solution permettrait d'autre part de régler définitivement la question de la portée matérielle de la volonté du défunt. [4]

c) Le consentement présumé et le problème de l'étendue du prélèvement licite

Une des questions essentielles est, en effet, de savoir quelle est l'étendue des prélèvements qui peuvent être effectués dès lors que les conditions légales sont respectées. Une application stricte des textes devrait, là encore, répondre à cette interrogation : "*le refus peut porter sur tout prélèvement ou être limité à certaines catégories de prélèvements.*" [5] Le recours au consentement rapporté par les proches est; d'une part; contraire à la loi du 22 décembre 1976 et il peut d'autre part, créer des situations pénibles.

C'est ainsi que la presse s'est emparée d'une pénible affaire qui s'est déroulée dans le nord de la France et met en cause le C.H.U d'Amiens. [6] La question posée porte sur le décalage entre la réalité concrète.des prélèvements et l'idée que la famille du défunt s'en faisait, d'autant plus qu'un des membres de l'équipe médicale avait, volontairement semble-t-il, omis de mentionner tous les organes et tissus recueillis pour ne citer que les principaux. [7] L'observateur non spécialisé frémit

---

[1] Médecine scolaire, universitaire, médecine du sport, médecine militaire, médecine du travail, examen prénuptial, visites prénatales etc...

[2] La Belgique qui a adopté dans la loi du 13 juin 1986 le principe du consentement présumé a organisé un mode d'expression du refus. "Toute personne s'opposant à un prélèvement sur son propre corps doit s'adresser à la mairie de sa commune de résidence qui l'inscrit dans un registre national tenu informatiquement par le ministère de la Santé Publique, registre dont l'accès est ouvert au praticien.", I.G.A.S., *Rapport sur les transplantations d'organes en France*, précité, pp.5-6.

[3] CABROL Christian Prof., *Au nom de la vie*, Brochure A.D.O.T. 1993.

[4] Le Professeur KREIS est favorable à une telle solution : "Utiliser un serveur national comme il y a un ordinateur national en Belgique (...) c'est le seul moyen d'assurer aux individus qu'après leur mort, on pourra connaître leur volonté. Qu'elle soit positive ou négative.", KREIS Henri, *Les éléments du corps humain : objets de commerce ? La législation européenne*, in 3ème *Congrès International d'Ethique Médicale*, O.N.M. 1992, p.235.

[5] Décret n°78-501 du 31 mars 1978, art.8 al.2.

[6] Un jeune homme majeur est victime d'un accident de la circulation. Ses parents rapportent sa volonté de coopérer, le cas échéant, en tant que donneur à des transplantations d'organes. Mais, ils ne sont pas informés du détail des prélèvements effectués, description qui leur parvient par erreur et provoque leur émoi puis une action en justice.

[7] "Les prélèvements furent plus nombreux que ceux indiqués par le docteur Tchaoussoff : outre le coeur, le foie et les reins, ils comprenaient aussi l'aorte descendante, avec les gros troncs supérieurs de la crosse, l'artère iliaque et fémorale droite, les deux veines saphènes internes et la veine fémorale droite. On apprend également que l'on a placé, après le prélèvement des cornées, des globes oculaires sur le cadavre et que toutes les incisions ont été refermées en deux plans «avec fil métallique au niveau du thorax».", article

naturellement à la lecture de la description froidement technique d'un prélèvement multi-organes, sans que l'on sache si c'est le principe même ou sa représentation "surréaliste" qui choque. [1]

Si le décret a bien prévu la possibilité que le refus du défunt puisse ne porter que sur certains prélèvements, il n'a pas envisagé de mise en œuvre concrète d'une expression détaillée de la volonté. [2] C'est pourquoi de nombreuses équipes médicales de prélèvement se limitent à une recherche d'un éventuel refus de la personne décédée, complétée généralement par une information-consultation des proches, avant de procéder aux actes de prélèvements proprement dits.

Il serait humainement difficile, vu l'urgence de la situation, de tendre aux familles une liste des organes et tissus potentiellement prélevables afin de les astreindre à faire, sur le champ, un "shopping" de la mort, reflétant la volonté du défunt. D'autant que la loi du 22 décembre 1976 n'utilise le mot organe que dans son titre, sans limiter ultérieurement son champ d'application.

Le recours à un fichier informatique national, alimenté par tous les médecins, permettrait aisément de surmonter cette difficulté, parce qu'il est plus facile de parler de la destination de son corps à titre personnel lorsque l'on est vivant que de laisser les survivants décider au jour de l'événement fatal. [3]

La rareté des cadavres "utiles" et l'importance numérique des indications de greffes ont modifié largement la pratique des transplantations. Si, au début des greffes de rein, la chronologie consistait à constater médicalement un besoin d'organe pour un receveur puis à rechercher parmi les donneurs-potentiels (les cadavres), un cas d'organe compatible, la procédure s'est inversée. Aujourd'hui, c'est la constatation d'un cas de prélèvement possible, tant sur le plan médical que juridique qui entraîne une recherche de receveurs potentiels. Le progrès médical à développé les prélèvements multi-organes. Ce qui est tacitement prévu par la loi qui parle d'<u>un</u> prélèvement in-vivo et <u>des</u> prélèvements post-mortem. [4]

Un chercheur aussi éminent que Jean ROSTAND l'avait déjà entrevu : "*le cadavre est aujourd'hui valorisé du seul fait des progrès de la science biologique. Il tend à prendre, (...), une importance de plus en plus grande dans le monde des vivants, puisqu'on peut lui emprunter des organes destinés à servir de greffon, ainsi que des tissus -tendons, artères, etc...-pouvant convenir à la «greffe morte» ou «prothèse biologique» et enfin des organes, (hypophyses par exemple), qui renferment de précieuses, irremplaçables hormones.*" [5]

Hormis les cas de refus total ou partiel du défunt, la loi ne limite pas l'utilité des prélèvements sur les cadavres à telle ou telle partie du corps. On ne peut pas, ex nihilo, hiérarchiser les

---

signé Jean-Yves NAU, *La mort violée*, Le Monde 17/18 mai 1992. Il faut noter que la non-spécialisation de certains journalistes a dénaturé le débat en le plaçant sur le terrain marécageux du sensationnel morbide. L'utilisation de fil métallique au niveau du thorax peut sembler choquante jusqu'à ce qu'on réalise que toute la chirurgie thoracique nécessite l'emploi de ce matériau pour restructurer les os plats du sternum chez les vivants ! Le journaliste ne savait sans doute pas, sans quoi il n'aurait pas manqué de le jeter en patûre au public que toute la chirurgie du coeur, chez les vivants comme sur les cadavres, nécessite l'emploi d'une scie électrique ! L'avenir permettra peut-être de quantifier les effets désastreux d'une telle campagne de presse sur les statistiques de prélèvements d'organes, toujours est-il qu'au mois de juin 1992, sur 8 cas de donneurs potentiels le C.H.R.U. de Nancy a enregistré 7 oppositions formelles des familles pour une moyenne ordinaire de 15 à 20 %. Jean-Yves NAU annonce : "Conséquence de l'accroissement des refus de prélèvements : le nombre des greffes d'organes a baissé de près de 10% en 1992", Le Monde 7 avril 1993, p.11.

[1] D'aucuns auraient comparé cette liste à un inventaire à la Prévert, d'autres préfèrent la comparaison mécanique dans un article au titre provocateur : "drôle de civilisation, qui fait du médecin un garagiste en quête de pièces détachées, et du passant selon le cas, une bagnole foutue, tant pis pour elle, ou au contraire un engin réparable.", Bernard THOMAS, *Dernières nouvelles du cannibalisme,* Le Canard enchaîné, 20 mai 1992.

[2] Décret n°78-501 du 31 mars 1978, art.8 al.2.

[3] "Il est à noter que la réponse des proches est différente de celle que peuvent donner les sujets eux-mêmes : les enquêtes d'opinion font ainsi apparaître 20% de refus supplémentaires lorsque la question du don d'organes est posée au sujet interrogé, non pas sur le don de ses propres organes, mais sur ceux de ses proches.", CABROL Christian, in *Proposition d'amendement du Code de la santé publique*, précité, p.2.

[4] L. 22 déc. 1976, art.1 "un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante", art.2 "Des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne."

[5] ROSTAND Jean, de l'Académie française, Préface de l'ouvrage de DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, précité, p.9.

composantes du corps humain, en déclarant qu'un organe, comme le rein, est plus utile qu'une artère ou une glande. C'est pourquoi nous retiendrons que si les conditions légales sont respectées, "*théoriquement les différentes parties du cadavre peuvent donc être prélevées jusqu'à ce qu'il ne reste rien du tout.*" [1]

C) La sanction pénale des prélèvements post mortem illicites

Ni la loi du 7 juillet 1949, ni la loi du 22 décembre 1976 ne contiennent de sanctions pénales en cas de violations des règles légales sur les prélèvements d'organes. (1°) Seul le délit de violation de sépulture peut être retenu en cas de prélèvement post mortem illicite ; l'entrée en vigueur du Nouveau Code pénal va combler cette lacune gênante (2°). Des projets de lois visent, d'autre part, à unifier le droit de la transplantation et à créer des sanctions pénales adéquates (3°).

1°) L'absence de sanctions pénales spécifiques

La loi du 7 juillet 1949 ne contient aucune incrimination pénale permettant le cas échéant de sanctionner l'auteur d'actes non-conformes aux dispositions légales. Le fait, en particulier, de prélever sans aucune trace d'un don exprès du défunt avant sa mort, bien qu'illicite, ne pourrait recevoir aucune qualification pénale, dans l'état actuel du droit positif. La loi du 22 décembre 1976 ne prévoit aucune sanction pénale en cas de non respect des conditions de licéité des prélèvements, qu'ils soient *in vivo* ou *post mortem.*

En matière de transplantation d'organe, le législateur n'a pas choisi la méthode normative suivie dans les textes législatifs organisant l'avortement et l'expérimentation sur l'homme (loi du 17 janvier 1975, loi du 20 décembre 1988). Dans ces deux hypothèses, la loi expose un principe de licéité de certains comportements, définit les conditions détaillées de cette licéité et incrimine spécialement les attitudes illicites. Les praticiens sont donc confrontés à un paysage juridique clair et cohérent ; ce qui est prévu par la loi est licite et impunissable pénalement, ce qui est interdit par la loi est illicite et punissable pénalement.

Pour les prélèvements d'organes, au contraire, la loi ne contient pas de sanctions pénales spécifiques à la violation de la norme. Le législateur, bien qu'ayant défini les conditions de la licéité des prélèvements, n'a pas créé de sanction pour ceux qui, en s'affranchissant des prescriptions de la loi, commettent des actes objectivement illicites.

Le praticien-préleveur n'échappe pas totalement à sa responsabilité pénale dans le cas (rare) où le prélèvement (licite ou illicite) a été à l'origine d'un préjudice subi par une victime. Le droit pénal sanctionne alors la commission d'une infraction par rapport au receveur. Car les règles légales concernant le prélèvement d'organe n'affranchissent pas le corps médical des règles ordinaires de prudence.

Aussi, que les règles légales sur le prélèvement soient ou non respectées, est coupable d'homicide par imprudence le médecin qui effectue une greffe de cornée entraînant le décès du greffé par suite d'une encéphalomyélite d'origine rabique. [2] Bien que la juridiction relève que les prélèvements avaient lieu dans un établissement non habilité, sur les cadavres de personnes n'ayant pas donné préalablement leur accord, selon une pratique quasi occulte, ces violations flagrantes des lois sur la transplantation ne peuvent recevoir aucune qualification pénale.

---

[1] GRENOUILLEAU J.B. *Commentaire de la loi n°76-1181, du 22 décembre 1976*, précité, p.217.

[2] C.A. Paris 19 déc. 1985, Jurisdata n°028707. La négligence dans l'analyse scientifique de la qualité des organes prélevés (comportement ayant donné lieu à plusieurs rapports de l'IGAS), a été qualifiée de faute pénale d'homicide par imprudence à l'égard du receveur.

Concernant les prélèvements qui sont contraires à la loi, sans causer aucune victime, il faut envisager la responsabilité pénale des médecins-transplanteurs sur le fondement des incriminations "générales" du Code pénal, en distinguant les prélèvements *post-mortem* du prélèvement *in-vivo*. Bien que de nombreux auteurs n'étudient la responsabilité pénale qu'en matière de prélèvement sur les donneurs vivants, nous estimons nécessaire d'analyser l'aspect pénal des prélèvements sur le cadavre. [1]

2°) Les prélèvements illicites et la violation de sépulture : l'apport du nouveau Code pénal

Nous avons exposé que le cadavre n'était pas protégé en tant que tel par le droit pénal français qui ne sanctionne pénalement que deux comportements liés aux atteintes à l'intégrité des corps morts, la violation de sépulture et la violation des règles sur l'inhumation. [2]

La plupart des prélèvements ont lieu sur des cadavres non encore pourvus de sépultures, il en découle que l'application de l'art. 360 du Code pénal n'est généralement pas envisageable pour poursuivre les médecins-préleveurs. C'est pourtant un des chefs de plainte invoqué par les avocats de la famille du jeune homme dont le cadavre a fait l'objet de prélèvements prétendument abusifs au C.H.U. d'Amiens en août 1991. [3] Cette qualification sera très certainement écartée en raison de l'absence totale d'apprêts funéraires du cadavre, objet des prélèvements contestés.

Le succès d'une procédure fondée sur la violation de sépulture est, en effet, subordonné à la preuve de la réunion des éléments constitutifs de l'infraction. [4] Le respect du principe de la légalité criminelle interdit, selon nous, que l'on puisse étendre les dispositions légales à la protection générale de l'intégrité des cadavres. [5]

En l'absence d'un texte d'incrimination de la violation de cadavre, préalable aux faits critiqués, il n'y a aucune chance de voir les médecins-préleveurs d'Amiens pénalement punis pour violation de sépulture. L'infraction de sépulture n'a pas été conçue pour protéger l'intégrité corporelle des morts, ce qui rend pénalement impunissable le médecin qui porte atteinte à un cadavre pour prélever un organe. Il ne s'agit pas alors d'un cas de justification pénale mais d'une hypothèse de non-applicabilité des qualifications pénales classiques. Le médecin n'est pas pénalement justifié ; il n'est pas poursuivi car il n'a pas commis d'infraction.

Cet état du droit est extrêmement grave dans la mesure où des déviations dangereuses pourraient surgir dans les comportements des équipes qui réalisent des prélèvements sur les cadavres. On peut, en forçant volontairement son imagination, envisager des hypothèses de violations flagrantes des lois concernant les prélèvements sur les cadavres. Un prélèvement à but non-scientifique et non-thérapeutique semble exclu, encore que le goût des plaisanteries morbides n'ait pas épargné le milieu médical. [6]

---

[1] "Seuls les prélèvements effectués sur le corps humain vivant du donneur semblent concernés par la législation pénale.", MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, T. 3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.19.

[2] Art.360 et R.40-7° du Code pénal. Sur ce point cf. VIEL Marie-Thérèse, *Droit funéraire et gestion des cimetières*, Berger-Levrault 1991, p.25.

[3] Selon J.Y. NAU : "M et Mme TESNIERE viennent de porter plainte pour vol et violation de sépulture", *La mort violée*, Le Monde 17/18 mai 1992 et *L'affaire des prélèvements d'organes abusifs*, Le Monde 20 mai 1992.

[4] C'est l'ensemble composé du cadavre et des éléments préparatoires à son inhumation qui est protégé contre les gestes volontairement outrageants ou irrespectueux. art.360 C.pén. On remarquera avec étonnement que les éditions Litec placent la loi du 22 décembre 1976 sous l'article 360 du Code pénal, réalisant un rapprochement trompeur dans l'esprit du lecteur. *Code pénal*, annoté par Wilfrid JEANDIDIER, Litec 1989, 4ème éd°, p.257.

[5] "Le Code français, à la différence de certaines législations étrangères, ne réprime pas la violation de cadavres mais de sépultures, la Cour de cassation estime impunissable les profanations matérielles commises envers un cadavre qui n'a encore reçu aucun préparatif funéraire.", MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, T.2, n°2044, pp.1657-1658.

[6] L'hypothèse est parfois évoquée lors de la découverte de restes humains dans des lieux inappropriés : "Pour un peu, on pourrait imaginer une mauvaise plaisanterie d'étudiant en médecine... Certains de mes collègues s'amusaient parfois à envoyer à leurs proches d'étranges colis contenant une oreille, un pied, une main, dérobés dans la salle d'autopsie.", MARTIN Raymond, *Souvenirs d'un médecin légiste*, Calmann-Lévy, 1989, p.14.

Il est plus plausible de craindre des prélèvements malgré un refus exprès du donneur ou à défaut d'autorisation des représentants légaux d'un mineur. Cette situation ne pourrait pas recevoir de qualification pénale, dans l'état actuel du droit positif, malgré la probable réprobation sociale qui en découlerait. [1] Il en serait de même en cas de prélèvements dans un établissement n'ayant pas obtenu l'agrément spécial du ministère de la santé et même en cas de prélèvements ayant donné lieu à un paiement de la famille du donneur, paiement pourtant prohibé (loi du 22 décembre 1976, art.4-3°).

L'introduction, dans le Code pénal, d'une incrimination des actes portant atteinte à l'intégrité corporelle du cadavre humain répond, selon nous, aux critiques formulées ci-dessus sans gêner les bonnes pratiques des médecins-préleveurs. [2]

Les prélèvements d'organes, de même que les autopsies et dissections, constituent objectivement des atteintes à l'intégrité du cadavre et pourraient tomber sous le coup de ce nouvel article 225-17 du Code pénal.

Les médecins préleveurs ne seront pas condamnés s'ils peuvent apporter la preuve de l'existence d'un fait justificatif. Celui-ci sera ordinairement démontré par le respect des dispositions de la loi du 22 décembre 1976 qui permet les prélèvements d'organes sur le cadavre humain dans certaines conditions. Le non-respect des conditions légales, en empêchant le recours au fait justificatif, rendra les délinquants responsables pénalement de leurs gestes objectivement illicites.

Cela signifie implicitement qu'en instituant une protection originale du cadavre, le 22 juillet 1992, le législateur a apporté aux deux lois du 7 juillet 1949 et du 22 décembre 1976 les dispositions pénales qui leur manquaient pour sanctionner ceux qui pratiquent l'activité médicale organisée par la loi sans en respecter les conditions. L'article 225-17 du nouveau Code pénal clarifie la situation pénale de la question de la licéité des prélèvements sur le cadavre.

Il existe dorénavant deux catégories de prélèvements : ceux qui sont licites puisque autorisés par la loi, les autres qui sont illicites et sanctionnables en vertu du nouveau texte répressif.

Il faut en déduire que le non respect de la loi en matière de prélèvements sur le cadavre sera punissable de un an d'emprisonnement et 100000 francs d'amende dès l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal.

3°) La difficile coordination de la permission de la loi du 7 juillet 1949 et de la loi du 22 décembre 1976 : projet de loi d'unification

Il existe quelques cas de prélèvements postérieurs aux apprêts funéraires en matière de prélèvement de cornée : "*la cornée doit être prélevée dans les six heures qui suivent le décès. Ce délai peut être prolongé jusqu'à 12 heures à condition que le corps soit déposé dans une pièce réfrigérée. En cas de multiprélèvements, l'ophtalmologiste peut intervenir à n'importe quel moment. Cependant, l'énucléation est préférable après la fermeture thoraco-abdominale de manière à mieux maîtriser le suintement sanglant.*" [3]

Il faut donc distinguer trois hypothèses :

-1- Le prélèvement a lieu avant tout préparatif d'inhumation, le prélèvement s'effectue sur un cadavre "chaud", encore intact dans son lit de mort. Que les conditions de la loi du 7 juillet 1949 soient respectées ou non, on ne peut pas poursuivre pénalement les préleveurs par défaut de texte d'incrimination.

---

[1] La seule action juridique envisageable serait une action en responsabilité civile soit sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, soit sur le fondement d'une faute administrative.

[2] Cf supra 1ère Partie - Titre 1 - Chapitre 2 - la protection pénale du cadavre, p.97 et s.

[3] ROSSAZZA Christian et RATEAU Jean, *Prélèvement de cornée*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, précité, p.260.

-2- Le prélèvement a lieu après les premiers préparatifs funéraires, le cadavre "froid" est déjà placé en chambre funéraire ou dans une volige de l'institut médico-légal. Si les conditions de la loi sont respectées, en particulier en matière de consentement exprès du donneur, les préleveurs échappent à la sanction pénale pour violation de sépulture en raison du fait justificatif de permission de la loi du 7 juillet 1949.

-3- Le prélèvement a lieu après les préparatifs funéraires, sans respecter les conditions de la loi. L'article 360 du Code pénal punissant la violation de sépulture est applicable. Les préleveurs ne peuvent pas invoquer le fait justificatif de la loi du 7 juillet 1949. Pourraient-ils invoquer la permission de la loi du 22 décembre 1976 ?

Le grand défaut de la loi du 7 juillet 1949 reste d'avoir été un texte de circonstances, limité aux connaissances médicales du moment en matière de greffe : greffe de cornée prélevée sur la cadavre. La loi du 22 décembre 1976 ne précise aucunement son champ d'application et n'utilise le terme d'organe que dans son titre sans limiter ultérieurement la nature matérielle des prélèvements effectués. Elle diffère de la loi de 1949 sur le point essentiel de la volonté du donneur en instaurant une présomption de consentement qui permet les prélèvements à défaut de refus exprès.

La question s'est posée de savoir si la loi de 1976 abrogeait le texte de 1949, ce à quoi il est aisé de répondre par la négative : "*les dispositions de la présente loi ne font pas obstacle à l'application des dispositions de la loi n°49-890 du 7 juillet 1949 relative à la greffe de la cornée, (...).*" (Loi du 22 décembre 1976, art.5).

Les deux lois conservent une égale valeur juridique en raison de la volonté expresse du législateur. Comment ces principes contradictoires en matière de consentement peuvent-ils s'articuler ? Quel texte doit-on appliquer en cas de prélèvements multi-organes incluant un prélèvement oculaire ? Et surtout la loi de 1976 constitue-t-elle le fait justificatif de permission de la loi au profit des préleveurs n'ayant pas respecté les dispositions de la loi de 1949 ?

L'affaire des prélèvements prétendument abusifs au C.H.U. d'Amiens illustre cette problématique puisqu'il est reproché aux médecins par la famille, d'avoir, malgré une non-opposition globale du donneur par rapport aux prélèvement post-mortem, prélevé les cornées, ce dont il n'avait pas été question préalablement. [1]

Les avocats de la famille n'ont pas manqué de relever que les prélèvements de cornée devaient respecter les conditions de la loi de 1949, texte spécial, et non les conditions de la loi de 1976, texte général, en matière de transplantation. Les réactions ayant suivi la médiatisation sont riches d'enseignements. L'équipe de l'hôpital d'Amiens s'est réfugiée derrière le strict respect de la loi de 1976. France-Transplant aurait insisté sur la différence entre le prélèvement de l'organe-œil par énucléation, qui dépendrait de la loi de 1949 [2], et le prélèvement de tissu-cornée qui relèverait de la loi de 1976. [3] Les ophtalmologistes auraient cessé sur le champ les prélèvements quasi-systématiques qu'ils pratiquaient, semble-t-il, dans les morgues, sans vérification d'un quelconque consentement.

Quant au ministre chargé de la santé il s'est empressé de rappeler les principes de la loi du 7 juillet 1949 : "*les récents événements relatifs aux prélèvements de cornée me conduisent à vous*

---

[1] Le Monde 17/18 mai et 20 mai 1992. On retrouve dans les débats suscités par cette affaire les références à la valeur symbolique des yeux et surtout la répulsion qu'entraîne étrangement la question des prothèses oculaires de remplacement : "Les yeux d'un enfant c'est le symbole de sa vie, (...) Quand nous pensons à notre Christophe, nous évoquons immédiatement son regard, qui était source de vie et de tendresse. Même son souvenir est brisé par les médecins qui remplacent, après prélèvement des cornées, des yeux par des globes oculaires.", NAU Jean-Yves, *La mort violée*, Le Monde 17/18 mai 1992.

[2] Il existe deux techniques de prélèvement des cornées la première, qui consiste en une énucléation de l'oeil suivie après transport du globe oculaire d'une découpe de la cornée, la seconde, qui consiste en un prélèvement "in situ" de la cornée par incision de la conjonctive autour du limbe. cf. ROSSAZZA Christian et RATEAU Jean, *Prélèvement de cornée*, précité, p.262. Ces différences techniques ne modifient en rien les conditions juridiques de prélèvement, la loi du 7 juillet 1949 utilisant le terme générique de "prélèvement anatomique effectués sur l'homme en vue de la pratique de la kératoplastie". Les deux méthodes entrent dans le champ d'application de cette loi.

[3] NAU Jean-Yves, *L"affaire des prélèvements d'organes abusifs*, Le Monde 20 mai 1992.

demander de vous assurer que dans tous les cas de prélèvement de ce type, un consentement a bien été préalablement obtenu, soit par legs testamentaire du défunt soit auprès des membres de la famille ou des proches. Je vous demande de veiller à l'application immédiate de cette instruction." [1]

Que la loi de 1949 soit difficilement compatible avec la loi de 1976 ne permet pas de s'en affranchir, d'autant que la loi de 1976 fait référence à une non-abrogation expresse. C'est pourquoi nous en conclurons que, sur le plan pénal, en cas de poursuites pour violation de sépulture, de médecins ayant pratiqué des prélèvements de cornées sur des cadavres ayant fait l'objet de préparatifs funéraires, le respect de la loi de 1976 ne les justifie pas de la violation de la loi de 1949. En matière de prélèvement de cornée il n'existe qu'un seul fait justificatif, la permission de la loi du 7 juillet 1949.[2]

Le projet de loi "*relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain*" vise à combler deux lacunes que nous avons dénoncé : l'absence de coordination entre les deux lois autorisant le prélèvement *post mortem*, et l'absence de sanctions pénales. Le projet de loi veut unifier le droit de la transplantation en supprimant les disparités entre les différentes catégories de produits d'origine humaine. L'adoption d'une loi "bioéthique" devrait permettre, le cas échéant, de pallier les problèmes de coordination entre la loi du 7 juillet 1949 sur le prélèvement de cornée et la loi du 22 décembre 1976 sur les prélèvements d'organes.

"Pour ce qui est du prélèvement d'organe sur une personne décédée il est proposé de s'en tenir au système du consentement présumé. Celui-ci peut certes prêter à discussion (...). Ces remarques ne paraissent pas devoir remettre en cause le régime du consentement présumé résultant de la loi «Caillavet» qui réalise en l'état un bon équilibre." [3]

Nous avons déploré que de nombreuses violations des lois réglementant les prélèvements d'organes restent impunissables. [4] Le projet de loi dit "bioéthique" prévoit, en matière de prélèvement d'organe sur le cadavre, une seule infraction nouvelle.

La seule incrimination en matière de prélèvement *post mortem* est liée à la crainte de la création d'un marché des organes et d'un développement des atteintes au principe de non-commercialisation du corps humain. [5] *"Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 50000 à 1 million de francs. Est puni des mêmes peines le fait d'apporter ou de tenter d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui."* [6]

Le consentement du donneur vivant est fortement protégé [7], mais la violation de la volonté du défunt ne fait pas l'objet d'une incrimination spécifique. Ce que nous regrettons.

---

[1] Circulaire du 5 juin 1992 du Ministre de la santé et de l'action humanitaire (Bernard KOUCHNER).

[2] Sauf à prouver la réunion des conditions de l'état de nécessité, ce qui supposerait qu'il y ait un péril grave et imminent pour un receveur de cornées à ne pas être greffé.

[3] Projet de loi "relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le code de la santé publique.", Ass.Nat. 25 mars 1992, Doc. n°2600, exposé des motifs, p.7.

[4] Pour une reconnaissance du caractère néfaste de l'absence de sanctions pénales cf. BIOULAC Bernard, Rapport fait au nom de la Commission spéciale sur les projets de loi, Doc.Ass.Nat. n°2871, 30 juin 1992, p.28.

[5] Le monde médical résume parfois violation de la loi du 22 décembre 1976 et commercialisation "Quelles sont les sanctions appliquées aux donneurs, aux receveurs, ou au médecins qui transgressent la loi Caillavet ? Il n'y a pas de mesures pénales prévues par cette loi. Je disais, tout à l'heure que nous appelons de nos voeux une législation qui devrait punir, en quelque sorte, la commercialisation des organes, puisque c'est un point qui nous soucie tous ; je pense que cette loi verra le jour dans un avenir proche, mais il est vrai aujourd'hui, qu'il n'y a pas de moyens légaux de punir quelqu'un qui se serait livré à des pratiques contraires à cette loi.", BROYER Michel.Pr., *Les éléments du corps humain : objet de commerce ?*, in 3ème *Congrès International d'Ethique Médicale*, précité, p.235.

[6] "Projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée", Ass.Nat. 25 mars 1992, Doc. n°2600, art. 12 modifiant l'art.L.681-2, al.1. C.S.P.

[7] "Le fait de prélever ou de tenter de prélever un organe sur une personne vivante sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues à l'article L.667-3 est puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et de 50 000 à 1 million de francs d'amende.", Projet de loi précité, nouvel article L.681-3, al.1. C.S.P.

Quel que soit l'avenir de ces projets de loi, l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal permettra de protéger l'intégrité du cadavre contre toute atteinte. Seul le respect des conditions de licéité des lois permettant un prélèvement *post mortem* justifiera alors le médecin préleveur.

Il convient à présent d'étudier les conditions de justification pénale des prélèvements effectués sur une personne vivante.

Section 2 : La permission légale de prélever un organe ou une substance sur une personne vivante

Il apparaît que l'étendue de la protection pénale du cadavre a fait l'objet de nombreuses controverses pour qu'aboutisse la justification de certains prélèvements *post mortem* en vue d'une transplantation. Les hésitations juridiques provenaient de l'absence d'incrimination des atteintes à l'intégrité du cadavre, lacune comblée aujourd'hui par le nouveau Code pénal.

L'intangibilité du corps de la personne vivante est, par contre, un principe acquis dont la violation se traduit par une répression pénale certaine. Or, le prélèvement d'organe ou de tissu sur une personne vivante ne peut pas être pénalement justifié par la permission tacite de la loi qui autorise l'activité médicale "ordinaire".

Le prélèvement *in vivo* n'a aucune sorte d'utilité thérapeutique pour le donneur. Le défaut de but curatif empêche que le prélèvement soit justifié selon les mêmes règles que les actes médicaux thérapeutiques. C'est pourquoi le législateur a justifié spécialement certains prélèvements sur la personne vivante.

La question du prélèvement *in vivo* ne s'est posée initialement que pour l'autogreffe et le don du sang. L'autogreffe ne déroge pas aux critères ordinaires des actes médicaux dans lesquels on peut admettre le sacrifice d'une partie pour sauver le tout. Le don du sang a été l'objet d'une législation spécifique après avoir été moralement légitimé par la grande majorité des auteurs. [1] Le droit s'est donc constitué par strates en créant initialement une permission légale pour les prélèments de sang (§1), avant d'envisager une réglementation générale des prélèments d'organes en 1976 (§2).

§1) La permission légale des prélèvements de sang

Le sang est considéré depuis toujours comme la quintessence de l'homme. [2] Il est le liquide nourricier qui vivifie le corps en irriguant les organes et les tissus. Les observations des premiers thérapeutes leur ont montré l'importance de ce liquide écarlate qui coulait des blessures en même temps que la vie quittait le corps du blessé. C'est pourquoi, sans comprendre ni la nature, ni les principes de fonctionnement du sang et de la circulation sanguine, ils ont donné au sang une très forte valeur symbolique. [3]

L'idée germa bientôt de tenter d'améliorer la santé d'un organisme malade par un apport de sang extérieur. [4] Avec l'idée de remplacer ou de régénérer le sang des malades, le concept de

---

[1] Loi de 1952, La transfusion fait passer "de vous en eux, avec votre sang (...) comme quelque chose de votre propre vie.", Allocution de PIE XII à l'association italienne des donneurs de sang, le 9 août 1948, cité par TESSON P.E., *Greffe humaine et morale*, C.Laën. 1956, p.32.

[2] "Parce que l'âme de la chair est dans le sang ; or c'est moi qui vous l'ai donné, afin qu'avec lui vous fassiez sur l'autel des expiations pour vos âmes, et que le sang serve ainsi à l'expiation de l'âme.", Lévitique, XVII, 11.

[3] "Avant de devenir la thérapeutique connue sous le nom de transfusion sanguine, le mélange des sangs a eu surtout une valeur symbolique ; le don du sang est le sacrifice par excellence.", KORNPROBST Louis, *Les médecins devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, pp. 743-744. "La formation «cristalline» du sang transporte une certaine énergie lumineuse à travers tout le corps. Voilà la Vie ! Le sang lui-même n'est pas la Vie, mais c'est par lui que la Vie entre dans le corps et pénètre toutes ses parties." , Dr George H. WILLIAMSON, cité par BERLET-RUEFF Claudine in *Les médecines sacrées*, Albin-Michel 1991, p.34.

[4] La première voie d'administration de sang extérieur a certainement été la voie orale ! "Pline rapporte qu'à Rome les épileptiques descendaient dans l'arène, pour boire le sang encore chaud des gladiateurs.", LACHEZE Jean, *La transfusion du sang du point de vue juridique*, Thèse Toulouse, 1924, p.5.

transfusion était né. [1] Il faudra attendre les travaux de HARVEY [2] sur les principes de la circulation sanguine pour que soient décrites puis admises les fonctions du cœur et des poumons par rapport au sang et son rôle d'oxygénation et de régulation thermique. La description des notions de pression artérielle et de débit sanguin expliquait a posteriori certains cas de décès par embolie gazeuse.

Les échecs entraînés par l'empirisme des praticiens et les querelles d'écoles entre scientifiques devaient ralentirent nettement la pratique de la transfusion [3], jusqu'à ce que le XX^{ème} siècle démontre qu'il existe plusieurs catégories de sang dont certaines seulement sont compatibles. [4]

Le droit ne se préoccupa réellement des problèmes sanguins que le jour où cette partie du corps humain fut reconnue comme un facteur de cure de la santé d'autrui. Le sang acquérant une utilité thérapeutique pour d'autre que la personne elle-même, il fallait en organiser le régime juridique. [5] Nous ne nous étendrons guère sur la licéité de la prescription médicale d'une transfusion sanguine, dans la mesure où cet acte ne se distingue pas fondamentalement, sur le plan juridique, des autres moyens thérapeutiques. Si ce n'est sur la question de la responsabilité des préleveurs et des prescripteurs en raison de la qualité du produit. [6]

Il convient, par contre, d'analyser la licéité des prélèvements sanguins. L'étude des prélèvements de sang doit être isolée des autres actes accomplis aux fins de greffe pour deux raisons. La première est que le sang fût, à notre connaissance, le seul produit du corps humain dont

---

[1] Les tentatives furent nombreuses et utilisèrent tout d'abord le sang d'animaux. L'utilisation de sang de chien, de porc, d'agneau ou de veau permit de comprendre les bases des phénomènes de l'hémolyse et de l'agglutination. Le fort taux d'échec des transfusions entre mammifères d'espèces différentes entraîna l'abandon de cette pratique. "Si l'on voulait sauver les malades par des transfusions, il fallait donc renoncer à employer le sang des animaux. Les donneurs ne pouvaient être que des hommes.", MOULLEC Jean, *La transfusion sanguine*, P.U.F. Que-sais-je?, n°1443, 1ère éd° 1971, p.6. Les tentatives se poursuivirent avec l'utilisation du sang de cadavres humains puis celui de "donneurs" vivants. En 1492, un médecin dont l'histoire n'a pas retenu le nom, proposa pour tenter de guérir le Pape Innocent VIII (de 1484 à 1492) d'échanger son sang malade contre celui de trois jeunes hommes. L'expérience fut fatale aux trois sujets et un échec pour la santé du Pape.cf. LACHEZE Jean, *La transfusion du sang du point de vue juridique*, précité, p.5, KORNPROBST Louis, *Les médecins devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.746.

[2] L'anglais William HARVEY (1578-1657) publia en 1628 après plus de 20 années de recherches fondées sur l'observation, l'expérimentation animale et la logique, un traité resté célèbre, "*Exercitatio Anatomica de Motu Cordis et Sanguinis in Animalibus*", dans lequel il décrit le rôle du cœur, véritable pompe musculaire assurant par ses pulsations la régulation du flux sanguin à travers le système artériel. cf. BARIETY M. et COURY Ch., *Histoire de la médecine*, P.U.F. Que-sais-je?, n°31, 2ème éd°, 1978, pp.75-76. Ce traité fut l'objet de virulentes critiques. Suite aux enseignements de Harvey, Guy PATIN (1601-1672), doyen de la Faculté de Paris, écrit que la circulation est «paradoxale, inutile à la médecine, fausse, impossible, inintelligible, absurde, nuisible à la vie de l'homme». Des insultes et des plaisanteries sont échangées. BOILEAU (1636-1711) intervient dans la discussion par "L'arrêt burlesque" : «La cour fait défense au sang d'être plus vagabond, errer et circuler à travers le corps sous peine d'être entièrement livré et abandonné à la Faculté de Médecine ; défend à la Raison et à ses adhérents de plus s'ingérer à l'avenir de guérir.» cf.FAUVET Jean, *Les étapes de la médecine*, P.U.F. Que-sais-je?, n°31, 4ème éd°, 1948, pp.74-75. Le conservatisme outrancier de la Faculté de Paris inspira Molière : "Monsieur Diafoirus - (...) Mais sur toute chose ce qui me plaît en lui, et en quoi il suit mon exemple, c'est qu'il s'attache aveuglément aux opinions de nos anciens, et que jamais il n'a voulu comprendre ni écouter les raisons et les expériences des prétendues découvertes de notre siècle touchant la circulation du sang, et autres opinions de même farine. - Thomas Diafoirus - J'ai contre les circulateurs soutenu une thèse, qu'avec la permission de monsieur, j'ose présenter à mademoiselle, comme un hommage que je lui dois des prémices de mon esprit -.", Molière (1622-1673), *Le malade imaginaire*, 1673, acte II, scène 6.

[3] La sentence rendue par le Lieutenant-Criminel du Châtelet le 17 avril 1668 sur un contentieux de la responsabilité en matière de transfusion a paralysé cette pratique pour de nombreuses années. Jean-Baptiste DENIS (mort en 1704), qui fut médecin de Louis XIV, avait obtenu plusieurs succès médicaux par transfusion de sang de veau ou d'agneau. Utilisant cette méthode pour traiter un patient de 34 ans présentant des signes de folie, il obtint plusieurs mois de rémission et même d'amélioration. Mais le patient décèda d'une 3ème transfusion. La famille poussée par la Faculté de médecine de Paris chercha à exploiter l'incident. Voulant se justifier publiquement DENIS s'adressa à la justice. Bien que la décision ne condamne ni DENIS, ni la transfusion, son dispositif exprima une condition de licéité qui devait restreindre l'essor de la transfusion. "Qu'à l'avenir la transfusion ne pourrait être faite chez l'homme sans l'approbation d'un médecin de la Faculté de Paris.", LACHEZE Jean, *La transfusion du sang du point de vue juridique*, précité, p.10. L'attribution de cet acte au monopole médical en fit curieusement disparaître l'étude et l'utilisation thérapeutique, jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle !

[4] Travaux de LANDSTEINER et de son école, vers 1900-1910 qui expliquèrent la notion de groupes sanguins. cf.KORNPROBST Louis, *Les médecins devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.748.

[5] "Fraction du corps humain prélevée in vivo, et restant un certain temps vivante, le sang comporte de la part du droit, une manifestation de ce respect qui s'attache à l'homme lui-même, raison d'être du droit.", SAVATIER René, *De sanguine jus*, D.1954, Chron. p.141.

[6] Cf: sur le problème de la transmission du V.I.H. par transfusion sanguine, MORANCAIS-DEMEESTER Marie-Luce, *Contamination par transfusion du virus du SIDA : responsabilités et indemnisation*, D.1992, n°23, chron., p.189.

une loi a un jour organisé un prélèvement forcé sous peine de sanctions pénales [1]. La seconde est l'époque à laquelle l'utilisation du sang humain fut juridiquement organisée, la décennie 1950-1960, période antérieure aux grandes lois contemporaines de droit médical.

L'acte matériel qui consiste à faire couler le sang d'autrui peut à l'évidence recevoir une qualification juridique au titre des violences volontaires. [2] Ce type de geste a été pourtant longtemps pratiqué par le corps médical persuadé de son rôle thérapeutique, sous le nom de saignée. "*Ne se faisait-on pas saigner jadis, presque comme l'on se faisait poudrer, administrer un clystère ou comme l'on prenait la purge ?*" [3]

La saignée est une technique très ancienne dont les risques semblent dépasser de loin les vertus. [4] L'acte consiste à inciser une veine ou une artère avec un instrument coupant comme une lancette, pour en faire couler un volume variable de sang. Des variantes consistent à appliquer des sangsues destinées à aspirer le sang.

La première reconnaissance judiciaire de la responsabilité pénale d'un médecin intervint en 1835 [5] au sujet d'un médecin qui "*avait pratiqué une saignée, cause d'une tumeur au bras du malade et avait déclaré, malgré les plaintes de ce dernier qui souffrait atrocement, la tumeur sans conséquence. Celle-ci ayant grandi et la gangrène s'étant déclarée, il avait fallu amputer le bras atteint.*" [6] La faute ne consistait pas dans le fait d'avoir pratiqué une saignée, mais de l'avoir mal exécuté et, de plus, de n'en avoir pas surveillé les effets.

La saignée est un acte agressif et néanmoins justifié sur le plan pénal si l'on admet que les connaissances médicales de l'époque, quoique empiriques, persuadaient les praticiens et la population des propriétés curatives de tels traitements. Le mot même de saignée évoque irrésistiblement les médecins de Molière [7] alors que l'acte médical conserve de nos jours quelques rares mais utiles indications. [8] Aussi doit-on reconnaître que la saignée est un acte médical qui est pénalement justifié s'il est pratiqué par un médecin, avec le consentement du malade, dans un but curatif, selon les normes techniques en vigueur au regard des connaissances scientifiques actuelles.

Cette justification disparaît dès lors que le versement de sang provoqué par le médecin n'a pas pour but de soigner un malade. C'est pourquoi il fallut trouver d'autres moyens juridiques pour justifier les prélèvements de sang sur des sujets sains. [9] Les analyses dans un but probatoire sur le plan juridique (A), ainsi que les prélèvements au profit de la santé d'un tiers furent autorisés par des lois (B). Le non respect des conditions de justification peut entraîner une responsabilité pénale (C).

---

[1] Loi n°54-416 du 14 avril 1954, J.O. 15 avril 1954, p.3643, cf. DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes*, précité, pp.111-112.

[2] Pour les qualifications pénales applicables cf. supra 1ère Partie, Titre 1, l'intangibilité du corps humain.

[3] KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.682. "La saignée a été avec la purgation, la pratique la plus connue et la plus courante de l'ancienne médecine. Elle lui sert, en quelque sorte de symbole archaïque et proverbial.", LEONARD Jacques, *A propos de l'histoire de la saignée (1600-1900)*, in *Médecins, malades et société*, éd° Science en situation, 1992, p.109.

[4] "Grégoire de Tours raconte en détails le supplice infligé par Gontran, fils de Lothaire, aux deux médecins de la reine Austrigilde, morte à la suite d'une saignée qui n'avait pas réussi.", KORNPROBST Louis, *La responsabilité médicale, origines, fondements et limites*, Paris, Baillère 1946, p.30.

[5] Cass.rég. 18 juin 1835, J.1835-I-405 Concl. Procureur Général DUPIN.

[6] BRUNHES Jean , *Accident thérapeutiques et responsabilités*, Masson 1970, p.23.

[7] "Sganarelle - (...) Cette grande santé est à craindre, et il ne sera pas mauvais de vous faire quelque petite saignée amiable, de vous donner quelque petit clystère dulcifiant - Géronte - Mais, monsieur, voilà une mode que je ne comprends point. Pourquoi s'aller faire saigner quand on a point de maladie ? - Sganarelle - Il n'importe, la mode en est salutaire ; et, comme on boit pour la soif à venir, il faut aussi se faire saigner pour la maladie à venir.", Molière, *Le médecin malgré lui*, (1666), acte II, scène 7.

[8] L'œdème aigu du poumon reste une indication moderne de saignée, ainsi que la maladie de Vasquez (sorte de leucémie des globules rouges).

[9] Les prélèvements à but diagnostic (analyses, détermination du groupe sanguin avant opération, détection des maladies, comptage des globules etc...) font, selon nous, partie intégrante du but curatif, même si le sujet ne présente aucun symptôme pathologique.

A) La permission de prélever le sang dans un but probatoire

La perspective d'apporter une preuve en justice permet de justifier pénalement un prélèvement de sang. La permission de la loi repose néanmoins sur le consentement du sujet prélevé, aussi bien en matière de preuve pénale (1°) qu'en matière de preuve civile (2°).

1°) Prélèvement de sang et preuve pénale

Le système procédural français de la preuve des infractions est organisé principalement autour des pouvoirs du Ministère public, en phase d'enquête préliminaire ou de flagrance, et du magistrat d'instructeur, en phase d'instruction préparatoire. [1] Lorsque la recherche de la manifestation de la vérité nécessite l'exécution d'une prise de sang, la loi les autorise à requérir un médecin pour pratiquer l'acte de prélèvement. [2] Le médecin requis est astreint à exécuter la mission qui lui est confiée sous peine de sanctions pénales. [3]

Le droit pénal français connaît un domaine privilégié de l'analyse de sang, celui du constat des infractions liées à l'état alcoolique du délinquant. La réglementation organise un système de dépistage de l'alcoolémie, dépistage qui est soit facultatif soit obligatoire. [4] Le dépistage est fondé sur l'analyse de l'air expiré, technique qui ne porte pas atteinte à l'intégrité physique des sujets. Lorsque le dépistage se révèle positif [5], la loi prévoit que l'état alcoolique doit être vérifié.

La vérification peut être réalisée par deux moyens : le plus ancien est l'analyse du sang après prélèvement, le plus moderne est l'analyse de l'air par un éthylomètre, leur emploi est alternatif. [6]

Le consentement du sujet est-il nécessaire pour pouvoir pratiquer une éventuelle prise de sang sur son organisme ? Les textes ne parlent pas du rôle de la volonté du sujet par rapport aux dépistages et vérifications d'alcoolémie.

L'article L.89 du Code des débits de boissons envisage l'hypothèse de non-consentement : "*Sera puni d'un emprisonnement de un mois à un an et d'une amende de 500 F à 15000 F ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque aura refusé de se soumettre aux vérifications prescrites par l'article L.88.*"

C'est une infraction pénale que de s'opposer à un prélèvement de sang lorsque l'on est placé dans les conditions légales qui justifient les vérifications prévues, c'est-à-dire, lorsque l'on est supecté d'avoir commis une infraction et qu'un représentant des forces de l'ordre demande un prélèvement de sang. L'autorisation de la loi justifie l'atteinte à l'intégrité physique que constitue le fait de piquer le corps d'autrui avec une aiguille et de prélever quelques gouttes de son sang lorsqu'il s'agit d'une vérification de l'alcoolémie. Faut-il en déduire que la justification légale s'étend au

---

[1] "S'il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques qui ne peuvent être différés, le procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier de police judiciaire, a recours à toute personnes qualifiées.", art.77-1 al.1 C.P.P. "Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. (...) Le juge d'instruction peut prescrire un examen médical, confier à un médecin le soin de procéder à un examen médicopsychologique ou ordonner toutes autres mesures utiles. Si ces examens sont demandés par l'inculpé ou son conseil, il ne peut les refuser que par ordonnance motivée.", art.81 al.1 et al.8 C.P.P.

[2] Cf. pour la compétence des O.P.J., "S'il y a lieu de procéder à des constations ou à des examens techniques ou scientifiques qui ne peuvent être différés, l'officier de police judiciaire a recours à toute personne qualifiée", art.60 al.1 C.P.P.

[3] "Tout médecin est tenu de déférer aux réquisitions de l'autorité publique", art.L.367 C.S.P., peines de l'article R.30-12°, amende de 250 à 600 f., (contravention 2ème classe).

[4] Art.L.88 Code des débits de boissons et art.L.1. Code de la route.

[5] La vérification s'impose aussi lorsque le sujet refuse de se soumettre au dépistage (art.L.1 al.3 C.R.), lorsque son état d'ivresse manifeste s'oppose à l'exécution du dépistage (art.l.1, II, C.R.), lorsqu'il est décédé (art.R.23 C.D.B.) ou qu'un handicap ou une infirmité empêche le dépistage,(art.L.88 C.D.B.).

[6] Art.R.16 C.D.B. (analyse de sang), art.R. 297 C.R. (éthylomètre). Les deux moyens techniques apportant le même niveau de fiabilité scientifique, on peut envisager qu'un individu refuse la prise de sang mais pas l'éthylomètre. Le problème concret est que les praticiens du contrôle d'alcoolémie ne possèdent généralement qu'un des deux moyens dans le laps de temps utile.

prélèvement effectué, le cas échéant, de force, contre la volonté du sujet ? Il n'y a pas lieu de le penser.

Un argument technique pourrait combattre le principe d'une prise de sang par la force. Si la science moderne fournit deux moyens de vérification du taux d'alcool dans l'organisme avec la même sécurité sur le plan scientifique [1], il est anormal que l'on impose au sujet l'emploi de la technique qui porte atteinte, même légèrement, à son intégrité physique : la prise de sang.

Le refus doit s'entendre, selon nous, du refus de toute vérification. Par analogie aux principes de la vaccination obligatoire, nous pensons que le droit français ne permet pas d'agir par la force. La loi impose aux sujets de se soumettre à des vérifications sous peine de sanctions pénales. Ce qui, pour nous, signifie que chacun peut choisir de refuser d'obéir à la loi, à charge d'en subir toutes les conséquences juridiques.

L'individu refusant les vérifications pourra être condamné pénalement pour ce refus - première conséquence - mais il pourra être poursuivi pour la ou les infractions qui avaient suscité la vérification de son état alcoolique - deuxième conséquence - sans pouvoir combattre l'accusation d'état alcoolique ou d'ivresse manifeste qui peuvent être démontrées par tous moyens. [2] Le refus pèsera sans aucun doute sur la conviction des juges.

Le médecin qui effectue le prélèvement sanguin en dehors de toute finalité thérapeutique est pénalement justifié de cette atteinte à l'intégrité du suspect en vertu de la permission de la loi et du commandement de l'autorité légitime. Sauf s'il effectue ce prélèvement par la force, car la loi n'autorise pas à commettre des violences physiques pour apporter la preuve d'une infraction.

2°) Prélèvement de sang et preuve civile

La loi du 3 janvier 1972 ayant voulu rapprocher filiation biologique et filiation juridique, il était inéluctable que les moyens de preuves biologiques entrent dans les prétoires. [3] Un lien de filiation juridique peut, lorsque la loi permet sa destruction, être aujourd'hui détruit par l'analyse de sang. [4] Or, l'analyse de sang nécessite un prélèvement, même minime.

L'initiative d'une demande de prise de sang appartient aux parties à l'action en contestation [5], mais aussi aux juges du fond. [6] Un individu peut-il refuser un prélèvement effectué dans ce but ?

---

[1] "L'état alcoolique d'un conducteur peut être vérifié soit par la mesure du taux d'alcool dans le sang, ce qui implique un prélèvement sanguin préalable, soit par la mesure de ce taux dans l'air alvéolaire expiré, ce qui implique l'utilisation des éthylomètres, chaque mode étant exclusif l'un de l'autre.", O.N.M., *Guide d'exercice professionnel à l'usage des médecins*, précité, T.2, p.1225.

[2] Rq. Le défaut de prélèvement sanguin en raison de l'absence d'un médecin ne fait pas obstacle à une condamnation, Cass.crim 24 janv. 1973, Bull.crim. n°33.

[3] Cf. VOUIN Jean-François, *Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit français*, Ass.Capitant 1975, *Le corps humain et le droit*, pp.118-123. Le législateur a pourtant organisé le système de la preuve de la filiation sans se référer systématiquement aux moyens technologiques modernes. Certains craignent une dérive en ce sens : "Les preuves génétiques de parenté qui sont en voie de déstructurer les représentations juridiques et sociales de la filiation, voire de rendre son droit inutile s'il suffit d'adjoindre à l'acte de naissance un certificat médical de vérité biologique.", LABRUSSE-RIOU Catherine, *La maîtrise du vivant : matière à procès*, POUVOIRS 1991, n°56, *Bioéthique*, p.88. L'établissement extra-judiciaire de la filiation peut être fait par un acte juridique (acte de naissance, reconnaissance) ou la preuve d'un fait juridique (possession d'état), sans que la véracité de cette filiation soit subordonnée à une preuve biologique. art.319, 320 C.civ.pour la filiation légitime. L'analyse comparative des sangs n'est pas un moyen de preuve de la filiation dans l'état actuel du droit, parce que le législateur a limitativement organisé la recevabilité des preuves en la matière. Les informations résultant d'une analyse du sang ne peuvent avoir de portée juridique que dans les hypothèses où la loi permet l'exercice de la preuve par tout moyen, ce qui est le cas, par exemple, en matière de contestation de paternité. "La présomption de paternité légitime aussi bien que la recherche en paternité naturelle cèdent devant la puissance des preuves scientifiques de la vérité biologique. L'examen des sangs est de plus en plus souvent admis pour critiquer la filiation telle qu'elle est établie par l'acte de naissance ou telle qu'elle résulterait des présomptions édictées par la loi.", LABRUSSE-RIOU Catherine, *La vérité et l'état des personnes*, in *L'homme, la nature et le droit*, Textes présentés par EDELMAN Bernard et HERMITTE Marie-Angèle, Christian Bourgeois, 1988, p.178.

[4] "Avant que l'expertise sanguine ne soit entrée dans les mœurs judiciaires françaises, on avait dénoncé l'atteinte à l'intégrité de la personne humaine qu'impliquerait la prise de sang : la controverse a perdu tout intérêt en ce qui concerne le problème de l'admission parmi les modes de preuve, de l'examen comparé des sangs.", NERSON Roger, *L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil*, R.T.D.civ., 1970, p.668.

[5] La loi le prévoit expressément pour le défendeur à une action en recherche de paternité naturelle : "L'action en recherche de paternité naturelle ne sera pas recevable : (...) 3° Si le père prétendu établit par un examen des sangs ou par toute autre méthode

Autrement dit, le domaine de la preuve de la filiation ou de la non-filiation déroge-t-il aux règles sur le volontariat des prélèvements sanguins ? La doctrine et la jurisprudence ont toujours considéré qu'il était impossible d'imposer un prélèvement de sang à un plaideur dans un but probatoire. [1]

Conformément au droit commun de la preuve, les juges du fond peuvent tirer toutes les conséquences du refus d'un individu de se soumettre à une analyse de sang, sans pouvoir le sanctionner pour cette décision. [2] "*Personne en France, à notre connaissance, n'a jamais soutenu qu'il fallait faire violence au plaideur récalcitrant, bien que l'on puisse analyser le refus comme une violation du devoir s'imposant aux parties de collaborer à la manifestation de la vérité dans les litiges privés.*" [3]

Le médecin qui effectue la prise de sang à but probatoire, donc non thérapeutique, est pénalement justifié de l'infraction pénale commise par la permission de la loi du 3 janvier 1972 qui autorise la preuve par le sang. L'individu prélevé doit avoir exprimé un consentement libre et éclairé car le prélèvement effectué par la force ou par la ruse perdrait toute sa valeur de preuve civile et supprimerait par conséquent le bénéfice de la permission légale. La loi civile comme la loi pénale n'autorise à but probatoire que les prélèvements consentis et non les prélèvements imposés.

B) La permission légale de prélever le sang pour le transfuser

Les prélèvements sanguins effectués sans but curatif pour le sujet prélevé et sans perspectives judiciaires ne trouvaient aucune justification sur le plan pénal jusqu'à la loi du 21 juillet 1952 incorporée par la suite dans le Code de la santé publique. [4] L'ensemble du droit de la transfusion sanguine repose, à l'heure actuelle, sur le plan de la licéité, sur deux articles du Code de la santé publique. Les prélèvements sanguins relèvent du monopole médical : "*le sang humain ne peut être prélevé que par un docteur en médecine ou sous sa direction et sa responsabilité.*" [5]

La loi consacra en 1952 l'extension législative de la mission du médecin qui n'était initialement que la recherche de la guérison. Le monopole médical s'étend aussi à des actes objectivement non-curatifs. "*Le médecin seul, peut, de par son ministère, travailler le corps de l'homme. Nous croyons même que c'est surtout en ces termes que se caractérise l'exercice privilégié de la médecine, depuis que les progrès de la science ont dépassé le cadre de l'ancienne définition, qui résumait simplement l'acte médical en l'art de guérir.*" [6]

L'ensemble des opérations liées à la transfusion sanguine, prélèvement, prescription, injection, est confié au corps médical, qui ne peut déléguer certaines tâches à des auxiliaires [7] qu'en conservant la direction et la responsabilité de l'acte. [8] Cette volonté du législateur de désigner précisément les professionnels compétents pour pratiquer les premiers actes d'utilisation organisée

---

médicale certaine qu'il ne peut être le père de l'enfant.", art.340-1 C.civ. Les juges du fond ne peuvent pas refuser cet examen. cf.Cass.civ. 28 avril 1986, D.1986, p.484, note MASSIP.

6 Cass.civ. 24 févr. 1987, Bull.civ. n°67, D.1987, somm.313, obs.HUET-WEILLER.

1 GRIDEL Jean-Pierre, *Vérité biologique et droit de la filiation (1972-1993)*, D.1993, n°27, p.191.

2 Cf. Cass.civ. 2 avril 1968, D.1968, 705 note ROUAST A., "Les juges du fond, sauf lorsque la loi en décide autrement, apprécient souverainement la valeur de la présomption pouvant résulter du refus de se soumettre à un examen hématologique."

3 NERSON Roger, *L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil*, précité, p.668. M. NERSON semble avoir, avec le temps, adouci sa position à l'égard de ceux qui refusent un tel prélèvement sanguin, puisque l'on peut lire sous sa plume, quelques années plus tôt : "Il faut mettre en balance les intérêts en présence et par conséquent le degré de gravité de l'atteinte portée à l'intégrité corporelle pèse inévitablement sur la décision des tribunaux : parce que l'atteinte causée par la prise de sang est bénigne, le plaideur, qui refuse de laisser opérer le prélèvement sanguin, abuse de son droit à l'intégrité corporelle.", NERSON Roger, *Progrès scientifiques et droit familial*, in Etudes offertes à Georges RIPERT, 1950, p.430.

4 Loi n°52-854 du 21 juillet 1952, D.1952, 269. Le Code de la santé publique date du 5 octobre 1953, D.1953, 440. Sur ce point cf. art.666 à 677 C.S.P.

5 Art.L.667 al.1 C.S.P.

6 SAVATIER René, *De sanguine jus*, précité, p.141.

7 Cf. Décret n°83-1008 du 23 novembre 1983, fixant les catégories de personnes habilitées à effectuer certains actes de prélèvements dans les établissements de transfusion sanguine, J.O.26 nov. 1983.

8 Ce monopole est en fait médico-pharmaceutique, les pharmaciens pouvant diriger les actes de préparation, de conservation et de modification du sang. art.L.667 al.2, L.668 al. 1 C.S.P.

d'un produit d'origine humaine est significative. La définition de la première permission légale d'exercer une atteinte à l'intégrité corporelle des individus sans but curatif se devait en 1952 d'être limitée à des acteurs précis. La justification pénale de la transfusion repose selon la loi sur la finalité de l'acte (1°) et sur le consentement du sujet (2°).

1°) La finalité du don du sang

La loi du 21 juillet 1952, approuvée par la doctrine, a limité exclusivement les actes de prélèvement de sang à la finalité thérapeutique. "*Le législateur ne saurait, en effet, tolérer que notre sang soit prélevé en vue d'usages quelconques. Le seul but légitime d'un tel prélèvement doit être la guérison d'autres hommes.*" [1] La violation de l'intangibilité du corps est limitée par la loi de 1952 aux prélèvements sanguins dans un but curatif : "*le sang humain, son plasma et leurs dérivés, dont la liste est fixée par décret, ne peuvent être utilisés que sous contrôle médical et à des fins strictement thérapeutiques médico-chirurgicales.*" [2]

Il convient toutefois de distinguer parmi "les fins strictement thérapeutiques". Il y a d'une part, le but curatif personnel (prélèvement en au profit de la santé du donneur) et d'autre part, le but curatif altruiste (au profit de la santé d'un tiers). Dans le premier cas, il s'agit d'un acte médical ordinaire, analyse dans un but diagnostique ou prélèvement dans le but d'autotransfusion après traitement du sang, par exemple. Dans le second cas, le sang du donneur est injecté, en tout ou partie, à un receveur. Il s'agit alors d'un acte à finalité thérapeutique altruiste. La piqûre relativement bénigne causée au donneur est néanmoins un acte risqué. [3]

C'est pourquoi le système juridique français ne justifie que les prélèvements sanguins accomplis, non seulement dans un but curatif altruiste, mais également accomplis en respect de la volonté du donneur. La finalité thérapeutique et le respect de la volonté sont deux conditions cumulatives.

2°) Le consentement au don du sang

Le recueil du sang humain repose, en France, sur la notion de don du sang qui illustre la démarche à la fois volontaire et altruiste des sujets de prélèvements et qui ressort des textes d'organisation des établissements de transfusion sanguine. [4] La loi n'a pas estimé utile d'organiser une procédure de recueil formel du consentement, pas plus qu'elle n'avait rappelé le principe de l'exigence du consentement au prélèvement. Ce silence semble exprimer l'évidence du don volontaire : "*la nécessité du libre consentement du donneur est inhérente à l'acte de libéralité qu'il consent. On ne donne que librement. Cette liberté est ici d'autant plus nécessaire que le donneur ne souffre pas seulement certaines incommodités ; il accepte aussi certains risques.*" [5]

A contrario, lorsque l'Etat français a voulu obtenir de certains citoyens un prélèvement sanguin sans leur laisser le choix d'une démarche volontaire, il a utilisé la voie législative. C'est ainsi que fut décidé que "*les hommes des classes 1944 et 1945, qui n'ont pas accompli de service*

---

[1] SAVATIER René, *De sanguine jus*, précité, p.141.

[2] Art.L.666 al.1, C.S.P.

[3] Toute rupture de l'étanchéité de l'épiderme est une voie ouverte à l'infection d'un organisme affaiblit par une ponction, même modérée, de son volume sanguin. Pour un cas de prélèvement mortel par excès de volume cf. T.G.I. Seine, 23 avril 1966, D.1966. somm.23. Un spécialiste de la transfusion avait, en méconnaissance de l'arrêté ministériel du 28 mai 1956, prélevé sur un donneur professionnel "plus fréquemment que ce texte ne l'autorise et sans qu'une circonstance exceptionnelle ne justifie cette dérogation, une quantité de sang très supérieure à la soustraction maxima impérativement fixée à 400 g, prélèvement ayant entraîné le décès du donneur."

[4] "Les centres et les postes de transfusion sanguine sont chargés : de recruter des donneurs de sang, notamment en participant à la propagande éducative pour susciter des donneurs volontaires ; (...).", Décret n°54-65 du 16 janvier 1954, portant règlement d'administration publique pour l'application du livre VI du C.S.P., (art.L.666 à L.677) concernant l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de ses dérivés, art.14 al.1.

[5] SAVATIER René, *De sanguine jus*, précité, p.143.

militaire actif ou des services considérés comme tel pourront être soumis, en fonction des besoins, à un prélèvement de sang, destiné aux services de transfusion sanguine de l'armée ou aux besoins de la santé publique." [1] L'Etat prélevait l'impôt du sang. [2]

Ce choix législatif, resté unique, peut s'expliquer à la fois par la volonté d'approvisionner les établissements publics en stock de sang et par le souci de solliciter des jeunes gens, exemptés de service militaire pour des raisons historiques, un sacrifice de leur liberté. La conscription, qui est d'ordinaire une atteinte à la liberté d'aller et venir des appelés du contingent, a été exceptionnellement remplacée par une atteinte à la liberté de consentir librement au don du sang. [3]

L'esprit de cette loi a été l'objet de critiques sévères. [4] La reproduction d'un tel mécanisme juridique semble exclue à l'heure où les instances internationales, Conseil de l'Europe, O.M.S., Croix rouge internationale, tentent d'harmoniser les législations de tous les pays vers les principes du volontariat. [5]

Le principe du consentement libre et éclairé du donneur de sang est spécialement souligné par la loi lorsque l'acte lui fait courir des risques particuliers. La nature du sang de certains donneurs peut permettre de susciter en eux le développement de cellules particulièrement intéressantes sur le plan thérapeutique. [6] C'est pourquoi il peut être utile de stimuler la production de ces éléments par l'administration de médicaments ou par injection de sang de tiers. Cette opération créant des risques spéciaux [7], la loi a voulu protéger ces donneurs en veillant à ce que leur consentement soit particulièrement libre et bien éclairé [8], sous peine de sanction. [9]

---

[1] Loi n°54-416 du 14 avril 1954, J.O. 15 avril 1954, p.3643, art.1.

[2] "Tout homme des classes ci-dessus désignées et remplissant les conditions prévues à l'art.1er qui, ayant déféré à un ordre de route, refusera d'être soumis au prélèvement sanguin, sera puni des peines prévues au premier alinéa de l'art. 205 du code de justice militaire pour l'armée de terre.", L.14 avril 1954, J.O. 15 avril 1954, p.3643, art.3. "Ce texte, que certains ont considéré comme une atteinte à la liberté individuelle, a même prévu une peine d'emprisonnement d'un an à deux ans pour les sujets qui se refuseraient de se soumettre.", DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes,* précité, p.112. Nous ne cesserons de nous ébahir devant un texte légal aussi riche de portées symboliques. Seul cas, à notre connaissance, où l'Etat demanda, sous peine de sanction, à de jeunes hommes qu'ils versent réellement leur sang au profit de la nation en lieu et place de ce que certains nommaient jusque là abusivement l'impôt du sang : le service militaire.

[3] Un auteur compare la prise de risque permise par la loi de 1976 en matière de prélèvement d'organe in vivo avec la notion de service militaire obligatoire, sans mentionner la loi du 14 avril 1954 qui impose la prise de sang, donc le risque, à la place du service militaire. "L. 22 déc. 1976, article 1. Il s'agit d'une exception dans la philosophie du droit français. Cet article autorise la prise de risque par un individu au bénéfice de la collectivité. (...) Seule la conscription militaire pourrait être comparable à cette exception juridique avec cependant trois variantes : a) l'appel sous les drapeaux ne s'adresse pas à des mineurs, b) le code des pensions est le complément de la notion de risque, c) la finalité n'est pas forcément fraternelle, mais plutôt égalitaire.", COLPART J.J., *Aspects légaux et juridiques du prélèvement d'organes*, in *Proposition d'amendement au projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain*, France-Transplant mai 1992, p.21.

[4] "Obliger un individu à donner son sang lorsqu'il n'est pas volontaire constitue une intrusion inadmissible dans le domaine de la liberté. Fort de ce précédent, un gouvernement totalitaire ou une puissante occupante pourront obliger certaines catégories de citoyens à se prêter à un prélèvement de cette sorte. Il ne faut pas encourager de pareilles idées.", KORNOPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises,* précité, p.755 note 342. "Cette réquisition de sang individuel dans un intérêt collectif doit rester limitée à des besoins extraordinaires. Elle demeure une exception remarquable à la règle par ailleurs générale et absolue, qui veut que la fourniture de sang ne puisse émaner que d'un volontaire.", SAVATIER René, *De sanguine jus*, précité, p.143.

[5] TORELLI Maurice, *Le médecin et les droits de l'homme*, Berger-Levrault 1983, pp.270-271. cf; aussi "Le don de sang doit en toute circonstance être volontaire ; aucune pression d'aucune sorte ne doit être exercée sur le donneur.", Société Internationale de Transfusion Sanguine, *Code d'éthique pour le don et la transfusion du sang*, 1980, art.1. Sur ce point cf. ANDRE A., *Liberté thérapeutique et substance d'origine humaine*, in Jus médicum, Acta 6ème Congrès mondial de droit médical, Gand 1986, T.1, p.47.

[6] Sérums, anticorps, etc... "Le concentré leucocytaire est obtenu par la technique de la cytaphérèse qui permet, grâce à une machine sophistiquée, de récolter chez les donneurs choisis, les leucocytes en grande quantité. (...) Cette technique est contraignante pour le donneur car elle dure trois heures et nécessite une prémédication pour augmenter le rendement.", JACQUILLAT C., WEIL M., AUCLERC G., PROFIZI N. et KHAYAT D., *Le sang*, P.U.F. Que-sais-je?, 1ère éd° 1989, n°194, p.101.

[7] L'arrêté du 3 novembre 1986 relatif aux prélèvements de sang, art.8-9 et 12, assimile les prélèvements par cytaphérèse, (don de globules blancs ou de plaquettes), aux modifications de l'article L.667 C.S.P., mais pas les prélèvements par plasmaphérèse, (don de plasma).

[8] "Les caractéristiques du sang humain ne peuvent être modifiées avant le prélèvement que par un docteur en médecine opérant uniquement dans les établissements prévus à l'alinéa précédent. Cette modification ne peut être faite qu'avec le consentement écrit du donneur volontaire, ce dernier ayant été préalablement averti par écrit trois jours à l'avance des risques qu'il court.", Loi n°61-846 du 2 août 1961, modifiant l'art.L.667 al.3, C.S.P. Cette disposition légale crée un des deux cas de consentement écrit donné après un délai de réflexion, cf. art.L.162-5 C.S.P. délai d'une semaine en matière d'I.V.G.

C) Don du sang et responsabilité pénale

La mise en œuvre de la responsabilité pénale pour un acte de prélèvement de sang peut résulter soit du non respect de la finalité ou du consentement (1°), soit d'une violation du principe de gratuité (2°).

1°) La permission légale repose sur la finalité et le consentement

L'édifice juridique français d'organisation de la transfusion sanguine crée à la fois des incriminations pénales spécifiques et une sphère de justification sur le plan pénal. La loi du 21 juillet 1952 justifie pénalement les atteintes à l'intégrité corporelle des sujets de prélèvement à la condition que soient respectées les dispositions légales sur le consentement du "donneur volontaire". Le non-respect du chapitre "*Utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leur dérivés*" est sanctionné pénalement d'une amende contraventionnelle. [1] Mais, au delà, en empêchant le médecin préleveur de bénéficier du fait justificatif de permission de la loi, toute violation de la norme légale rendrait le médecin pénalement responsable selon les règles du droit pénal commun.

Toutefois la loi n'a pas abordé la question du sang "récupéré" après une opération ordinaire dans le but d'être recyclé au profit d'un tiers. A défaut d'incrimination spécifique, aucune infraction pénale n'est commise dès lors qu'il n'y a pas d'atteinte à l'intégrité physique du "donneur". Une fois sorti de son corps, le sang n'est plus une partie intégrante de la personne. Or, la "valeur" que le Code pénal protège à titre principal : c'est l'intégrité de la personne.

---

9 "Sera puni d'une amende de 3000 F à 30000 F, en cas de récidive d'une amende de 20000 F à 60000 F et d'un emprisonnement de six jours à six mois quiconque aura modifié les caractéristiques du sang d'une personne avant prélèvement en infraction aux dispositions de l'article L.667, alinéas 3 et 4.", art.L.675-1 al.1. C.S.P.

1 "Les autres infractions aux dispositions du présent chapitre et aux décrets en Conseil d'Etat pris pour son application seront punies d'une amende de 1300 à 3000 F.", art.L.676.C.S.P.

2°) La question de la gratuité du don de sang

Le droit français de la transfusion sanguine repose sur les notions de service public et de protection de la santé publique. [1] La société française contemporaine, approuvée par la doctrine moderne [2], a fait le choix de ne permettre que les démarches purement altruistes et désintéressées de la part des donneurs de sang. Ceux-ci ne peuvent percevoir aucune rémunération pour le prélèvement subi. [3] La loi du 21 juillet 1952 ne fait aucune référence au concept civiliste de contrat [4] et il est exclu que le don du sang soit un contrat de donation. [5]

La difficulté de qualification repose certainement sur la différence d'approche philosophique des juristes de droit privé et de droit public. [6]

Le droit pénal par sa nature mixte procède des deux logiques. Bras répressif de l'Etat, il incrimine et sanctionne des comportements définis par la loi comme délinquants, soit parce qu'ils sont contraires aux rapports normaux entre particuliers, soit parce qu'ils sont contraires aux rapports normaux d'un individu face au groupe social, soit pour les deux raisons cumulées, ce qui est le cas en matière d'atteinte à l'intégrité corporelle. "*L'atteinte au corps est en principe du ressort du droit pénal. Le droit civil n'est en principe concerné que lorsque cette atteinte a été décidée par la voie de conventions.*" [7]

Il faut distinguer, sur le plan de la licéité, la démarche initiale de don du sang qui doit obligatoirement être gratuite et le devenir de ce prélèvement qui entre dans le marché des produits d'origine humaine. [8] Le législateur veut proscrire le trafic de sang dans un but lucratif, "*en l'état du droit positif, le sang est dans l'échange, il circule à l'intérieur de la collectivité, mais il est hors du*

---

[1] "Les responsabilités engagées s'encadrent, en effet, depuis la loi du 21 juillet 1952, dans un service public. Car c'est le service public du sang humain qui en assure le prélèvement.", SAVATIER René, *De sanguine jus*, précité p.144. La loi confie à certains établissement publics agréés le monopole de la collecte, du stockage et de la préparation du sang humain. Mais la condition de gratuité ne s'impose pas à tous les stades de la chaîne du sang comme le prouvent les dispositions légales sur la fixation du prix du sang. "Les prix des opérations concernant le sang humain, son plasma et leur dérivés, tant au stade de la préparation et du dépôt qu'à celui de leur délivrance, à titre onéreux, sont fixés par arrêté du ministre de la Santé publique et de la Population de façon à exclure tout profit.", art.L.673 C.S.P. LACHEZE distinguait dans sa thèse trois catégories de donneurs, le donneur bénévole, le donneur exceptionnel, rémunéré, et le donneur professionnel. cf. LACHEZE Jean, *La transfusion du sang au point de vue juridique*, précité, p.44.

[2] "Le droit de l'homme sur son propre corps est de nature extra-patrimoniale, droit dit «de la personnalité». D'ailleurs, lorsque d'aventure la cession d'un élément du corps humaine est licite, on ne parle ni de vente ni de prix.", MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°455, pp.299-300.

[3] La prestation alimentaire en nature fournie aux donneurs n'est qu'une contrepartie destinée à compenser le relatif affaiblissement de leur organisme, elle pourrait être rapprochée de la notion d'indemnisation en nature. "Immédiatement après le prélèvement le donneur doit observer, sous surveillance médicale, un court repos, au cours duquel une légère collation lui est offerte", Arrêté du 3 novembre 1986, relatif aux prélèvements de sang, art.5.

[4] Sur la question de la qualification en droit civil cf. HENRY Xavier, *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse Droit Nancy 1992, T. 1, pp.982 à 1012 et les importantes références citées en note.

[5] La terminologie utilisée peut, toutefois, être trompeuse sur le plan juridique car il ne s'agit en aucun cas d'un contrat de donation. "Si le don est l'action d'accorder gratuitement à quelqu'un la propriété ou la jouissance d'une chose, le fait de donner du sang, du sperme, etc... ne saurait constituer juridiquement une donation.", THOUVENIN Dominique, *La disponibilité du corps humain : corps sujet ou corps objet ?*, ACTES 1985, n°49-50, *Le corps aux mains du droit, dossier bioéthique*, p.37. cf. aussi "La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte.", art.894 C.civ. La loi organise seulement l'utilisation thérapeutique de produits d'origine humaine, en désignant le sujet du prélèvement par le mot donneur volontaire. Il n'y a, en matière de sang, ni donateur, ni donataire, mais dépouillement volontaire d'un donneur d'une partie régénérable de son corps à la société qui pourra l'utiliser pour traiter médicalement des receveurs.

[6] Les privatistes analysent la norme juridique en tant qu'organisation des rapports entre les particuliers alors que les publicistes l'observent comme une règle de fonctionnement de la collectivité. Dans le premiers cas, les auteurs tendent à incorporer les innovations légales dans l'édifice des règles juridiques qui définissent la licéité des faits humains en fonction de la classification du Code civil. Le droit civil est axé sur la définition et l'organisation des rapports individuels. Dans le second cas, les auteurs se réfèrent à une conception gestionnaire de la vie en société, l'étude de la loi a pour but de définir ce que l'Etat permet, tolère ou interdit sur le plan global.

[7] HERMITTE Marie-Angèle, *Le corps hors du commerce, hors du marché*, in Arch.phil.droit 1988, *La philosophie du droit aujourd'hui*, p.327.

[8] "L'objet concret de la prestation, c'est-à-dire l'élément corporel transmis, n'explique pas tout. Son influence directe concerne la seule gratuité du don initial conclu entre un donneur et un établissement spécialisé. Au delà, le sang, les organes ou encore le placenta entrent dans de véritables circuits de contrats onéreux. Il peut donc y avoir, pour un même élément corporel, des contrats gratuits et des contrats onéreux.", HENRY Xavier, *La technique des qualifications contractuelles*, précité, pp.992-993.

marché ; en effet, l'acte initial est un don, et toutes les manipulations ultérieures échappent à la loi du profit." [1] C'est pourquoi la loi incrimine les violations des règles sur la fixation du prix du sang. [2]

La violation du principe de la gratuité du don initial ne peut actuellement recevoir aucune qualification pénale spécifique, par défaut d'incrimination. Cependant la condition de gratuité est incontestablement au centre de l'organisation légale de la transfusion. Le fait de rémunérer volontairement un "donneur de sang" est un cas de non-respect de la loi qui, bien que non sanctionné, empêche le fautif de se prévaloir de l'autorisation de cette même loi. La rémunération volontaire du donneur devrait, selon nous, aboutir à qualifier le prélèvement d'illicite et à retirer à l'acteur le bénéfice de la permission légale.

Le prélèvement est une atteinte à l'intégrité corporelle qui ne peut être pénalement justifiée que par le respect des prescriptions légales. Le défaut de fait justificatif rend l'acte objectivement infractionnel, donc réellement sanctionnable, au titre des atteintes illicites à l'intégrité du corps humain. La protection pénale de la gratuité du don du sang sera probablement assurée de manière expresse et directe dès la prochaine réforme législative de la matière. [3]

§2) La justification pénale des prélèvements d'organes "in vivo"

Un être humain peut-il accepter au profit d'autrui un acte mutilant qui est toléré lorsqu'il est accompli à son profit exclusif ? Certains théologiens l'affirment, contredisant la position jusque là incontestée de l'Eglise. [4] Il apparaît qu'il est moralement acceptable que l'homme donne une partie de sa santé pour les autres, alors que cela est toléré pour d'autres paramètres de la vie, comme le temps, l'intelligence ou le travail. [5]

La morale et le droit avaient su s'affranchir des hésitations quant à la licéité du prélèvement d'organes sur le cadavre, il fallait néanmoins analyser la démarche de prélèvement sur le donneur vivant sans écarter la hantise de voir un jour un pouvoir totalitaire imposer à certains citoyens,

---

[1] HERMITTE Marie-Angèle, *Le corps hors du commerce, hors du marché*, précité, p.333.

[2] "Toute infraction aux arrêtés visés à l'article L.673 ci-dessus est punie d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 360 F à 30000 F ou de l'une de ces deux peines seulement.", art.L.674 C.S.P.

[3] cf. "Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'une personne le prélèvement d'un de ses tissus ou la collecte de son sang ou des produits de son corps contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 50 000 à 1 million de francs.", Projet de loi "Bianco", Ass.Nat. 25 mars 1992, doc. n°2600, art.L.681-4 al.1, p.25.

[4] "Recevant de toute part, nous devons supporter pour le bien de la communauté des risques de toute sorte. Spécialement dans le domaine de la vie. Ceci ne fait aucune difficulté . On admire l'homme qui se jette à l'eau pour sauver son prochain. Et on fera un devoir au soldat, en temps de guerre, de risquer mort ou blessures, pour le salut de la patrie. Pourquoi ce passage du bien individuel au bien des autres qui ne soulève aucune objection lorsqu'il s'agit de ces dangers à affronter, ne pourrait-il pas se faire aussi légitimement, lorsqu'il s'agit de donner une partie de notre être physique ? Et le bien général du corps qui, selon la doctrine traditionnelle, autorise la mutilation, pourquoi ne pas le comprendre comme celui de la grande communauté humaine, surtout si, passant au plan chrétien, on se souvient que tous les hommes sont appelés à devenir membres du Corps mystique du Christ, unifiés par une même vie et un même amour ?" , TESSON P.E., *Greffe humaine et morale*, précité, p.30.

[5] L'extension prônée par P.E.TESSON S.J. de l'individuel au collectif reconnaît à chacun le droit de disposer au profit d'autrui de ce dont on peut disposer à son propre bénéfice. Cette opinion novatrice a amené les auteurs à penser autrement l'acte médical, en séparant les critères de justification autrefois réunis autour du cas du patient unique. La doctrine pontificale expliquait que l'homme n'a qu'un pouvoir relatif sur son corps et que les seuls actes mutilants tolérés étaient ceux qui correspondaient à la finalité de survie. A ce titre sont donc prohibés par la doctrine chrétienne, les actes de suicide, de stérilisation, ainsi que les mutilations "gratuites" ou "perverses", telles que celles à but économique ou esthétique.: "Les individus eux-mêmes n'ont sur leur propre corps, d'autre puissance que celle qui se rapporte à leurs fins naturelles, ils ne peuvent ni les détruire, ni les mutiler, ni se rendre par d'autres moyens, inaptes à leurs fonctions naturelles, sauf quand il est impossible de pourvoir autrement au bien du corps entier.", PIE XI, encyclique sur le mariage chrétien, Casti Connubii, 31 déc. 1930. "Le patient, (...), n'est pas maître absolu de lui-même, de son corps, de son esprit. Il ne peut donc disposer librement de lui-même comme il lui plaît. Le motif même pour lequel il agit n'est, à lui seul, ni suffisant ni déterminant. Le patient est lié à la téléologie immanente fixée par la nature, (...). Parce qu'il est usufruitier et non propriétaire, il n' a pas un pouvoir illimité de poser des actes de destruction ou de mutilation de caractère anatomique ou fonctionnel. Mais en vertu du principe de totalité, de son droit d'utiliser les services de l'organisme comme un tout, il peut disposer des parties individuelles pour les détruire ou les mutiler lorsque, et dans la mesure où c'est nécessaire pour le bien de l'être dans son ensemble, pour assurer son existence, ou pour éviter, et naturellement pour réparer des dommages graves et durables qui ne pourraient être autrement ni écartés ni réparés.", PIE XII, "Discours au congrès d'histopathologie", 13 sept. 1953, cités par TESSON P.E., *Greffe humaine et morale*, précité, pp.32-33. La logique présentée nous pousse à penser que devrait également être prohibés tous les actes médicaux qui contreviennent aux plans du Créateur, "nue-propriétaire". Ainsi, la réanimation de nouveaux-nés à qui la nature n'a pas donné le développement suffisant pour vivre ou les êtres humains affectés d'une tare mortelle et qui sont "sauvés" par des actes aussi mutilants que l'exsanguino-transfusion ou la greffe de moelle épinière.

classés comme inférieurs, le don de leur corps vivant au profit d'autres citoyens, classés comme supérieurs. L'image des dérapages d'une partie de la société scientifique allemande pendant la seconde guerre mondiale et la tacite complicité de savants soviétiques dans de nombreuses atteintes aux droits de l'homme, surgissaient certainement à l'esprit des analystes. [1]

Le droit français, malgré quelques hésitations, justifiait dès avant 1976 certains prélèments d'organes ponctuels (A), mais ce n'est que par la loi du 22 décembre 1976 que fut instaurée une véritable permission légale de prélever des organes sur la personne vivante (B).

A) La justification de prélever des organes avant 1976

La réflexion juridique reposait initialement sur la possibilité de qualifier pénalement les prélèvements d'organes in vivo (1°), sur l'inapplicabilité de la permission tacite de la loi pour les justifier (2°), ce qui suscita le recours à la notion d'état de nécessité (3°).

1°) Les qualifications pénales applicables aux prélèvements "in vivo"

Les seules parties du corps que les médecins contemporains envisagent de prélever sont celles qui ne sont pas indispensables à la survie du sujet prélevé. [2] Les organes vitaux, comme le cœur ou les poumons, n'ont jusqu'à présent été prélevés que sur des sujets humains décédés. [3]

Dans l'hypothèse d'un prélèvement de cœur sur un sujet humain vivant, il ne fait aucun doute que la qualification d'homicide volontaire pourrait être retenue. L'élément matériel, constitutif de l'infraction de meurtre, est traditionnellement décrit comme : un acte positif de destruction de la vie humaine. L'ablation d'un organe nécessaire à la vie est un homicide volontaire punissable de la réclusion criminelle. [4] L'infraction de meurtre ou d'assassinat pourrait être retenue contre des médecins qui auraient volontairement prélevé un cœur sur un individu comateux non encore mort cérébralement.

Anticiper sur la mort cérébrale d'un futur donneur n'est pas une simple faute de précipitation par rapport à la législation sur les transplantations, c'est un homicide volontaire.

Dans l'hypothèse, peu plausible, où la situation de non-mort cérébrale serait involontairement due à une erreur de diagnostic, l'incrimination d'homicide par imprudence trouverait à s'appliquer. [5]

S'il n'a jamais été question de tuer quelqu'un en l'amputant d'une partie indispensable de son anatomie pour la greffer à un receveur, c'est par respect fondamental de la vie. Le droit pénal interdit par la prohibition de l'homicide volontaire que l'on puisse instaurer une échelle de valeur entre les différents êtres humains vivants.

La société française a pendant longtemps admis la peine de mort dans un but d'élimination des délinquants les plus dangereux. La mise à mort était moralement justifiée par une utilité collective :

---

[1] "Si l'on ne met pas sur pied une législation dans ce domaine, la porte est ouverte à tous les abus et l'on pourra un jour décider que le vilain opposant politique pourra servir à donner son foie, son cœur et son rein. Pourquoi pas ? A moins que ce ne soit le grand blond aux yeux bleus qui louchent ou le petit brun qui a le nez épaté...", COSTE-FLORET Paul, *La greffe du cœur devant la morale et devant le droit*, R.S.C. 1969, pp.799-800.

[2] Cf. sur le plan civil un essai de classification des conventions sur les éléments du corps humain : "La première catégorie réunit les conventions qui sont toujours illicites, quel que soit le but qu'elles poursuivent, et même si elles sont gratuites (...) Sont indubitablement interdits tous les actes par lesquels une personne cède un élément de son corps dont la disparition est susceptible d'entraîner son décès.", HENRY Xavier, *La technique des qualifications contractuelles*, précité, pp. 986-990. L'auteur vise le don de cerveau, de cœur, des deux reins.

[3] Un seul organe peut provenir soit d'un cadavre soit d'un sujet vivant : "Le greffon rénal est le seul à pouvoir provenir soit d'un sujet en état de mort cérébrale, soit d'un donneur vivant.", I.G.A.S., *Rapport sur les transplantations d'organes en France*, mai 1992, p.152.

[4] Articles 295 et 304 du Code pénal, art. 221-1 N.C.pén. La circonstance aggravante de préméditation serait retenue à l'encontre des auteurs d'un tel prélèvement organisé et conçu après réflexion. art.296, 297 C.pén., art. 221-3 N.C.pén.

[5] Art.319 C.pén., art.221-6 N.C.pén. cf. supra 1ère Partie, Titre 2, la qualité de l'acte.

châtier un fautif et protéger le groupe social contre l'éventuel renouvellement de ses fautes. Nous ne connaissons pas de cas de mise à mort institutionnalisée pour répondre à une utilité individuelle. [1]

La protection de l'intégrité corporelle est pénalement fondée sur le principe que toute atteinte non justifiée au corps humain d'autrui est susceptible de recevoir une qualification pénale et donc d'être juridiquement sanctionnée parce qu'illicite. La prohibition est de principe, quelle que soit la gravité des conséquences des actes accomplis. Si la loi distingue les diverses formes de violences c'est pour mieux adapter la réponse sociale aux comportements délinquants.

La distinction des différentes infractions portant atteintes au corps humain a pour but principal de hiérarchiser les fautes pénales. Le législateur prend en compte la gravité des lésions physiques causées pour traiter pénalement différemment l'auteur de fautes définies comme légères, graves ou très graves. [2] Les conséquences des fautes commises permettent de définir la faute sur le plan juridique, mais la gravité ou la légèreté des conséquences ne permettent pas de déroger au principe selon lequel toute atteinte à l'intégrité physique est une faute pénale.

En matière de prélèvement in vivo, il n'y a pas lieu de distinguer les atteintes commises en fonction du caractère régénérable ou non, de l'objet du prélèvement accompli. [3] Soit le prélèvement est rendu licite par le jeu d'un fait justificatif et aucune sanction ne pourra être prononcée quelle que soit la qualification pénale exacte de l'acte, soit le prélèvement n'est pas justifié, et l'acte doit être pénalement qualifié en tenant compte des critères du Code pénal. Ces critères sont fondés sur les effets immédiats de la faute sur la vie de la victime. Le législateur utilise principalement les critères de temps d'incapacité temporaire totale d'activité "normale" [4] et d'infirmités permanentes. [5]

2°) L'inapplicabilité de la permission tacite de la loi

L'opération médicale de transplantation, au contraire des autres actes médicaux, comporte deux sujets. Le médecin exerce une mission qui n'est plus limitée à un interlocuteur, le patient ; il est confronté à deux personnes physiques : le donneur et le receveur. [6] Le donneur est soumis à un prélèvement, le receveur fait l'objet d'une greffe, l'un et l'autre sont impliqués dans un événement médical qui est organisé et réalisé par le corps médical. Cette nouveauté empêche d'invoquer la permission tacite de la loi, fait justificatif de toute activité médicale.

Le donneur d'organes ou de tissus n'est pas un patient, le raisonnement suivi pour justifier pénalement l'activité médicale ordinaire ne peut être utilisé pour les situations de prélèvement. Il n'y a absolument aucun but curatif pour le donneur à être prélevé car la finalité thérapeutique s'entend de l'utilité directe pour la santé personnelle du sujet de l'acte médical. "*La difficulté tient à ce que l'acte de prélèvement n'est pas pratiqué dans l'intérêt curatif du donneur. Bien au contraire, l'atteinte à une personne, le donneur, a pour but de satisfaire l'intérêt curatif d'une autre personne, le receveur.*" [7]

---

[1] Les sacrifices humains n'ont existé que dans de très rares civilisations. Ces pratiques étaient alors justifiées par la croyance que le groupe social en danger serait sauvé par la mise à mort d'un de ses membres, "Chaque divinité est célébrée par une fête et chaque fête est une psychothérapie de l'angoisse collective. Sur cette haute terre brûlée par le soleil, où les dieux ont soif et faim, où ils réclament insatiablement le sang frais de nouvelles victimes, il n'est pas de jour sans que le rituel du sacrifice humain soit accompli.", BRELET-RUEFF Claudine, *Les médecines sacrées. Les prêtres médecins de l'Amérique précolombienne*, précité, p.189.

[2] Contraventions de voie de fait et violence légères et de blessures par imprudence, délits de coups et blessures volontaires et d'homicide par imprudence, crimes de mutilations volontaires et d'homicide volontaire.

[3] Peuvent être classés dans cette catégorie les éléments dont la privation n'a, généralement, que des effets temporaires. Il s'agira de certains tissus que le corps humain crée régulièrement afin d'assurer un renouvellement, et des produits de l'organisme, tels que le sang, la peau, la moelle. La soustraction de tels éléments est moins grave puisque l'organisme peut naturellement combler le manque causé en remplaçant les éléments prélevés.

[4] 8 jours d'I.T.T., art.309 C.P., art.222-11 N.C.pén., 3 mois d'I.T.T., 320 C.pén., art.222-19 N.C.pén.

[5] Art. 310 C.pén., art.222-9, N.C.pén.

[6] L'acte de greffe peut donc être décomposé en deux problèmes moraux distincts : quelles sont les raisons qui peuvent moralement légitimer que l'on ôte une partie de son corps à un donneur ? Quelles sont les raisons qui peuvent moralement légitimer que l'on procède à la transplantation d'un greffon d'origine humaine à un receveur ?

[7] CHARAF-ELDINE A., *Les prélèvements d'organes, commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, R.T.D.soc. 1978, p.447.

Nous écartons volontairement les hypothèses où la privation d'organes ou de tissus est un acte médical "ordinaire" [1] pour n'envisager, ici, que les donneurs "sains". [2]

Monsieur KORNPROBST se demandait, dès 1957: "*s'il n'existerait pas, au moins, une exception lorsque l'énucléation du donneur constitue, pour lui, une thérapeutique chirurgicale nécessaire : le but curatif reparaît, l'idée de violence disparaît ; malheureusement, les yeux enlevés dans ces conditions sont des yeux malades. (...) Il fallait le signaler car c'est la rarissime hypothèse dans laquelle la question pourrait se poser à la conscience d'un médecin. Pourquoi l'interdire ?*" [3]

La science aurait pu permettre de conserver les principes juridiques en vigueur si l'on avait pu procéder au "recyclage" des organes malades prélevés sur les patients au profit, thérapeutique, d'autres patients. Le prélèvement serait alors pénalement justifié par l'intérêt thérapeutique du "donneur", la greffe ne faisant qu'utiliser un organe perdu pour lui donner une utilité pour la santé d'un tiers. [4] Mais ce n'est malheureusement qu'exceptionnellement possible en raison de la mauvaise qualité biologique et anatomique des tissus et organes que l'on a ôtés au patient parce qu'ils étaient par hypothèse malades. L'avenir permettra peut-être d'utiliser de façon systématique ces extraits du corps humain vivant, ce n'est pas encore le cas, sauf pour certains cas rarissimes. [5]

Comme toute atteinte à l'intégrité corporelle est, a priori, une infraction pénale et que le prélèvement sans but curatif pour la personne sujet de l'acte ne peut être pénalement justifiée, il faut conclure, qu'avant 1976, tous les prélèvements d'organes in vivo étaient pénalement répréhensibles.

La permission tacite de la loi qui justifie le médecin dans le cadre de son activité "ordinaire" ne s'appliquait pas au prélèvement in vivo. Ce que reconnaissait le Professeur Hamburger en 1966. "*Aucune loi n'autorise aujourd'hui à accepter d'un donneur vivant volontaire le don d'un organe. Le prélèvement peut être assimilé à des «coups et blessures volontaires».*" [6]

3°) La justification des prélèvements "in vivo" par l'état de nécessité

Préalablement à la loi du 22 décembre 1976, le droit positif français interdisait tacitement tous prélèvements d'organes ou de tissus sur le corps des êtres humains vivants. Aucun texte n'autorisait un médecin à commettre ce qui est objectivement une blessure. "*Un éventuel prélèvement sur le vivant, mutilation inadmissible et unanimement reconnue comme étant condamnable.*" [7]

Le recours au concept d'état de nécessité était un palliatif ponctuel qui peut être qualifié de fait justificatif par défaut (a), dont l'emploi fut restreint du fait des limites de la notion (b).

---

[1] Ablation d'un foie malade, amputation d'un bras gangrené, incision d'un lambeau de peau brûlée, par exemple, ainsi que tous les cas d'auto-greffe. Prélèvement de peau sur la cuisse pour soigner le visage par exemple.

[2] A contrario il existe des hypothèses de "rein libéré" : "Cette dénomination vise le rein retiré à un sujet dans son propre intérêt : tumeur de l'urètre ou création d'une dérivation arachnoïdo-urétrale chez un hydrocéphale.", DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes*, précité, p.91, note 21.

[3] KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.857.

[4] "Il arrive cependant que l'ablation d'un rein devienne nécessaire chez un sujet. Ceci est le cas notamment chez les hydrocéphales. La dérive du liquide céphalo-rachidien vers les conduits excréteurs du rein nécessite alors l'enlèvement de l'un de ces organes qu'on peut utiliser aux fins de transplantation. Il va sans dire qu'il s'agit d'une source minime de greffons.", DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes*, précité, p.29.

[5] L'utilisation des déchets opératoires ne pose pas de problèmes de licéité du prélèvement, mais de licéité de la greffe. Nous savons que de nombreux tissus issus de gestes opératoires ordinaires, sont conservés par les équipes médicales pour être réemployés par la suite (tête fémorale, veines, artères) ou vendus (placentas, os etc...). L'étude de la responsabilité du chirurgien qui réimplante ses extraits humains doit porter sur la question de la commercialisation ainsi que sur celle de la qualité de l'acte médical de greffe, lorsque les greffons s'avèrent nuisibles, en raison de virus ou de germes.

[6] HAMBURGER Jean, *Progrès de la médecine et responsabilités du médecin*, in 2ème *Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M., 1966, T.1, p.300.

[7] KORNPROBST Louis, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, précité, p.857.

a) L'état de nécessité : une justification supplétive, admise par défaut

Pour les précurseurs qui étudiaient les transplantations, l'acte de prélèvement *in vivo* était instinctivement classé comme un acte extraordinaire par rapport à la mission médicale : "*les praticiens ont bien conscience que pour vouloir sauver un malade par la greffe d'organes pris sur un individu vivant ou en coma dépassé, aussi forte que soit la passion de secourir, ils sortent un peu (sic) des normes habituelles de la profession.*" [1]

La doctrine juridique invoqua de nombreux arguments pour rechercher une justification pénale du prélèvement in vivo, parmi lesquels la haute valeur morale des mobiles [2] et les liens familiaux. [3] Liens qui justifieraient que la santé des géniteurs soit altérée pour prolonger la santé d'un enfant. "*Une générosité saine et raisonnable du père ou de la mère, insistant calmement pour qu'on tente la greffe d'un de leurs reins à leur enfant mourant d'urémie chronique, il n'est pas possible de ne pas s'incliner devant la dignité d'un tel désir.*" [4]

Les premières tentatives de greffe de rein avaient donné lieu pour les chirurgiens à de grands dilemmes moraux, à défaut de contentieux judiciaires. L'année 1952 fut, en France, celle de la première tentative de greffe sur le jeune Marius RENARD d'un rein prélevé sur sa mère. Sa survie ne dura que quelques jours, mais la beauté du geste maternel [5] et du choix médical furent encensés ou condamnés. [6] La hauteur morale des mobiles individuels ne modifie en rien la responsabilité pénale des justiciables dès lors que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis. Qu'une blessure soit inspirée par les desseins les plus beaux ou les plus laids, est indifférent à la qualification pénale. C'est pourquoi il fallait rechercher d'autres causes de justification pénale du prélèvement in vivo, en l'absence de loi.

D'aucuns pensait que le concept d'état de nécessité serait la solution.: "*A l'heure actuelle, la licéité du prélèvement d'un rein sur un individu en bonne santé, en vue de sa transplantation sur un tiers, peut en effet faire difficulté. Il s'agit d'une atteinte à l'intégrité physique du donneur qui n'est pas justifiée par la protection de la santé de ce dernier, et ne paraît donc pas entrer dans le privilège médical de porter atteinte au corps humain dans un intérêt curatif. On ne peut donc écarter l'inculpation de coups et blessures volontaires à l'encontre du médecin qu'en faisant appel à la théorie de l'état de nécessité.*" [7]

Nous approuvons avec force cette analyse présupposant que toute violence est une infraction dont certaines seulement sont justifiées. Le recours à l'état de nécessité nous semble pourtant n'être qu'un ersatz de justification dont l'emploi est suscité par le silence du législateur. "*A défaut de texte, cette théorie de l'état de nécessité permet donc au chirurgien qui procède à la transplantation d'un rein prélevé sur un sujet vivant, de ne pas encourir les foudres de la loi.*" [8]

---

[1] MALHERBE J., *Médecine et droit moderne*, Masson, 1969, p.36.

[2] "Il convient de passer outre au principe de l'intangibilité du corps humain, de ne pas exclure, sous certaines conditions, des dons d'organes ou de tissus inspirés par un très respectable sentiment de générosité et d'amour du prochain.", DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes,* précité, p.57.

[3] "Le principe suivant lequel le don d'organes est inadmissible ne sera pas d'application lorsque le donneur peut faire valoir les liens du sang et de l'affectivité qui l'unissent au malade.", DIERKENS Raphaël, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Masson 1966, p.63.

[4] HAMBURGER J., CROSNIER J. et DORMONT J., *Problèmes moraux posés par les méthodes de suppléance et de transplantation d'organes*, Revue française d'études cliniques et biologiques, T.IX, 1964, pp.589-590.

[5] La presse ne manque jamais de glorifier les actes de sacrifice des parents pour leurs enfants. L'année 1992 fut, en France, celle de la première greffe d'une partie de foie prélevé esur un père de famille au profit de son enfant de 10 mois atteinte d'une atrésie incurable des voies biliaires. "On a opéré Clémentine parce que son état s'aggravait et que son père insistait pour lui donner une partie de son foie. Pour ces deux parents, il fallait la sauver à n'importe quel prix, repousser les limites du possible.", PLANIOL Françoise, *Greffe du foie. Pour sauver Clémentine, son papa a risqué sa vie*, Revue Parents, nov. 1992, p.96. Ce domaine est aussi celui des drames. "Décès d'une mère opérée pour sauver son fils. Les difficiles greffes de foie par donneur vivant. Constituant une alternative intéressant de dernier recours, ce type d'intervention n'est pas dénué de risques (sic).", PEREZ Martine Dr., Le Figaro 4-5 sept. 1993, p.10.

[6] HAILLOT Olivier, *Prélèvement de reins*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, Doin éd° 1992, p.117.

[7] SAVATIER Jean, *Et in hora mortis nostrae*, D.1968, chron., p.92.

[8] DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes,* précité, p.60.

b) L'état de nécessité : une justification incomplète, insuffisante

Il faut écarter le recours systématique à la notion d'état de nécessité parce qu'il est le plus souvent incompatible avec l'efficacité scientifique de la greffe. Le concept d'état de nécessité requiert l'existence d'un danger, grave et imminent, dont les risques doivent être supérieurs à la valeur sacrifiée, ce qui ne laisse subsister en matière de greffe que le danger de mort quasi-certaine et immédiate. Or il n'est pas médicalement souhaitable d'attendre la toute dernière extrémité pour agir.

Il est des greffes qui doivent pour réussir être entreprises suffisamment tôt, sinon l'ensemble de l'organisme s'affaiblit au point que la transplantation tardive n'apportera plus aucune utilité. Si seul un danger mortel patent pour le receveur peut justifier une mutilation du donneur, on risque de faire perdre une réelle chance de survie.

Les réflexions de la société n'ont longtemps porté que sur les greffes de reins qui permettent dans certains cas d'invoquer la notion d'état de nécessité. [1] Mais cette hypothèse est devenue marginale par rapport au grand nombre des indications médicales de greffes.

En 1961, une indication de greffe fut soumise à la réflexion des autorités judiciaires et médicales, qui concluèrent à une justification, ponctuelle, en raison d'un état de nécessité. Il s'agissait d'une enfant de quatorze ans victime d'une grave maladie rénale et dont la famille demandait que soit prélevé un rein sur sa sœur jumelle.

Après avis favorable du conseil national de l'Ordre des médecins, la chancellerie s'exprima par la voix du Procureur Général près la Cour de cassation : "*Compte tenu des progrès de la Science, de l'avis du Conseil National de l'Ordre des Médecins et de l'imminence du péril mortel encouru par la fillette, j'incline à penser que les règles analogues à celles qui régissent les hypothèses de l'avortement thérapeutique ou de l'accouchement dystocique devraient conduire, dans ce seul cas particulier et en raison des circonstances propres à l'espèce envisagée, à admettre, en dehors de la responsabilité contractuelle de droit commun, l'éventualité d'une irresponsabilité pénale du chirurgien, qui pourrait être fondée sur la contrainte morale résultant de l'état de nécessité où il se trouve de commettre un acte réprimé par la loi, afin de porter secours, dans un délai très bref, à une personne mortellement atteinte, qui ne peut être sauvée que par ce moyen.*" [2]

Les vertus et les limites de l'état de nécessité sont réunies dans ce cas concret. Les représentants de la profession médicale avaient estimé que le risque encouru par le sujet donneur était limité, alors que le bénéfice attendu pour le sujet receveur était grand, compte tenu de la compatibilité tissulaire entre jumeaux. Nous noterons, a posteriori, la très grande prudence des autorités judiciaires et surtout l'analyse ponctuelle de la situation. Ceci reflète une des principales lacunes de ce fait justificatif qui reste l'obligation de vérifier systématiquement, et pour chaque situation, le respect de toutes les conditions de la justification.

L'état de nécessité a été retenu dans cette hypothèse comme le fait justificatif d'une mutilation volontaire sur un enfant mineur, mais ne pouvait pas constituer le fait justificatif général de toutes les transplantations.

L'état de nécessité ne peut pas suffire, sans danger sur le plan juridique, à justifier seul la mutilation qu'est le prélèvement in vivo. L'état de nécessité ne fait aucunement référence à la

---

[1] D'une part le rein est un organe en double exemplaire dans l'organisme, dont l'expérience a montré que la privation naturelle ou artificielle d'un seul permettait la survie même prolongée dans de bonnes conditions de santé. D'autre part, les faibles connaissances de l'époque sur la compatibilité tissulaire, ne laissaient espérer de succès qu'en cas de prélèvement et de greffe entre donneur et receveur génétiquement apparentés, tels que les frères et sœurs, et les ascendants ou descendants directs. C'est pourquoi la notion d'état de nécessité pouvait intervenir utilement, en cas de péril de mort pour un receveur potentiel, et de possibilité sans risque excessif de prélever un rein chez un parent-donneur.

[2] Lettre du Procureur Général près la Cour de cassation, du 14 mars 1961 citée par DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes*, précité, p.79. et par TORELLI Maurice, *Le médecin et les droits de l'homme*, précité, p.269.

volonté de la personne lésée par l'infraction. [1] Or tous les auteurs ont souligné l'importance fondamentale du consentement du donneur au prélèvement d'organe. La société française n'admet qu'exceptionnellement les atteintes forcées à l'intégrité physique. Nul n'a jamais envisagé une telle hypothèse à l'encontre d'un donneur-potentiel. [2]

Pour compenser ce défaut, Monsieur MALHERBE cumulait état de nécessité et consentement : "*Le juriste n'a rien à ajouter. Si l'état de nécessité d'une part, le consentement absolument libre d'autre part, si ces deux conditions sont réunies, aucun obstacle juridique ne peut entraver l'intervention décidée par l'équipe médicale.*" [3] La faiblesse juridique de l'état de nécessité, fait justificatif jurisprudentiel et non légal à l'époque, et l'insuffisance de précisions sur l'étendue de ses conditions et effets [4], l'empêchaient d'être la cause unique de justification.

Cet état du droit suscita l'intervention du législateur. L'adoption d'une loi devait permettre d'adopter une conception du statut juridique des transplantations, fondée sur la notion d'état de nécessité mais en y joignant les avantages d'une protection de la volonté des donneurs. [5] Sans compter l'accroissement de la sécurité juridique des praticiens sur le plan de la justification pénale.

La loi "Caillavet" est l'aboutissement de travaux législatifs précédés de plusieurs projets et proposition de loi [6] visant à favoriser les progrès médicaux tout en préservant la sécurité des donneurs. Considèrant les incertitudes qui régnaient préalablement sur la question de la licéité des prélèvements, la loi du 22 décembre 1976 a eu pour principal effet de construire un édifice juridique organisant les actes médicaux liés aux greffes.

Depuis 1976, juristes et médecins connaissent les conceptions de la société française sur les transplantations, exprimées par la voix du législateur. Les prélèvements pouvaient auparavant être pénalement sanctionnés par le jeu de qualifications pénales ordinaires en raison de l'illicéité de principe de toutes les atteintes à l'intégrité corporelle des êtres humains. La loi de 1976 en proclamant la licéité de certains prélèvements et en définissant les conditions de cette licéité, a modifié très largement cet état du droit pénal.

---

[1] Certaines infractions commises "en état de nécessité" sont par définition contraires à la volonté de la victime de l'infraction. Ce sera le cas de la victime du vol d'une échelle, lorsque ce vol sera couvert par l'état de nécessité de sauver les victimes d'un incendie. L'état de nécessité laisse subsister l'obligation civile de réparation de la victime du vol mais supprime l'illicéité du vol lui-même justifié pénalement, nonobstant la volonté du lésé.

[2] Contra cf. "Le juriste allemand Karl ENGISCH qui se demande si nos conceptions juridiques ne permettent pas d'envisager la légitimité d'un prélèvement sans l'assentiment du donneur, et même contre sa volonté manifestée par une résistance physique.", DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes*, précité, p.80. Opinion désavouée par DOLL, même en cas de faute préalable du donneur envers le receveur : "Supposons que le «donneur» ait blessé le futur receveur et que seul un don d'organe soit susceptible de réparer le dommage. Ne pourra-t-on contraindre l'auteur du préjudice à le réparer en se soumettant à cette intervention ? Il ne saurait en être question. On ne saurait par exemple obliger le chasseur maladroit qui atteint l'un de ses partenaires d'une décharge de plombs dans les reins, à sacrifier l'un de ses organes, en guise de réparation compensatoire." DOLL ibidem,.pp.80-81. On peut, toutefois, se demander si une telle convention serait, aujourd'hui licite en cas d'accord du donneur. Son consentement serait-il libre ?

[3] MALHERBE J., *Médecine et droit moderne*, précité, pp.39-40.

[4] La référence au consentement est essentielle mais le choix français de ne permettre moralement que les dons d'organes et non les ventes de parties du corps humain l'est également, toutes notions extérieures au concept d'état de nécessité.

[5] CHARAF-ELDINE A., *Les prélèvements d'organes, commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, précité, p.448.

[6] Proposition "Géraud", Doc.Ass.Nat. 1967, annexe n°621, séance du 19 décembre 1967, Doc.Ass.Nat. 1974, annexe n°1009, séance du 6 juin 1974, Doc.Ass.Nat.1975-1976, n°2080.

B) La loi du 22 décembre 1976 : la permission des prélèvements "in vivo"

La loi nouvelle, sans comporter de dispositions spécifiquement pénales, modifie les règles ordinaires de la responsabilité pénale en créant un fait justificatif nouveau, une permission de la loi, hypothèse prévue par le Code pénal. [1] Les comportements autorisés par la loi de 1976 ne peuvent pas être condamnés par l'application du Code pénal. La loi contemporaine spéciale crée des dérogations empêchant l'application des lois générales plus anciennes, sans pour autant les abroger.

"*La loi de 1976 a posé le principe de la légitimité de l'atteinte corporelle ou à l'intégrité du cadavre du donneur. C'est alors l'autorisation de la loi qui justifie la transplantation d'organes.*" [2] Le principe de licéité aquis, la loi a entendu définir les conditions qui doivent être remplies pour que puisse être justifiée la mutilation pratiquée. Il n'a jamais été prévu de justifier globalement et systématiquement tous les prélèvements pratiqués, mais au contraire de distinguer juridiquement les actes licites des actes illicites. La loi consacre une extension du but curatif (1°), et un renforcement de l'exigence du consentement du sujet (2°).

1°) L'extension du but curatif : le prélèvement à finalité altruiste

La loi du 22 décembre 1976 n'a pas précisé de distinctions entre les éléments du corps humain qui peuvent être prélevés (a) mais elle a réservé le prélèvement in vivo au domaine de l'altruisme thérapeutique (b).

a) L'objet du prélèvement : le greffon d'origine humaine

Tout élément du corps humain peut être prélevé, qu'il soit qualifié d'organe, de tissu ou de produit : "*en vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante, (...).*" [3] Seul l'intitulé de la loi fait référence à la notion d'organe, sans la définir : "*Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976, relative aux prélèvements d'organes.*" L'emploi de cette terminologie aurait pu être interprété comme un choix exprès du législateur de n'englober que les organes dans le champ d'application de la loi. Toutefois l'article 5 de la loi a perturbé ce raisonnement en faisant référence à certains tissus pour les exclure. "*Les dispositions de la présente loi ne font pas obstacle à l'application des dispositions de la loi n°49-890 du 7 juillet 1949 relative à la greffe de cornée et de celles du chapitre unique du livre VI du code de la santé publique relatives à l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leur dérivés.*" [4]

Si le législateur exclut deux catégories de tissus du domaine légal, cela signifie-t-il que les autres tissus y sont soumis ? Juristes et médecins ont, semble-t-il, admis cette analyse en refusant de limiter les règles légales aux prélèvement d'organes, stricto sensu. "*La loi qui ne vise aucun organe, n'en exclut aucun.*" [5]

Les prélèvements pratiqués sur l'être humain vivant sont des actes graves que le législateur a voulu subordonner à des critères précis bien que la nature des greffons prélevables ne soit pas

---

[1] Art.327 C.pén. et 122-4 N.C.pén.

[2] CHARAF-ELDINE A., *Les prélèvements d'organes, commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, précité, p.447.

[3] L. 22 déc. 1976, art.1, al.1.

[4] L. 22 déc. 1976, précitée, art.5.

[5] GRENOUILLEAU J.B., *Commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes*, D.1977, chron., p.214. Les textes réglementaires ont ajouté à la confusion en créant une nouvelle distinction : les organes régénérables et les organes non régénérables. "Lorsque le prélèvement porte sur un organe non régénérable, (...).", Décret n°78-501 du 31 mars 1978, pris pour l'application de la loi du 22 décembre 1976, art.2.

limitée par la loi. Le régime juridique des prélèvements in vivo est entièrement fondé sur la notion d'utilisation du greffon.

b) La finalité du prélèvement in vivo : l'altruisme thérapeutique

Si les prélèvements sur le cadavre peuvent être accomplis dans un but scientifique ou thérapeutique, la loi a réservé exclusivement les prélèvements in vivo aux finalités curatives. [1] Le droit commun des mutilations volontaires ne justifie que les actes mutilants ayant un but curatif direct pour le patient [2] ; la loi de 1976 permet de justifier des mutilations pratiquées au bénéfice de la santé d'un tiers. [3]

La loi de 1976 a créé, en plus du but curatif personnel, la notion de but curatif altruiste. L'acte d'atteinte à l'intégrité physique du sujet prélevé n'est plus justifié par référence à l'amélioration potentielle de sa propre santé, comme c'est le cas pour la médecine "classique". [4] La loi de 1976 permet la démarche de sacrifice au profit d'un tiers-receveur. La thérapie du receveur justifie la mutilation du donneur. Il s'agit d'une nouvelle orientation de droit médical : <u>le but curatif altruiste</u>.

Ce qui démontre bien ce but altruiste essentiel, c'est l'exigence légale de la détermination du receveur de l'organe à prélever. Sans connaissance d'un cas pathologique qui peut être soigner par une greffe déterminée, les conditions légales ne sont plus remplies. "*La question se pose dès lors de savoir si l'agent du prélèvement pourrait invoquer l'autorisation de la loi comme fait justificatif, quelles que soient les conséquences de son acte* ." [5] C'est pourquoi la démarche médicale sera inversée en matière de prélèvement in vivo et en matière de prélèvement post-mortem. Dans le cas de prélèvement sur le cadavre, et en particulier dans les hypothèses de prélèvement multi-organes, c'est la situation médicale d'un donneur en état de mort cérébrale qui suscite la recherche de receveurs potentiels, alors qu'en cas de prélèvement in vivo, c'est le péril d'un malade qui va entraîner la recherche d'un donneur potentiel.

Dans les deux configurations, le prélèvement ne sera juridiquement justifié que si les conditions légales sont respectées. Mais pour le prélèvement sur le cadavre, permis dans un but thérapeutique mais aussi scientifique, on pourra tolérer une phase transitoire au cours de laquelle les greffons seront conservés, après prélèvement, dans l'attente de la découverte du meilleur receveur. Ce qui n'est pas envisageable pour un prélèvement sur un être humain vivant.

La loi ne permet pas que l'on prélève un greffon in vivo, dans l'espoir qu'il pourra être médicalement utile à un futur et éventuel receveur car la mutilation que constitue le prélèvement n'est pénalement justifiée que par la greffe à but thérapeutique. [6]

L'espoir d'une utilisation hypothétiquement thérapeutique du greffon n'est pas suffisamment déterminant pour justifier un prélèvement in vivo. A défaut de projet de greffe à but thérapeutique, la condition légale de l'article 1 de la loi de 1976 n'est pas respectée.

---

[1] "En vue d'une greffe ayant un <u>but thérapeutique</u> sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti.", L. 22 déc. 1976, précitée, art.1, al.1.

[2] Ablation de l'appendice en cas d'appendicite ou de péritonite, amputation du membre gangrené etc...

[3] Le choix entre prélèvement in vivo et prélèvement post mortem n'est médicalement envisageable qu'en matière de rein : "En France, le taux de croissance des greffes de reins a été de 12% ces dernières années avec 1957 greffes de rein en 1989. (...) Les transplantations à partir de donneurs vivants : en France, il n'y a que 60 à 80 greffes de ce type par an depuis cinq ans. Aux Etats-Unis, la greffe à partir de donneurs vivants apparentés est beaucoup plus répandue (environ 25%). La morbidité chez le donneur est faible et la greffe peut être programmée dès que la dialyse devient nécessaire, sans inscription sur une liste d'attente. De plus, les résultats de ce type de greffe montrent les meilleurs taux de succès. (...) En France, plus de 95% des greffons rénaux sont des reins de cadavre, provenant de sujets en état de mort cérébrale.", HAILLOT Olivier, *Prélèvement de reins*, in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, précité, pp.117-119.

[4] Cf. supra 1ère Partie, Titre 2, le but curatif.

[5] GRENOUILLEAU J.B., *Commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, précité,p.214.

[6] C'est pourquoi nous pensons que serait illégale la constitution de banques d'organes ou de tissus prélevés sur des êtres humains vivants dans le but de créer des viviers de greffons à transplanter, alors que cela peut être toléré en matière de greffons prélevés sur le cadavre.

La loi de 1976 réclame la preuve d'un projet de greffe pour développer son pouvoir justificatif, nous parlerons à ce propos, d'acte à but curatif altruiste. Mais cet altruisme repose principalement sur la décision du donneur, car il n'y a pas d'altruisme obligatoire. [1]

2°) Le consentement renforcé au prélèvement "in vivo"

La loi reconnait comme licite la réalisation d'une opération qui au prix d'un sacrifice du donneur permet de soigner un receveur, principe déjà rencontré dans la notion d'état de nécessité. [2] Mais elle subordonne cette licéité au respect de la volonté du donneur (a) recueillie selon des formes extrêmement précises (b).

a) La permission légale et le respect de la volonté du donneur d'organe

Le droit médical connaît depuis longtemps la condition de respect du consentement des patients pour tout acte médical. [3] La jurisprudence et la doctrine ont défini les critères de respect de la volonté des sujets du corps médical comme la nécessité d'obtenir leur consentement libre et éclairé.

La loi du 22 décembre 1976 exprime la volonté officielle du législateur de se référer à ce concept en permettant les prélèvements sur les personnes : "*y ayant librement et expressément consenti.*" [4] Il s'agit d'un des rares cas de reconnaissance légale du principe moderne de volontariat des sujets-passifs de l'art médical, ce qui sans modifier les approches juridiques générales du rapport médecin-patient, introduit l'obligation de recueil du consentement libre et exprès dans la loi. [5]

L'impact de cette innovation peut se mesurer sur la plan de la responsabilité pénale.

S'il n'est pas question de revenir sur l'absence de valeur justificative du consentement de la victime sur le plan pénal, il est à noter que le non-respect des conditions légales sur le consentement est une violation de la loi de 1976. "*La loi de 1976 accorde une permission au sens de l'art.327 C.pén. et décide de donner efficacité au consentement de la personne sur laquelle le prélèvement sera opéré. Ce consentement est le fondement de l'autorisation légale.*" [6]

Or le bénéfice du fait justificatif de la permission de la loi ne peut profiter qu'à celui qui, ayant objectivement commis une infraction, peut faire la preuve du respect des dispositions contenues dans la loi. A défaut de recueil du consentement libre et exprès du donneur, le médecin-préleveur ne sera pas justifié. Il pourra donc être poursuivi et condamné pour mutilation volontaire. La loi a créé une sorte de droit de veto du donneur-mineur (α) et exigé que le consentement des donneurs soit particulièrement libre et éclairé (β).

---

[1] Sans liberté de choisir il n'y a plus d'altruisme, mais il peut subsister une forme de solidarité forcée. D'aucuns n'ont pas hésité à justifier par avance tout prélèvement d'organe non consenti au nom d'un devoir de solidarité. : "Le refus de donner un organe constitue un meurtre par omission."R.P. BOULOGNE cité par DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes*, précité, p.1.

[2] "Si l'autorisation de la loi constitue désormais le fait justificatif de la transplantation d'organes, ce n'est que dans le seul cas où les conditions de l'état de nécessité sont réunies. Dans ce cas la loi accorde aux chirurgiens une simple faculté. Celle-ci ne peut valablement et impunément être exercée sur le corps d'une personne sans son consentement. C'est celui-ci qui crée un droit pour le chirurgien de prélever un organe. L'exercice de ce droit, qui est d'ailleurs reconnu par la loi, ne constitue donc pas une faute.", CHARAF-ELDINE A., *Les prélèvements d'organes, commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, précité, p.448.

[3] Cf. supra 1ère Partie, Titre 1, le consentement.

[4] "En vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti.", L. 22 déc. 1976, précitée, art.1, al.1.

[5] Les trois cas de reconnaissance légale de l'exigence d'un consentement libre et éclairé sont la loi du 17 décembre 1975 sur l'I.V.G., la loi du 22 décembre 1976 sur le prélèvement d'organes, et la loi du 20 décembre 1988 sur l'expérimentation.

[6] MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, T. 3, *La responsabilité pénale du médecin*, par VERON Michel, précité, p.20.

(α) Le donneur mineur : un droit de veto au prélèvement de ses organes

La loi de 1976 définit plusieurs types de donneurs, une catégorie principale, les individus majeurs, d'une part, et deux catégories exceptionnelles, les mineurs [1] et les personnes ne jouissant pas de leur intégrité mentale, d'autre part. [2] La gravité de l'engagement souscrit limite la capacité de consentement aux individus matures, aptes à analyser et à comprendre les conséquences médicales d'un prélèvement.

La loi interdit les prélèvements in vivo [3] sur les majeurs incapables [4], mais elle n'a pas voulu exclure définitivement les mineurs de la catégorie des donneurs-potentiels. [5] Le texte prévoit expressément que des prélèvements pourront être pratiqués sur les mineurs mais il fixe des conditions de licéité particulières à cette hypothèse. "*Si le donneur potentiel est un mineur, le prélèvement ne peut être effectué que s'il s'agit d'un frère ou d'une sœur du receveur. Dans ce cas, le prélèvement ne pourra être pratiqué qu'avec le consentement de son représentant légal et après autorisation donnée par un comité (...). Si l'avis du mineur peut être recueilli, son refus d'accepter le prélèvement sera toujours respecté.*" [6]

La loi a, selon nous, défini plusieurs "sphères" de justification dont le champ d'application n'est pas équivalent. Les prélèvements sur les mineurs forment un sous-ensemble des prélèvements sur la personne humaine vivante. Le principe de licéité général des prélèvements sur les majeurs, dans un but curatif altruiste, est limité pour les mineurs aux prélèvements dans un but curatif altruiste intra-familial.

Il semble raisonnable de limiter les prélèvements sur les mineurs, d'une part, en raison de la fragilité de leur volonté, d'autre part, en raison des conséquences forcément plus longues et peut être plus traumatisantes que de tels actes peuvent entraîner sur le développement et la croissance tant physique que morale des enfants.

La loi française utilise les concepts ordinaires du droit de la famille au détriment de notions scientifiques pour réserver l'hypothèse du prélèvement sur un mineur au profit d'un receveur :

---

[1] Sur le problème particulier du mineur émancipé cf. GRENOUILLEAU J.B.,*Commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, précité, p.215. Le Conseil d'Etat a décidé d'appliquer au mineur émancipé les règles prévues pour le donneur majeur, cf. C.E. 18 mars 1983, J.C.P.1983-II-20111, note J.M. AUBY. DUBOUIS L., note sous C.E. 18 mars 1983, R.T.D.soc. 1984, n°2.

[2] "En vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti.", L. 22 déc. 1976, précitée, art.1, al.1.

[3] Contrairement à la permission des prélèvements post mortem cf. L. 22 déc. 1976, art.2 al.2.

[4] Bien que toutes les personnes ne jouissant pas de leur intégrité mentale (notion de fait) ne bénéficient pas d'un régime juridique de protection, nous utiliserons le terme de majeurs incapables pour les désigner. La loi de 1976 applique les principes généraux du Code civil selon lesquels "pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit". art.489 C.civ. qui dépassent les simples notions de régimes juridiques de protection des incapables.

[5] Contra cf. "La loi de 1976, lorsqu'elle a décidé que le donneur doit être «majeur et jouissant de son intégrité mentale» a posé une règle générale qui interdit le prélèvement d'organes sur le corps des mineurs et incapables.", CHARAF-ELDINE A., *Les prélèvements d'organes, commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, précité, p.450.

[6] L. 22 déc. 1976, précitée, art.1, al.2.

collatéral [1]: "*si le donneur est un mineur, le prélèvement ne peut être effectué que s'il s'agit d'un frère ou d'une sœur du receveur.*" [2]

La particularité principale de la loi de 1976 est de donner au donneur-mineur un véritable droit de veto à tout prélèvement. [3] "*Si l'avis du mineur peut être recueilli, son refus d'accepter le prélèvement sera toujours respecté.*" [4] Pour la première fois dans l'histoire du droit médical, le législateur reconnaît le droit au mineur de s'opposer à un acte médical. "*Mineur pour le consentement, le mineur est majeur pour le refus de consentir.*" [5] Ce qui implique que le médecin qui passerait outre ce refus ne pourrait plus invoquer le fait justificatif de la permission de la loi de 1976 et devrait pénalement répondre de mutilation volontaire.

A partir de quel âge [6] doit-on recueillir l'avis du mineur ? [7] Est-ce une question de pur fait, sachant que des prélèvement peuvent-être entrepris sur des enfants très jeunes ? Ainsi peut-on effectuer des prélèvements de moelle osseuse dès l'âge de 3 ans, et des prélèvements de parties de foie ou de rein dès l'âge de 8-10 ans. [8]

Peut-on adopter les règles retenues par la jurisprudence civile [9] qui apprécie in concreto, ou les critères de la responsabilité pénale [10] qui connaît des seuils d'âges in abstracto. L'imprécision de la loi en ce domaine semble remettre entre les mains des médecins et surtout des familles le choix de solliciter ou non l'avis du mineur.

Le décret d'application de la loi de 1976 impose un critère spécifique au comité d'experts chargé d'autoriser les prélèvements in vivo sur les mineurs. "*Si le mineur est capable de s'exprimer, le comité procède ou fait procéder à son audition, en ayant soin de ménager sa sensibilité.*" [11] Cette précision laisse à penser que c'est au comité d'experts de recueillir, le cas échéant, le refus du mineur, dès lors que celui-ci est en âge de s'exprimer.

Il conviendrait toutefois que les praticiens proposent une règle définissant l'âge de la raison sur le plan médical, faute de quoi on risque d'assister à une double dérive entre les tenants d'un avis impératif du donneur-mineur dès l'âge de la parole et les partisans d'un recul de l'âge de discernement du mineur jusqu'aux dernières années de l'adolescence.

---

[1] Nous supposons que ce sont les préoccupations scientifiques qui rapportent d'excellents résultats des greffes entre frères et sœurs, en raison de partie commune de patrimoine génétique et donc de compatibilité tissulaire qui expliquent cette organisation des prélèvements sur le mineur. Il faut toutefois rappeler que sont juridiquement frères et sœurs les individus liés par un lien de filiation à un ascendant direct commun. Le patrimoine génétique commun est important entre collatéraux germains (issus du même père et de la même mère), il est diminué de moitié entre collatéraux utérins (issus de la même mère), ou consanguins (issus du même père). Le patrimoine génétique commun est nul entre collatéraux liés par un lien de filiation adoptive avec un ascendant direct commun. Tous ses collatéraux sont pourtant frères et sœurs les uns vis-à-vis des autres sur le plan des transplantations d'organes. Alors que deux individus qui, biologiquement sont frères et sœurs sans lien de filiation juridique envers un ascendant commun (géniteur commun mais relation adultérine clandestine, ou abandon avant adoption, etc...) ne seront pas regardés comme frères et sœurs au sens de l'article 1 de la loi de 1976, même s'ils sont l'un pour l'autre, le cas échéant, le donneur médicalement idéal. Le droit comparé permet d'espérer une réforme prochaine de cette terminologie, cf. "Plusieurs pays (Finlande, Italie, Royaume-Uni) se conforment à une recommandation de l'O.M.S. selon laquelle le donneur vivant d'un organe non régénérable doit être génétiquement apparenté au receveur.", IGAS, *Rapport sur les transplantations d'organes en France*, précité, p.9.

[2] L. 22 déc. 1976, précitée, art.1, al.2., première phrase. Le texte ne précise pas que le receveur doit être mineur, ce qui permet le cas échéant de prélever sur un mineur un greffon au profit de son frère majeur. La rumeur publique relate parfois des cas où des parents auraient décidé de faire un enfant pour procurer des greffons à un précédent enfant condamné à défaut de greffe !

[3] Sur l'émergence d'une notion de majorité médicale cf. infra 2ème Partie, Titre 2, le mineur.

[4] L. 22 déc. 1976, précitée, art.1, in fine.

[5] GRENOUILLEAU J.B.,*Commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, précité,p.216.

[6] L'acte de prélèvement concerne l'état et la capacité des personnes, ce qui signifie que l'âge de la majorité s'apprécie en fonction du statut personnel de la personne. Les équipes de transplantations prennent grand soin de vérifier l'âge de la majorité selon la nationalité du donneur.

[7] "Il faut comprendre, semble-t-il que cet avis doit être demandé, (au moins à partir d'un certain âge), mais que seul un avis défavorable aura un caractère décisif.", JESTAZ Philippe, *Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, R.T.D.civ. 1977, pp.198-199.

[8] Sur ce point cf. *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, Doin éd°, 1992, pp.154-155, et p.293.

[9] Il a été jugé sur le plan de la responsabilité civile qu'un enfant de 7 ans manquait de discernement suffisant, (Cass.civ. 11 déc. 1974, D.1975, I.R. p.67), ou inversement qu'à l'âge de 6 ans ce discernement existait, (Cass.civ. 11 juill. 1979, J.C.P.1979-IV-318).

[10] L'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante et les articles 66 et 67 du Code pénal fixent à 13 ans l'âge de l'accessibilité à la sanction pénale.

[11] Décret n°78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi du 22 décembre 1976, précitée, art.6 al.2.

Le prélèvement sur le mineur doit, pour être licitement pratiqué, remplir deux autres conditions : le consentement du représentant légal et l'autorisation d'un comité de trois experts. [1] Le représentant légal [2] doit consentir selon les mêmes conditions que s'il était lui-même un donneur majeur. [3] Le comité d'experts a pour mission de recevoir les explications orales et écrites du médecin-préleveur, de recueillir les observations de la famille et surtout d'autoriser ou de refuser le prélèvement après examen des conditions légales et médicales de la transplantation. [4]

(β) Un consentement particulièrement libre et éclairé

Le donneur doit consentir ou tout au moins ne pas refuser le prélèvement lorsqu'il est mineur. Ce consentement doit selon les dispositions légales être libre. On admet en matière médicale qu'un consentement libre est un consentement obtenu sans pression, ni coercition, ni promesse de récompense. L'appât du gain ne peut être utilisé pour inciter des personnes à céder un organe ; la loi l'interdit expressément. [5] Toute promesse de rémunération serait une atteinte à la liberté du donneur en même temps qu'une violation de la loi.

Le système juridique instauré rappelle celui applicable au don du sang, l'acte initial est un don, volontaire, gratuit. Des conventions à titre onéreux peuvent être conclues ultérieurement entre le préleveur et d'autreséquipes ou établissements de greffe, ne serait-ce que pour indemniser le préleveur des frais occasionnés, transport, conservation etc..."*Depuis la loi Caillavet de 1976, les organes sont dans les mécanismes du marché, même s'il s'agit d'un marché non rémunéré.*" [6]

La gravité de l'acte projeté doit conduire à veiller tout particulièrement à la liberté du donneur. [7] Cette liberté de consentir n'est réellement reconnue que si l'intéressé a la liberté de refuser le prélèvement et surtout de retirer son consentement. "*Dans tous les cas, le consentement du donneur peut être retiré à tout moment sans formalité.*" [8]

La notion de consentement libre est, pour certains, incompatible avec le prélèvement sur les personnes détenues quelles qu'en soient les raisons. [9] Ce qui vise à protéger les personnes privées de liberté d'aller et venir en raison de leur particulière vulnérabilité : "*le problème des personnes privées de liberté s'est également posé : il est admis qu'elles peuvent donner un consentement libre. (...) On a par contre pu craindre que les détenus de nouveaux camps de concentration (à la différence de ceux où ils étaient gazés) soient bien traités, biens nourris pour servir de gigantesques banques d'organes. Le Protocole I aux Conventions de Genève dispose, en son article 11, qu'il est interdit de pratiquer «des prélèvements de tissus ou d'organes pour des transplantations» sur les personnes au pouvoir de l'ennemi, «même avec leur consentement».*" [10]

Un des apports essentiels de la loi de 1976 à l'analyse générale des critères de licéité des actes médicaux est d'avoir expressément fondé sur le libre consentement des donneurs la licéité des

---

[1] L. 22 déc. 1976, art.2 al.2.

[2] Ce terme a été volontairement préféré à celui de titulaire de l'autorité parentale bien que les deux notions ne coïncident pas, cf.exercice de l'autorité parentale, art.372 et s.C.civ. et représentation légale, art.389 et s. C.civ. cf. GRENOUILLEAU J.B.,*Commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, précité, p.216.

[3] Décret n°78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi du 22 décembre 1976, précitée, art.4.

[4] Décret n°78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi du 22 décembre 1976, précitée, art.6. Le comité est composé de trois personnes parmi lesquelles deux médecins dont au moins un a plus de vingt ans de pratique médicale. La décision du comité ne doit être motivée qu'en cas d'autorisation et non de refus. art.7

[5] "Sans préjudice du remboursement de tous les frais qu'ils peuvent occasionner, les prélèvements visés aux articles précédents ne peuvent donner lieu à aucune contrepartie pécuniaire.", L. 22 déc. 1976, précitée, art.3.

[6] HERMITTE Marie-Angèle, *Le corps hors du commerce, hors du marché*, précité, p.334.

[7] L'Ordre des médecins présente cette exigence de liberté comme une évidence... "En cas de prélèvement sur une personne vivante il est évident que doit avoir été reconnue la nécessité pour le receveur de recevoir la greffe d'organe et que le consentement du donneur doit être absolument libre.", O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, p.129.

[8] Décret n°78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi du 22 décembre 1976, précitée, art.2, in fine.

[9] CHARAF-ELDINE A., *Les prélèvements d'organes, commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, précité, p.448.

[10] TORELLI Maurice, *Le médecin et les droits de l'homme*, précité, p.267.

atteintes à l'intégrité physique que sont les prélèvements. Mais le texte dépasse cette pétition de principe pour préciser "officiellement "qu'un consentement n'est libre que s'il est éclairé.

Le législateur renvoit au décret d'application pour le contenu de l'information à transmettre au donneur mais il a défini la nature de cette information qui doit porter sur les conséquences de sa décision. [1]

Un prélèvement effectué sans que le donneur ait été averti de la portée de l'acte accompli serait contraire aux dispositions légales, par défaut de consentement conforme à la volonté du législateur.

Le texte réglementaire précise : "*cette information porte sur toutes les conséquences prévisibles d'ordre physique et psychologique du prélèvement ainsi que sur les répercussions éventuelles de ce prélèvement sur la vie personnelle, familiale et professionnelle du donneur. Elle porte, en outre, sur les résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur.*" [2] L'information doit être complète et objective.

Le médecin, chef de service où doit se dérouler le prélèvement [3], doit présenter l'impact de l'acte médical dans tous les compartiments de la vie du donneur, sans masquer de risque prévisible. Mais, il doit aussi, pour être loyal [4], expliquer les enjeux de la décision du donneur par rapport à l'utilisation du greffon prélevé. Le donneur n'est pas seul en cause, c'est pourquoi, pour que son consentement ou son refus de consentir au prélèvement soit éclairé, il doit être informé des conséquences de sa décision pour le receveur.

Cette nouvelle préoccupation du législateur est honorable. Sa portée dépend, pourtant entièrement de la conscience des praticiens. Il peut être tentant de peser sur la volonté d'un donneur en insistant, soit sur la vie qu'il peut sauver en acceptant le prélèvement, soit sur l'homme que son refus peut tuer. D'autre part, nous imaginons mal le médecin responsable de l'information expliquer, le cas échéant, que la greffe a très peu de chances de succès. [5] La loyauté de l'information est pourtant essentielle pour que la volonté des donneurs se forme librement et puisse être recueillie selon les formes légales.

b) Une innovation : le consentement exprès et par écrit

Le législateur a tranché pour deux principes différents : présomption de consentement pour les prélèvements post-mortem, consentement exprès pour les prélèvements in vivo. Mais les débats parlementaires n'ont pas permi de dégager de consensus sur la forme de l'expression de la volonté des citoyens. C'est aux textes d'application qu'est revenue la charge de définir les formes juridiques de recueil de cette volonté. Le choix français a été d'accepter tous les moyens de preuve pour le refus du prélèvement post-mortem [6] mais d'encadrer très précisément l'expression de la volonté du donneur vivant. [7]

---

[1] "Un décret en Conseil d'Etat détermine : 1° Les modalités selon lesquelles le donneur visé à l'article 1er, ou son représentant légal, est informé des conséquences éventuelles de sa décision et exprime son consentement.", L. 22 déc. 1976, précitée, art.4-1°.

[2] Décret n°78-501 du 31 mars 1978, précité, art.1, al.2.

[3] Décret n°78-501 du 31 mars 1978, précité, art.1, al.1.

[4] Cf. supra 1ère Partie, Titre 1, le consentement et la notion d'information simple, intelligible et loyale.

[5] Il semble délicat d'envisager un contrôle systématique de la qualité des informations diffusées, sauf à exiger la remise d'un document écrit au candidat-donneur, ce qui n'est pas prévu par la législation mais se pratique parfois. La notion de secret médical empêchera toujours de communiquer des informations sur le receveur, informations qui pourraient souvent influencer, dans un sens ou l'autre, le donneur. La situation est sensiblement différente en cas de prélèvement sur le mineur au profit d'un frère ou d'une sœur mineurs, car le représentant légal devra à la fois consentir au prélèvement sur le mineur-donneur et à l'acte de greffe sur le mineur-receveur. L'information devra être particulièrement loyale et objective.

[6] Le registre officiel n'étant qu'un moyen non exclusif, Décret du 31 mars 1978, précité, art.8, circulaire du 3 avril 1978, chapitre 1er.

[7] Décret du 31 mars 1978, précité, art.2.

Le consentement du donneur vivant doit toujours être constaté par un écrit, ce qui constitue une innovation juridique importante par rapport au droit médical. [1] L'écrit, signé de la main de l'individu qui consent, constitue un excellent moyen de preuve en cas de contentieux éventuel et un moyen de vérification du respect des dispositions légales, tant au moment de sa rédaction qu'ultérieurement.

L'obligation légale est un simple écrit, cosigné par un témoin désigné par le donneur lorsque le prélèvement ne porte que sur un organe régénérable [2] mais devient nettement plus solennelle, en cas de prélèvement d'un organe non-régénérable. "*Lorsque le prélèvement porte sur un organe non régénérable, le consentement du donneur est exprimé devant le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel le donneur a sa résidence ou devant le magistrat désigné par le président de ce tribunal. Le magistrat qui recueille le consentement du donneur s'assure au préalable que ce consentement est exprimé dans les conditions prévues par la loi, (...).*" [3]

Les rédacteurs du décret d'application n'ont pas voulu recourir à la notion d'acte authentique, ce qui aurait pu être envisagé, en apportant une grande sécurité juridique quant au contenu, à la liberté et à la date de l'expression du consentement. Le choix s'est porté sur une solution originale permettant, non seulement un contrôle formel de l'expression du consentement du donneur, mais encore un véritable examen de la licéité de l'acte de prélèvement.

Le magistrat compétent a pour mission de vérifier, a priori, que les dispositions légales, concernant l'information préalable et le consentement du donneur, sont respectées. [4] Ce qui constitue un exemple unique de compétence judiciaire organisée par la loi pour analyser, *ex ante*, la licéité d'un acte médical. [5]

---

[1] Seules situations comparables, l'avortement (art.L.162-5 C.S.P.) et l'expérimentation sur l'homme (art.L.209-9 C.S.P.).

[2] Décret du 31 mars 1978, précité, art.2, al.2.

[3] Décret du 31 mars 1978, précité, art.2, al.1.

[4] Il n'a aucun moyen d'examiner ni l'aspect médical de l'acte projeté, en particulier dans le domaine des indications et contre-indications, ni la définition du but curatif, altruiste, dirigé.

[5] D'où la question de la mise en cause éventuelle de la responsabilité du magistrat qui par négligence omettrait de vérifier des conditions légales par ailleurs non respectées ?

Conclusion du Chapitre 2

En matière d'utilisation médicale du cadavre, il convient de se demander si l'avenir ne tend pas vers une sorte de "réquisition" des cadavres dans un but d'utilité publique. Peut-être enseignera-t-on un jour qu'en médecine : le vif saisit le mort ! Etant donné le consensus réuni autour du principe des prélèvements d'organes sur les cadavres, pourquoi ne pas envisager un droit social sur les cadavres de citoyens, "*substituant à la libre disposition par l'homme de son corps, le droit de la société de l'utiliser dans l'intérêt commun.*" [1] Serait-il absurde d'affirmer que l'Etat s'est donné des règles juridiques instituant certaines prérogatives sur le corps vivant des êtres humains [2], et qu'il pourrait être admis que dans certains cas la société ait accès au cadavre d'un de ses membres dans un intérêt collectif. [3]

Si l'intérêt de la recherche ou de l'enseignement justifie certaines atteintes au cadavre [4], la perspective de sauver une vie humaine déterminée n'entre-t-elle pas dans la catégorie des exceptions souhaitables à l'intangibilité du corps ?

Un philosophe contemporain n'hésite pas à préconiser un prélèvement systématique d'organes et un don civique du sang, opinion volontairement provocatrice mais non dénuée de fondement moral. [5] Une législation instituant une "nationalisation" des cadavres pourrait être le reflet d'une civilisation ayant poussé à l'extrême le sens du mot solidarité, au profit de l'efficacité maximale de la médecine de la greffe. Un tel objectif ne paraît pas réalisable dans un futur proche. Le remplacement de l'association France-Transplant par un établissement public a pour but d'améliorer la gestion et la coordination des prélèvements et des greffes. Cette réforme ne semble pas s'orienter vers un bouleversement des principes d'intangibilité ou d'inviolabilité du cadavre. [6]

Notre société bien que fondée sur un matérialisme laïc compatible avec une appropriation collective des restes mortels n'abdiquera pas les droits personnels des individus ou de leurs familles sur le cadavre en raison de l'individualisme qui domine les rapports entre l'homme et son corps. La société française contemporaine n'est pas encore prête à proclamer que le droit de l'homme de consentir à une atteinte sur son corps cesse avec la mort. [7]

D'aucuns craignent vivement le développement de cet utilitarisme de la mort, au nom de la hantise de voir les médecins devenir des thanatocrates au service d'une société choisissant de donner

---

1 RIVERO J., *Les libertés publiques*, T.2, P.U.F., Thémis, 1978, p.106.

2 La conscription, l'obligation de vaccination et même l'obligation de se soigner, cf. BOUTON Jacqueline, "*L'obligation de se soigner*, Thèse Droit Strasbourg 1990.

3 "Certains vestiges ne demeurent-ils pas encore de l'époque où, en contrepartie des soins demandés à l'hôpital, le malade devait sacrifier une part de ses prérogatives humaines au progrès général de la médecine ? (...) N'est-ce pas à l'hospice que l'enseignement médical se procure les corps humain à disséquer.", SAVATIER René, *Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine*, D.1958, chron., p.97.

4 "On est embarrassé pourtant pour trouver le fondement juridique du droit ainsi accordé à des médecins de porter atteinte, sans aucun mandat judiciaire, à l'intégrité du corps d'une personne qui s'était confiée à eux comme malade. On peut considérer qu'il s'agit d'une sujétion imposée dans l'intérêt public aux usagers des hôpitaux publics. Celui qui demande à être soigné à l'hôpital accepte par là même que lui soient appliquées les règles de fonctionnement de l'établissement, y compris les facilités qui y sont accordées aux médecins pour leur recherche.", SAVATIER Jean, *Et in hora mortis nostrae : le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre*, D.1968, chron., p.93.

5 "Les prélèvements s'effectuent dans la clandestinité donc dans le mensonge. Je n'aime pas ça. Il faut être radical et clair : moi, je suis pour le prélèvement systématique. (...) Je ne veux pas fétichiser les corps morts. Il y a un devoir de solidarité. Ceux qui sont agonisant ont droit à la greffe. On ne peut pas la leur refuser au nom de l'attente subordonnée à la bonne volonté de sujets réticents. La commercialisation serait une honte. J'ai donc parlé de socialiser les corps : on m'a traité d'étrangleur, de dépeceur, d'éventreur...mais le prélèvement d'organes respecte fondamentalement le cadavre.", DAGOGNET François, *Je suis pour le prélèvement systématiques d'organes*, in *Dossier le marché du corps humain*, L'événement du jeudi, 28 mai - 3 juin 1992, pp.76-77.

6 NOUCHI Franck, *En remplacement de France-Transplant, un établissement public de la transplantation sera créé avant la fin de l'année*, Le Monde 2 oct. 1993, p.10. Au sujet de la déclaration du 30 septembre 1993 du Ministre de la santé (M. DOUSTE-BLAZY).

7 "La liberté de l'homme sur son corps s'étend au delà de la vie.", THOUVENIN Dominique, *La disponibilité du corps humain : corps sujet ou corps objet ?*, ACTES 1985, n°49-50, *Le corps aux mains du droit : dossier bioéthique*, p.41.

la mort par calcul économique ou politique. [1] Cette perspective impliquerait un choix délibéré de provoquer la mort [2], ce qui reste une prohibition majeure du droit pénal français, ou, à tout le moins, une redéfinition très extensive de la définition de la mort, ce qui ne semble pas à craindre pour le moment.

Quant au prélèvement d'organes ou de substances sur la personne vivante, il montre un élargissement certain du champ d'analyse du médecin qui peut aujourd'hui "exploiter" les ressources que représente le corps d'un individu donneur pour soigner un autre individu receveur. La quête de la santé reposait autrefois sur le seul altruisme du médecin qui se dévouait aux soins des malades ; elle dépend maintenant parfois de l'altruisme d'un tiers, le donneur-compatible.

La création de normes juridiques de licéité, fondées sur les valeurs essentielles pour la société, est indispensable pour protéger chacun de ces individus, sans quoi il ne fait aucun doute que les enjeux économiques prévaudront, et que la pression financière due à la rareté des organes suscitera une hiérarchisation des individus sur la base de critères discriminatoires et un horrible commerce national ou international des organes. Il y eut autrefois la "chair à canon", le droit contemporain doit empêcher qu'il y ait un jour la "chair à greffer". [3]

La mission du médecin a beaucoup évolué par rapport à la fonction initiale de soins strictement thérapeutiques aux malades. Du traitement des corps, le médecin semble s'orienter vers une utilisation des corps. La volonté d'informer la justice, le souci d'une meilleure information scientifique et la perspective de soigner autrui, ont suscité des dérogations à la finalité originaire de l'art médical : l'acte directement curatif pour le malade.

Le corps médical doit toutefois prendre garde à ne pas évoluer trop rapidement par rapport aux capacités d'adaptation de la population qu'il vise à aider. L'apparition récente de rumeurs persistantes de trafics d'organes et de prélèvements contraints et clandestins est peut être le signe des angoisses inconscientes d'une collectivité humaine effrayée par la révolution des techniques médicales aujourd'hui mises en œuvre. "*En 1992, les récits d'enlèvements et de mutilation tiennent le devant de la scène. Dans les paniques locales, les anecdotes de boutiques truquées et de sauvetage miraculeux in extremis qui émaillent les récits d'enlèvements, l'on reconnaîtra sans peine les épisode apparus à l'occasion de paniques antérieures sur le thème de la «traite des blanches». Quant aux récits de mutilations, ils mettent surtout en scène des anecdotes stéréotypées de reins volés, mais le motif des yeux arrachés est toujours très présent en Amérique latine. (...) Le spécialiste doit cependant être très circonspect : la vente d'organes humains pour transplantations est bien réelle de nos jours, et nul ne peut prévoir l'évolution future de la situation. (...) Création orale en réaction à des situations dysfonctionnelles, la légende peut être aussi un modèle de comportement. Il nous semble que l'attitude du spécialiste doit être celle d'une observation prudente, ouverte, et non celle d'une croisade ou d'une contre-croisade.*" [4]

---

[1] "La société marchande, c'est-à-dire la classe qui en détient les moyens de production et par conséquent la gouverne, fixe ses priorités d'investissement. Elle le fait de telle sorte que la mise à mort d'un nombre croissant de ses citoyens devient désormais indispensable.", ZIEGLER Jean, *Les vivants et la mort*, précité, p.106.

[2] "Du point de vue de la morale un premier point semble certain : il n'est pas permis d'achever, ni même de laisser mourir quand on pourrait l'éviter un blessé ou un malade, dans l'intention d'utiliser son coeur pour un autre. C'est là une condition absolue de moralité de la greffe du coeur ou de tout autre organe essentiel à la vie.", COSTE-FLORET Paul, *La greffe du coeur devant la morale et devant le droit*, précité, p.790.

[3] Pour l'avis de l' auteur d'un roman portant sur un trafic international d'organes, cf : "à partir du moment où il y a une demande, il y a une offre, c'est la loi du marché... Surtout quand il y a pénurie et que les acheteurs sont prêts à payer le prix fort. Alors il y a des gens qui sont prêts à se procurer des organes de n'importe quelle façon, et ils en importent de la même manière qu'on importe des pièces de rechange, des matières premières, de la drogue, n'importe quelle marchandise... - Tu veux dire des organes humains ? grimaça-t-elle. Mais c'est ignoble. Une chose pareille n'est pas possible. - Je crains que si, dis-je.", DELTEIL Gérard, *Pièces détachées*, Prix du Quai des Orfèvres (roman policier) 1993, Fayard 1992, p.193.

[4] CAMPION-VINCENT Véronique, *Bébés en pièces détachées : une nouvelle «légende» latino-américaine*, Cahiers internationaux de sociologie 1992, vol.XCIII, p.316.

Une fois encore,il apparaît que le médecin doit éviter de n'être que le scientifique qui traite pour être aussi l'interlocuteur qui explique, qui parle et écoute, en un mot : qui soigne.

La tendance à l'éloignement du caractère curatif de l'activité médicale est confirmée par la justification contemporaine de l'expérimentation sur l'homme. L'intérêt de l'humanité devient aujourd'hui un cas de justification d'atteintes médicales au corps humain. Après avoir justifié certaines utilisations du corps de la personne humaine dans un but thérapeutique altruiste, le législateur autorise aujourd'hui des atteintes à l'intégrité dans un but scientifique général.

Chapitre 3 : Acte médical et recherche : la licéité nouvelle de l'expérimentation

L'évolution de la médecine est étroitement liée aux progrès techniques des sciences, mais aussi aux modifications de la démarche scientifique générale. Les apports incessants des sciences appliquées et les avancées des sciences fondamentales ont imprimé à la médecine un mouvement permanent caractérisé par une double préoccupation : faire profiter les malades des progrès permettant d'améliorer leur santé en appliquant une médecine nouvelle, mais aussi limiter l'utilisation de nouveaux moyens à la démonstration de leur intérêt pour ne pas leur faire perdre les avantages de la médecine "classique".

Lorsque un outil nouveau est mis à la disposition du soignant, ce dernier doit apprécier avec un regard nouveau la relation thérapeutique dans laquelle il est impliqué : l'acte médical confine à la recherche. L'histoire montre que médecine et recherche sont étroitement imbriquées mais que cette liaison est l'illustration d'un conflit entre l'intérêt médical du soigné et l'intérêt médical du groupe social. "*C'est (...) l'expérimentation sur les malades qui fait naître le conflit entre le droit individuel d'être soigné, et l'intérêt collectif d'améliorer les traitements pour l'avenir afin de satisfaire le droit de tous à la santé.*" [1]

C'est pourquoi médecins, chercheurs, juristes et autres "éthiciens" ont cherché depuis toujours à faire coexister l'intérêt de l'individu malade et l'intérêt de la collectivité universelle des hommes malades ou potentiellement malades. Justifier pénalement certaines expérimentations, en réprimer d'autres, est une ancienne question à laquelle le législateur contemporain a donné une réponse nouvelle. [2]

Cette réponse était d'autant plus nécessaire pour trois raisons.

La première raison tient à l'histoire qui nous montre les dangers de l'expérimentation laissée aux mains des scientifiques, déterminant eux-mêmes les conditions des expériences.

L'utilisation de critères exclusivement scientifiques pour apprécier la licéité des actes de recherche portant atteinte à l'intégrité corporelle est une ouverture vers une dénaturation totale de la mission médicale.

Pline l'Ancien, déjà, entretenait une certaine défiance à l'égard de cette confusion des genres : "*les médecins s'instruisent à nos risques et dépens ; la mort des hommes est pour eux une série d'expériences ; seuls ils jouissent du privilège de tuer les hommes impunément.*" [3]

Ses railleries précédant celles de Molière et de Saint-Simon, furent, malheureusement, parfois prémonitoires. [4] Si la pratique médicale date des premiers hommes, les Grecs furent sans doute les premiers à utiliser l'observation et l'expérience de façon raisonnée et systématique. [5] "*Galien (131-*

---

[1] LABRUSSE-RIOU Catherine, *Expérimentation humaine et éthique*, in *L'homme la nature et le droit*, textes réunis par B.EDELMAN et M.A. HERMITTE, Bourgois éd°, 1988, p.148.

[2] Pour une étude très approfondie du droit canadien et québequois cf. BAUDOUIN Jean-Louis, *L'expérimentation sur les humains : un conflit de valeurs*, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs. Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, P.U.Louvain, Bruxelles Bruylant 1982, p.171, et spécialement p.196 et s., la distinction que l'auteur fait entre légalité et légitimité de l'expérimentation.

[3] PLINE (23-79 ap. J.C.), *Histoire naturelle*, Livre XXIX, chapitre 8.

[4] Bien que la préhistoire ne nous ait pas laissé beaucoup de traces ont peut raisonnablement penser que les premières tentatives d'administration de plantes ou de gestes "chirurgicaux" furent de véritables expériences, au résultat fort aléatoire. Les effets d'inoculations ont étés étudiés par les Chinois de la dynastie SUNG en 590 av.J.C. et ils sont consignés dans un texte Sanscrits, tels qu'ils étaient étudiés au 2ème et 3ème siècle av.J.C. La pratique dans la Perse ancienne, voulait que le roi livra les criminels condamnés, pour qu'ils fussent soumis à des expériences scientifiques. Les Lagides permettaient cette pratique en Egypte.

[5], Hippocrate (460-377 av.J.C.) connaissait l'expérimentation sur l'animal et en particulier sur le porc, mais le médecin de Cos n'eut pas permis qu'on provoquât volontairement une lésion à un être humain, fût-il esclave, il se contentait d'observer précisément l'évolution de la maladie ou de l'affection de ses patients afin de les comprendre et de tenter de les guérir.

201 ap.J.C.) insista sur l'expérience conduite parallèlement à l'observation et formalisa en quelque sorte l'expérience dans la société occidentale, il y a environ 1800 ans." [1]

L'époque des grandes découvertes fut aussi pour les médecins [2] et les chirurgiens celle de l'expérimentation des pratiques nouvelles, "*François Rousset tenta en 1581, sur une femme vivante l'opération césarienne qui n'avait été pratiquée jusqu'alors que sur des cadavres*" [3], ou de substances nouvelles. [4]

Il apparaît alors que chaque progrès de la médecine est le fruit d'une démarche expérimentale et que la recherche individuelle peut servir la science et, par suite, la collectivité toute entière.[5] Mais la démarche du chercheur est encore empirique et la protection des sujets très aléatoire.

L'influence de la philosophie des Lumières et le souhait d'une rationalisation de l'utilisation des recherches en médecine poussèrent Claude Bernard à publier en 1877 ses "*Principes de médecine expérimentale*", par lesquels il veut combattre les doctrines médicales et les querelles d'Ecoles au profit de l'observation et de la démonstration : "*la médecine expérimentale est celle qui procèdera ainsi et qui proclamera comme vrai, non pas ce qui appartient à tel ou tel système, à telle ou telle doctrine, non pas à l'opinion de tel ou tel homme, mais ce qui est prouvé par une expérimentation méthodiquement instituée.*" [6] Son œuvre reflète l'émergence d'un critère d'appréciation contemporain de la recherche, la qualité scientifique des travaux et la vérification pratique des hypothèses.

Mais le critère scientifique ne suffit pas à empêcher les expérimentations nazies dans les camps de concentration. [7] A la libération des survivants, la communauté scientifique mondiale découvrit l'ampleur des abominations commises au nom du III° Reich par des expérimentateurs, par ailleurs médecins ou scientifiques, non-exclusivement poussés par des pulsions sadiques obsessionnelles et pathologiques. [8] La science et les scientifiques allemands avaient collectivement transgressé les règles les plus élémentaires du respect des droits de l'homme sans que la nature de

---

[1] *Le contrôle de l'expérimentation sur l'homme*, R.I.D.P. 1980, p.275. La pratique ne connaissait pas les limites que notre sensibilité moderne impose... "Celsus qui exerçait à Alexandrie au III^{ème} siècle av.J.C., s'éleva contre la dissection effectuée sur les hommes vivants", ibidem, p.277.

[2] Le Moyen-Age et la Renaissance connurent des médecins dont la curiosité défia la morale chrétienne. Fallope, grand anatomiste de Pise, se fit livrer deux condamnés à mort par le Grand Duc de Toscane pour éprouver sur eux les effets de l'opium. L'un mourut, l'autre fut gracié. Le Pape Clément VII fit essayer sur des Corses une huile secrète qui devait servir d'antidote à l'aconit. Un seul survécut. Ambroise Paré lui-même, sur les instances de Charles X donna du sublimé puis du béozard à un condamné à mort ; les souffrances furent si cruelles que le "patient" déclara en mourant qu'il aurait mille fois préféré la potence. ALBERT-BUISSON, *L'expérimentation humaine au cours des âges*, C.Laën. 1952, T.1, p.5.

[3] KORNPROBST Louis, *La responsabilité médicale, devant la loi et la jurisprudence française*, précité, p.504.

[4] Rappelons la découverte par Basile Valentin, moine bénédictin du XVI^{ème} siècle, d'un métal nouveau. Pour en éprouver les vertus il l'administra à des porcs auxquels ce régime réussit merveilleusement. Encouragé par ce succès il administra ce remède aux moines de son couvent, ce qui les rendit forts malades et inspira Valentin qui nomma sa substance "antimoine", nom qu'elle porte encore aujourd'hui. ALBERT-BUISSON, *L'expérimentation humaine au cours des âges*, précité, p.7.

[5] Harvey au 18ème siècle effectua des expériences contrôlées sur l'animal et sur l'homme afin de démontrer que le sang circule à travers le coeur et les poumons. En 1722, les détenus de la prison de Newgate s'offrirent comme volontaires pour se faire inoculer la variole plutôt que d'être pendus. Ils survécurent tous et furent relâchés. En 1757, Lind démontra que les citrons guérissent le scorbut. En 1793, Jenner expérimenta avec succès le vaccin anti-variolique. En 1795, les études de Davy donnèrent naissance à l'anesthésie moderne. En 1857, le tétrachloride de carbone fut expérimenté avec dégâts comme anesthésique chez l'homme alors que quelques études sur l'animal auraient suffi à montrer que ce produit était dangereux.

[6] BERNARD Claude, *Principes de médecine expérimentale*, P.U.F.-quadrige 1987, p.29.

[7] Le Dr.François Bayle classa méthodiquement ces expérimentations dans un monumental ouvrage. Il distingue les expériences aéronautiques, (sur l'altitude, la pression, le froid, et l'eau de mer), les exterminations médicalisées, les études sur la guerre chimique, biologique et bactériologique, les expérimentations chirurgicales, (fractures, stérilisations, cicatrisation), et les études sur les maladies infectieuses et les vaccins, (typhus, paludisme, fièvre jaune etc...). BAYLE François, *Croix gammée contre caducée : les expérimentations humaines en Allemagne pendant la deuxième guerre mondiale*, Imprimerie nationale 1950. Sur ce point cf. PIERRE G., *L'expérimentation humaine en Allemagne nazie de 1940 à 1945*, C.Laën. 1952, T.2, p.40, ANRYSS H., *Professions médicales et paramédicales dans le marché commun*, Larcier 1971, p.439 à 442, GOERGEN André, *Les droits de l'homme sur son corps*, Thèse Droit Nancy 1957, p.148 à 155.

[8] Pour la thèse de la folie individuelle des expérimentateurs cf. "La plupart de ces essais provoquèrent des souffrances indicibles et firent un nombre incroyable de victimes. Certains d'entre-eux apparaissent tellement chimériques qu'ils semblent avoir été inspirés autant par l'aliénation mentale que par le démon de la cruauté.", ALBERT-BUISSON, *L'expérimentation humaine au cours des âges*, précité, p.10.

leur démarche ait foncièrement heurté les principes de la science, expérimentale ou non. [1] Il ne faudrait pourtant pas penser que le régime nazi est le seul à s'être fourvoyé car simultanément les chercheurs américains [2], et même français [3], expérimentaient sur des prisonniers au mépris de l'éthique et du droit.

L'insuffisance du critère scientifique comme critère de licéité est un constat à valeur universelle. L'histoire montre que l'absence de critère juridique de justification fut une lacune dangereuse que le législateur contemporain a cherché à combler.

La seconde raison de l'intervention récente du législateur tient à la nature des pratiques visées. Il faut apporter ici quelques précisions terminologiques afin d'exposer la diversité des actes de recherche.

Selon le dictionnaire Littré, l'expérience est une "*tentative pour reconnaître comment une chose se passe*" alors que l'essai est "*une tentative pour obtenir un résultat escompté.*" Ce qui permet de distinguer l'expérience qui aurait un but spéculatif, alors que l'essai aurait un but opératif. [4]

L'expérimentation est "*l'action d'expérimenter, méthode par laquelle s'acquièrent les connaissances positives dans la plupart des sciences*", alors qu'expérimenter c'est "*éprouver par expérience (...), dans les sciences expérimentales, solliciter la production des faits que l'on veut observer, afin de pouvoir parvenir à en assigner les lois, à en déterminer la cause*".

L'expérimentation est donc une démarche scientifique essentiellement fondée sur l'amélioration des connaissances, c'est un acte de recherche d'informations. "*L'expérimentation en général se caractérise par une méthode pertinente et scientifiquement élaborée permettant de recueillir des observations en vue d'accroître la connaissance d'un phénomène, de vérifier le bien-fondé d'une hypothèse. Le but ou l'intention, à savoir le développement et la fiabilité de la connaissance, en est le critère essentiel.*" [5]

Dans le domaine médical, l'acte de recherche d'information s'effectue dans de nombreuses disciplines mais l'ultime développement d'un acte médical potentiel avant toute diffusion à grande échelle doit porter sur un sujet-témoin. Or, comme tout acte médical est destiné à améliorer la santé humaine, le sujet-témoin ne peut être qu'un bénéficiaire potentiel. C'est la question de la licéité de l'expérimentation médicale sur l'homme. "*La complexité du problème provient avant tout de la difficulté de définir avec précision la notion d'expérimentation, (...). En général, on admet qu'elle consiste à essayer directement sur l'homme, et sans poursuivre directement un but curatif, une nouvelle possibilité de traitement pour en déterminer les effets, favorables ou non, et sans en mesurer à l'avance les risques et les dangers.*" [6]

---

[1] "Comment a-t-on pu, dans des pays civilisés, laisser la médecine et la biologie, les médecins et les biologistes participer à des politiques eugéniques de stérilisation ou d'euthanasie, complétant des politiques d'hygiène sociale ?" AMBROSELLI Claire, *Quarante ans après le code de Nüremberg*, in *Ethique médicale et droits de l'homme*, Actes sud, 1988, p.34.

[2] "En 1944, pendant la seconde guerre mondiale, le gouvernement américain autorise les expérimentations humaines sur des prisonniers quel que soit le motif de leur condamnation, à condition qu'ils acceptent. (...) Au pénitencier de Stateville, 441 condamnés subissent les piqûres de moustiques porteurs du parasite responsable du paludisme. Les médecins, grâce à l'emploi des prisonniers, mettent au point des molécules synthétiques antipaludéennes utilisées actuellement dans le monde entier. Le docteur Coatney, interrogé sur cet emploi très particulier des prisonniers comme «matériel d'expérience», répond par un seul mot : nécessité.", MAILLET Marc Pr., *Nous sommes tous des cobayes*, Les éd° J.A., 1981, pp.58-59.

[3] Voir le témoignage autobiographique d'un enfant sujet d'expérience de médecins français dans un camp de réfugiés de Normandie. GENEUIL Pierre-Guy, *Le narvalo*, Livre de poche 1987, pp.31 à 35.

[4] Le critique automobile fait des essais de performance et de résistance alors que le chercheur fait des expérimentations mécaniques et aérodynamiques.

[5] LABRUSSE-RIOU Catherine, *Expérimentation humaine et éthique*, précité, pp.146-147. L'auteur sous-divise les recherches expérimentales en recherche fondamentale et recherche appliquée. "Il est des recherches faisant appel à l'expérimentation qui ne visent a priori aucun but déterminé et qui sont poursuivies à des fins purement et exclusivement cognitives sans que l'on sache à l'avance à quoi elles pourraient éventuellement servir. Cette recherche détachée de toute application prévisible ou espérée est le fait de la recherche dite fondamentale. (...) Le plus souvent, l'expérimentation, et précisément l'expérimentation des médicaments, poursuit un but de caractère médical, qui lui-même vise soit à diagnostiquer, soit à prévenir, soit à soigner des maladies.", p.147.

[6] MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, Vol.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.26.

L'expérimentation ne doit pas être confondue avec l'essai ou l'innovation thérapeutique qui sont des actes médicaux quasi-ordinaires dont le médecin espère pouvoir tirer des informations. L'innovation thérapeutique est un acte médical curatif qui procure de surcroît des informations scientifiques. [1]

L'expérimentation médicale peut donc être pratiquée soit sur un sujet sain soit sur un sujet malade alors que l'essai thérapeutique, par définition, ne peut être pratiqué que sur un sujet malade.

Le questionnement contemporain sur la licéité de l'acte de recherche concerne principalement la recherche pharmacologique et l'expérimentation préalable à une autorisation de mise sur le marché (A.M.M.) d'un nouveau médicament. Les spécialistes emploient alternativement pour qualifier ce type de recherches les termes de protocole [2], ou d'essai clinique [3] , ou de recherche biomédicale. [4]

La troisième raison qui illustre la nécessité d'une loi nouvelle repose sur le décalage entre deux sortes de médecine. Il apparaît que la médecine quotidienne, celle qui est exercée par le praticien libéral, exclut largement la pratique d'expérimentations sur l'homme. La démarche de "recherche" peut consister à étudier statistiquement l'efficacité de la pratique quotidienne. Le médecin rencontre des malades qui demandent des soins. Il lui appartient de répondre à cette demande par un acte médical licite au regard des conditions de justifications préalablement définies (diplôme, consentement, but et nature thérapeutique, qualité de l'acte).

Tout au plus, le médecin peut-il entreprendre un acte novateur, dans l'intérêt de la santé d'un patient pour lequel les remèdes classiques n'offrent aucune utilité. Il s'agit alors d'un "essai thérapeutique" ou d'une "innovation thérapeutique". Le praticien reste dans le cadre de la médecine curative, et son acte est soumis aux mêmes conditions de justification que "l'acte classique", si ce n'est qu'il peut déroger à la condition de qualité de l'acte. L'innovation thérapeutique est une dérogation à des soins "conformes aux données actuelles de la science". [5] Le médecin emploie une stratégie thérapeutique innovante pour pallier l'inefficacité des stratégies ordinaires (AZT en matière de traitement du S.I.D.A., par exemple). Le médecin de ville n'est que rarement confronté à cette éventualité.

L'expérimentation, au contraire de l'innovation thérapeutique, est une démarche de recherche qui ne vise pas une utilité thérapeutique pour le sujet. Elle est effectuée selon des règles statistiques très strictes et tend à démontrer l'utilité médicale d'un acte ou d'un produit nouveau ; elle est le fait d'une minorité de praticiens très spécialisés.

L'expérimentation ne peut être justifiée par la permission légale tacite qui autorise l'activité médicale ni par aucun autre fait justificatif traditionnel (section 1). Ce qui explique la nécessité de l'intervention du législateur par la loi du 20 décembre 1988 (section 2).

---

1 "Attendu que l'essai thérapeutique proprement dit consiste à tenter sur un malade gravement atteint un traitement relativement dangereux, mais préalablement très étudié, notamment chez l'animal, et comportant une appréciation soigneusement calculée des risques à courir et des chances de guérison ; que la décision ne doit évidemment être prise par le praticien que sous le double et rigoureux contrôle de la conscience et des données de la connaissance.", T.corr.Seine 18 nov. 1954, D.1954, p.797. Condamnation d'un médecin pour exercice illégal de la pharmacie. Il distribuait à sa clientèle à titre onéreux un sérum de sa composition contre la sclérose en plaque en prétendant pratiquer un essai thérapeutique.

2 Un protocole est un ensemble de tests effectués, soit sur des patients, soit sur des volontaires sains, dans le cadre d'un projet de demande d'A.M.M., ce terme est commun aux médecins qui y procèdent et au législateur. RENE Louis Pr., *Les protocoles d'essais médicamenteux*, B.O.N.M., févr. 1988, n°2., Art.L.209-17 C.S.P.

3 Terme utilisé par VION D., *A propos des essais cliniques des médicaments nouveaux*, R.T.D.soc. 1975, p.334 et ROUZIOUX J.M., *Les essais des nouveaux médicaments chez l'homme, problèmes juridiques et éthiques*, Masson 1978.

4 Loi 88-1138 du 20 décembre 1988, sur la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

5 Cf. supra 1ère Partie, Titre 2, la qualité de l'acte.

Section 1 : L'insuffisance des justifications pénales traditionnelles avant 1988

Pendant de longues années, le statut juridique des expérimentations médicales sur l'homme était plus que paradoxal - quasiment hypocrite - puisque des médecins les pratiquaient, que l'administration semblait les tolérer, voire les exiger, alors que le droit pénal les prohibaient. [1] Des infractions pénales étaient commises et aucun fait justificatif n'empêchait la répression : ni la permission tacite de la loi qui ne justifie que l'activité médicale ordinaire (§1), ni les faits justificatifs classiques (§2). Seule une loi nouvelle pouvait redonner une cohérence pénale à la situation.

§1) L'impossible justification par la permission tacite de la loi

Il faut tout d'abord rappeler que l'expérimentation conduit à la commission d'infractions : l'expérimentation sur l'homme en tant qu'atteinte à l'intégrité du sujet doit être qualifiée pénalement afin de réaffirmer que la loi pénale interdit toute agression contre le corps d'autrui (A). Ensuite, il faut insister sur les différences essentielles entre l'acte de soins et l'acte d'expérimentation : elles empêchent l'acte expérimental d'être pénalement justifié par la permission tacite de la loi comme l'acte médical "classique" (B).

A) Les qualifications pénales applicables

Certains auteurs ont pu considérer autrefois qu'en cas d'expérimentation illicite, il devait y avoir seulement qualification d'infraction involontaire. "*Il est conforme au but social de la profession médicale que pas à pas, mais avec continuité, la recherche médicale fasse les progrès dont bénéficieront les populations futures. Aussi est-il probable qu'au cas où une expérimentation paraîtrait avoir été faite un peu trop vite et avoir brûlé certaines étapes, son auteur ne serait pas poursuivi pour violences volontaires mais plutôt pour homicide, blessures ou maladies involontaires.*" [2]

Or, il ne fait plus de doute aujourd'hui que l'expérimentation illicite est une atteinte volontaire à l'intégrité corporelle d'autrui : la qualification pénale doit être principalement celle de coups et blessures volontaires. C'est cette infraction qui avait été retenue par les juges de Lyon à l'occasion de la première et célèbre affaire, déjà citée, de l'enfant infecté avec du pus syphilitique dans un but expérimental en 1859. [3]

La doctrine devait reprendre cette qualification pour tout acte médical accompli sans but curatif. "*La qualification de coups et blessures volontaires serait juridiquement applicable 1) au médecin ou chirurgien qui prêterait son concours à des opérations qui auraient un tout autre but que celui de guérir ; par exemple au chirurgien qui consentirait à faire une ovariectomie sans que l'état de la femme justifiât en rien ce traitement (...) 2) à celui qui agirait en vue d'une expérience scientifique, mais sans but curatif.*" [4]

On peut toutefois hésiter sur le choix entre la qualification générale de coups et blessures volontaires [5], et les qualifications spéciales telles que l'administration de substance nuisible. [6] Il faut

---

[1] "Si les essais de médicaments sans bénéfice individuel direct pour les participants étaient contraires aux principes juridiques en vigueur, la pratique se jouait de cette interdiction.", GROMB Sophie Dr., *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, Litec 1992, n°81, p.141.

[2] LEVASSEUR Georges, *La responsabilité pénale du médecin*, in *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, Fayard 1968, pp.144-145.

[3] "Attendu que les caractères des blessures prévues par l'article 311 du Code pénal, se rencontrent dans les faits incriminés ; que, par l'expression générique qu'elle a employée, la loi a entendu toute lésion, quelque légère qu'elle soit, ayant pour résultat d'intéresser le corps ou la santé de l'individu", T.corr. Lyon, 15 déc. 1859, D.P.1859,3,88.

[4] GARRAUD R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3ème éd°, Sirey 1914, T. 5, p.325.

[5] Cf. supra art.309 C.pén. et art.222-11 N.C.pén.

en tous les cas écarter les infractions qui supposent un dol spécial [1], telles que la tentative de meurtre ou l'empoisonnement. [2]

Mais il faut retenir le dol général : dès lors qu'il y a un acte matériel quelconque qui porte atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui accompli volontairement, il y a "objectivement" une infraction pénale intentionnelle. Peu importent les motivations personnelles de l'expérimentateur [3], dès lors qu'il porte volontairement une atteinte même légère, au corps d'autrui, il est l'auteur d'une des violences volontaires prohibées par la loi pénale. [4]

Si la victime des violences décède, indépendamment de la volonté de l'auteur des violences, l'infraction devient un crime : "les coups mortels". [5] "*Il importe peu que le résultat du geste infractionnel ait dépassé les limites que, dans son for intérieur, le coupable avait entendu lui assigner : l'existence de l'intention est suffisamment caractérisée si l'auteur du fait a voulu agir, sachant ou devant prévoir quelles conséquences les coups portés ou les violences exercées pouvaient entraîner ; le délit est, dit-on, praeter intentionnel.*" [6]

Celui qui injecte un médicament, celui qui administre un lavement, celui qui insuffle un gaz, ou celui qui irradie le corps ou un organe [7], est également auteur d'une atteinte à l'intégrité corporelle qui peut être qualifiée soit de violence volontaire soit d'administration de substance nuisible. [8]

---

6 "Celui qui aura occasionné à autrui une maladie ou incapacité de travail personnel, en lui administrant volontairement, de quelque manière que ce soit, des substances qui, sans être de nature à donner la mort, sont nuisibles à la santé, sera puni d'un emprisonnement de un mois à cinq ans, et d'une amende de 60 F à 15000 F. Si la maladie ou incapacité de travail personnel a duré plus de vingt jours, la peine sera celle de la réclusion criminelle à temps de cinq à dix ans.", art.318 al.1 et al.2 C.pén. "L'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui est punie des peines, (...)." applicables aux violences volontaires, art.222-15 N.C.pén. "Une même substance peut d'ailleurs être mortelle sous une certaine dose, et seulement nuisible à une dose plus faible, ou employée d'une autre façon. Le mode d'administration est indifférent (voie buccale, respiratoire, cutanée, anale).", MERLE et VITU, *Droit pénal spécial,* précité, T.2, n°1760, p.1419.

1 Sur l'élément intentionnel des infractions pénales cf. supra 1ère Partie. "Le dol spécial est en effet une intention précise, requise par des lois particulières comme élément constitutif de certaines infractions à propos desquelles le législateur incrimine généralement la production d'un résultat déterminé.", MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°565, p.723. Le dol spécial de l'infraction de meurtre et de l'infraction d'empoisonnement est la volonté de donner la mort.

2 Cf. Une décision de la Cour de cassation qui approuve la distinction de qualification en ce qui concerne la responsabilité de deux expérimentateurs allemands pour des faits commis sur des victimes françaises. Le premier, HAAGEN est poursuivi pour administration de substances nuisibles, le second BICKENBACH pour empoisonnement. "Attendu que l'arrêt attaqué expose que HAAGEN a inoculé à quarante personnes le virus exanthématique atténué, sans les avoir immunisées au préalable, et que ces expériences auraient pu avoir une issue mortelle ; que BICKENBACH a exposé aux effets du gaz phosgène un certain nombre d'internés du camp d'Auschwitz, dont plusieurs sont décédés et que son intention homicide est incontestable.", Cass.crim. 18 juill. 1952, D.1952, p.667.

3 "Si le mobile du médecin, du chirurgien, ou du chercheur, si le sentiment qui le détermine à l'action, n'est pas d'exercer sa malice sur son prochain, l'intention d'induire une perturbation de l'organisme n'en est pas moins réelle.", GROMB Sophie Dr., *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, précité, n°62, p.117.

4 Le dol général propre aux infractions volontaires est déterminé par le niveau de conscience et de volonté du délinquant et non pas par la nature de l'acte accompli. cf. "Définition du dol général. La définition classique : la «conscience et la volonté infractionnelle».", MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°547, p.701. Contra cf. "La licéité de l'objet de l'intervention ôte à l'infraction son caractère volontaire, quel que soit la gravité de la faute commise dans la réalisation. Il en va différemment lorsque l'intervention est dénuée de tout intérêt thérapeutique. (...) Dès que le but curatif de l'intervention réapparaît, la qualification de faute intentionnelle ne peut plus être retenue, l'infraction devient involontaire.", DORSNER-DOLIVET Annick, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, L.G.D.J. 1986, p.93.

5 En cas de mort du sujet d'expérimentation la qualification à retenir est celle de coups mortels. "Toute personne qui, volontairement, aura porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné la mort sans intention de la donner sera punie d'une peine de cinq à quinze ans de réclusion criminelle", art. 311 al.1 C.pén., "Les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner sont punies de quinze ans de réclusion criminelle", art. 222-7 N.C.pén.

6 MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1746, p.1405.

7 Pour un exemple de qualification "administration de substance nuisible" d'un fait d'irradiation volontaire par l'employé d'une centrale nucléaire cf. T.G.I. Cherbourg, 31 mars 1981, D. 1981-1-536, note Danièle MAYER.

8 Pour un auteur qui voit dans l'article 318 du Code pénal : "l'épée de Damoclès menaçant de poursuites correctionnelles ou criminelles les investigateurs français", cf. DUCLAUX Joëlle, *L'expérimentation de nouveaux médicaments sur l'homme : étude de droit comparé*, Thèse Droit Clermont 1985, spécialement p.201, "Proposition de loi, visant à modifier l'art.318 C.pén.", Contra cf. AUBY Jean-Marie, *La loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*, J.C.P.1989-1-3384, n°10 : l'auteur écarte l'applicabilité de l'art.318 C.pén. en se basant sur la prétendue exigence d'un dol spécial, l'intention de nuire.

Le fait d'expérimentation est donc susceptible de diverses qualifications pénales. Or son impunité ne peut pas reposer sur le même fondement que la justification pénale de l'acte médical ordinaire.

B) Les incompatibilités avec l'acte médical ordinaire

Selon notre analyse précédemment exposée (cf. supra 1ère Partie), l'acte médical n'est pénalement justifié qu'à condition notamment : d'être pratiqué par un médecin, avec le consentement libre et éclairé du malade dans un but directement thérapeutique. Or l'acte expérimental ne remplit qu'exceptionnellement ces conditions. Nous excluons de cette étude les expérimentations pratiquées par des non-médecins (chimiste, ingénieur, chercheur etc...) parce que le droit ne donne à nul autre qu'un médecin la permission de porter atteinte au corps humain.

Il convient d'exposer la différence entre le consentement aux soins et le consentement à l'expérimentation (1°), ainsi que les différences entre le but thérapeutique et le but expérimental (2°).

1°) La distinction entre consentement aux soins et consentement à l'expérimentation

La première incompatibilité entre le consentement aux soins et le consentement à une expérimentation concerne le principe même du consentement. En matière d'acte médical, le malade consent à une prestation définie : le soin de sa santé. Il sait donc, ou peut imaginer, ce qu'il attend, ce qu'il espère et surtout ce qu'on va lui faire.

Alors qu'en matière d'expérimentation, dans la plupart des cas, le sujet n'est pas en mesure de savoir s'il est dans le lot-témoin ou dans le lot testé. Pour avoir une valeur statistique les expérimentations doivent être pratiquées sur une grande échelle, avec randomisation (tirage au sort) des sujets testés, en double aveugle (ni le sujet, ni l'expérimentateur ne savent si l'individu est dans le lot testé ou le lot témoin), contre placebo (le lot témoin reçoit soit un produit inerte, soit un produit de référence connu et bien évalué). [1]

C'est ce qui rend impossible l'expression d'un réel consentement. Le sujet ne peut que donner un assentiment à son intégration dans un programme aléatoire ce qui est nettement différent de l'assentiment à un acte donné car le sujet n'exprime plus la volonté d'être soigné mais il accepte que son corps soit l'objet d'expérimentation. "*Le consentement du malade ne porte pas sur le même objet selon qu'il s'agit du contrat de soins ou de l'essai. L'objet du contrat de soins porte sur les soins eux-mêmes ; en revanche, l'objet de l'essai c'est le corps humain. Et c'est sans doute pour cette raison qu'il est difficile de penser l'expérimentation sur l'homme par référence au contrat.*" [2]

C'est pourquoi on ne peut assimiler à l'acte médical courant que l'innovation thérapeutique à l'occasion d'un acte de soins, c'est-à-dire, lorsque l'acte de recherche est l'accessoire d'un acte médical. [3]

La seconde particularité de l'acte expérimental, en ce qui concerne le consentement du sujet, est la possibilité de pressions sur la volonté venant gêner voire paralyser la possibilité d'expression

---

1 *Guide des bonnes pratiques cliniques. Avis aux promoteurs et aux investigateurs pour les essais cliniques de médicaments*, Ministère des Affaires Sociales 1987, 43 p.

2 THOUVENIN Dominique, *La référence au contrat de soins dans les expérimentations sur l'homme*, in *Ethique médicale et droits de l'homme*, Actes-Sud Inserm, 1988, p.144.

3 "Si la volonté est principalement tendue vers la recherche du bien individuel du malade, la cause de l'acte est licite, même si secondairement existe un espoir scientifique." MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°467, p.311. "Le médecin ne peut associer la recherche biomédicale avec des soins médicaux, en vue de l'acquisition de connaissances médicales nouvelles, que dans la mesure où cette recherche biomédicale est justifiée par une utilité diagnostique ou thérapeutique potentielle à l'égard de son malade." Déclaration d'Helsinki (1964) modifiée à Tokyo (1975) et à Venise (1983) de l'Association Médicale Mondiale, "L'essai thérapeutique n'est admissible en effet que dans le but de soigner le malade.", SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, p.39.

d'une volonté libre. C'est la pression financière qui est la plus dangereuse à cet égard. "*Lors d'essais chez l'homme sain, l'incitation financière peut être très importante, surtout pour les personnes les plus démunies. (...) Il n'est pas éthique de réaliser des expérimentations sur des sujets qui n'en tirent un bénéfice que du fait de leur statut misérable.*" [1]

D'autres pressions sont à craindre : chantage aux soins de la part de l'équipe médicale "de pointe" [2], chantage aux examens de la part d'un enseignant vis-à-vis de sujets étudiants, etc... Si certains médecins nient déjà la possibilité qu'un individu exprime un consentement libre et éclairé lorsqu'il s'agit de l'intérêt exclusif de sa santé [3], a fortiori peut-on craindre que la liberté et l'information de la personne traitée soient mises à mal lorsque des tiers trouvent un intérêt à agir sur le corps du sujet. Mais l'incompatibilité des critères de licéité de l'acte expérimental et de l'acte de soins est encore plus flagrante eu égard à l'appréciation de la finalité de l'acte.

2°) La distinction entre but thérapeutique et but expérimental

Dès lors que, comme nous l'avons montré (cf. supra 1ère Partie), la licéité de l'acte médical normal est subordonnée à la finalité thérapeutique : l'acte expérimental ne peut plus se prévaloir de la permission tacite de la loi qui autorise l'activité médicale "ordinaire". "*La situation est claire au regard du droit pénal. Seules les atteintes volontaires à l'intégrité physique justifiées par un intérêt directement curatif sont licites. Ce qui n'est pas le cas des atteintes provoquées dans un but exclusivement expérimental. (...) Les expérimentations sur l'homme sont donc illicites et tombent sous les dispositions du Code pénal.*" [4]

Le but curatif a toujours été le pilier de la licéité de l'activité médicale. Madame Gromb parle à ce sujet de "tabou" du but curatif. "*Le but thérapeutique est le critère de l'acte permis par la loi. Tel est le fondement d'une jurisprudence ancienne, dont les principes n'ont jamais varié. (...) Connaissant ce premier «tabou» consacré par la jurisprudence, il apparaît avec évidence que l'expérimentation purement scientifique ou cognitive était proscrite dans notre droit, et constitutive d'une atteinte à l'intégrité des personnes, pénalement sanctionnée.*" [5]

La portée justificative de la permission tacite de la loi repose sur la preuve d'une intention thérapeutique - l'utilité directe pour la santé individuelle du soigné - et sur la preuve d'une stratégie thérapeutique raisonnable dont les avantages escomptés sont supérieurs aux risques entrepris. L'acte expérimental ne vérifie aucune de ces deux conditions.

Il ne vise généralement pas à soigner le sujet, qui n'est pas toujours un malade, mais parfois un "volontaire sain". "*Or l'atteinte subie par le corps humain ne cesse d'être sanctionnable que si elle a été faite pour soigner la personne. C'est donc la nature thérapeutique du geste qui justifie l'atteinte. Par voie de conséquence dès que l'intervention du médecin n'est plus strictement thérapeutique, elle est constitutive d'une infraction pénale.*" [6]

---

1 ROUZIOUX J.M., *Les essais des nouveaux médicaments chez l'homme, problèmes juridiques et éthiques*, précité,.p.85. cf. "Le corps humain est, sauf exception, hors du commerce juridique et a fortiori du commerce tout court. La justification profonde de cette interdiction est, en effet, la crainte de voir le miséreux proposer son corps contre rémunération. Point seulement, peut être le miséreux, car il est probable que la levée de l'interdiction entraînerait un trafic odieux.", De FORGES Jean-Michel et SEUVIC Jean-François, *L'hospitalisé*, Berger-Levrault 2ème éd° 1983, p.203. "C'est encore le cas des expériences médicales qu'acceptent de pauvres hères pour se rémunérer. Trafic du corps humain, condamné sans hésitations.", MIMIN, note sous Cass.civ. 2 août 1950, D.1951, p.581.

2 Comment refuser un protocole lorsque l'on a la chance d'être hospitalisé dans un "grand hôpital". "Le Pr Lachronique, lui, préfère appeler un chat un chat et choisit la franchise. «La recherche passe par l'expérimentation. Depuis quinze ans, aucune nouvelle molécule susceptible d'être efficace contre la maladie (cancer), n'a été découverte. Alors il faut chercher et chercher encore», affirme-t-il. C'est ce que l'on fait à Curie, où environ 30% des malades sont inclus dans un protocole d'expérimentation.", RICHARD Aline et VEYRET Sophie, *Cobayes humains*, La découverte-Enquêtes éd°, 1988, p.16.

3 Cf. supra 1ère Partie, Titre 1, le consentement.

4 MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, Vol.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.26.

5 GROMB Sophie Dr., *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, précité, n°63, pp.118-119.

6 THOUVENIN Dominique, *L'influence de la loi «relative à la protection des personnes qui se prêtent à la recherche biomédicale» sur l'organisation de la recherche*, Gestions Hospitalières à paraître, 1993.

D'autre part, le propre de l'acte expérimental est d'être destiné à évaluer les avantages d'une technique ou d'un produit et d'en calculer les risques, ce qui signifie que la balance conçue par le système, dit de la raison proportionnée, ne peut pas être déterminée avec autant de précision que dans le domaine thérapeutique. [1] L'aléa de l'acte expérimental est incompatible avec la preuve préalable d'une proportionnalité des avantages par rapport aux risques qui est exigée par la permission tacite de la loi pour justifier l'acte médical.

A défaut de but curatif stricto sensu, la permission tacite de la loi, qui justifie l'acte médical ordinaire, ne peut pas justifier l'acte expérimental "pur". "*De l'ordre de la loi, il faut rapprocher la permission de la loi ou de la coutume. C'est elle qui justifie les blessures que nécessitent les interventions médicales et chirurgicales, lorsqu'elles sont pratiquées à des fins curatives, ou également, dans le cadre de l'accomplissement d'une expertise judiciaire, mais pas lorsqu'elles ont lieu à titre expérimental.*" [2] C'est en vain que les faits justificatifs classiques peuvent être passés en revue pour tenter de justifier pénalement l'acte d'expérimentation sur l'homme.

§2) L'impossible justification par les faits justificatifs classiques

Bien que la question de l'expérimentation ait été largement débattue, qu'une littérature volumineuse ait été diffusée et que de nombreuses autorités morales se soient exprimées, aucun fait justificatif classique ne pouvait pénalement justifier les expérimentations sur l'homme avant la loi du 20 décembre 1988. Le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif, comme nous l'avons rappelé. [3]

Aucune autorisation légale, aucun commandement d'une autorité légitime ne pouvait être allégués (A), et l'état de nécessité était inadéquat (B).

A) Les impossibles rattachement à une permission légale ou à un commandement d'une autorité légitime

Alors que, selon l'article 327 du Code pénal "*il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime*" et que selon l'article 122-4 du nouveau Code pénal "*n'est pas pénalement responsable, la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal*" ; ni le droit international (1°), ni le droit national (2°) ne fournissent réellement de règle pouvant constituer une permission légale ou un commandement d'une autorité légitime.

---

[1] "Le complexité du problème provient avant tout de la difficulté de définir avec précision la notion d'expérimentation, (...). En général, on admet qu'elle consiste à essayer directement sur l'homme, et sans poursuivre directement un but curatif, une nouvelle possibilité de traitement pour en déterminer les effets, favorables ou non, et sans en mesurer à l'avance les risques et les dangers.", MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, Vol.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.26.

[2] MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1748, p.1408.

[3] Cf supra 1ère Partie, Titre 1, le consentement : "Le consentement de la victime serait également inefficace si la victime au lieu de consentir à un fait précis, déterminé à l'avance, voulu par elle-même et l'auteur de l'acte, acceptait simplement le risque de blessures involontaires : ou bien l'auteur a commis une faute et il y a délit malgré le consentement ou bien il n'a pas commis de faute et il n'y a pas d'infraction pénale, même en l'absence de consentement.", DOUBLIER, *Le consentement de la victime*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz 1956, p.202.

1°) Les textes et avis internationaux

Plusieurs textes internationaux ont été invoqués à l'appui d'une reconnaissance de licéité des expérimentations sur l'homme. La Déclaration universelle des droits de l'homme [1], le pacte de New-York [2], la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme [3], et même une directive de la C.E.E. [4] ont été analysés. Le raisonnement consistait à affirmer que le respect des ces normes suffisait à permettre l'accomplissement en France d'expérimentations licites.

Or, ces textes prohibent certains excès en matière de traitement des êtres humains, donc y compris en matière d'expérimentation humaine, sans déclarer de critère de licéité dans les états membres qui n'auraient pas estimé opportun de permettre une seule expérimentation.

Aucune de ces normes de droit extra-national ne pouvait pénalement justifier des infractions à la loi pénale française. Le pouvoir et le droit d'assurer la répression des infractions pénales sont des prérogatives étatiques liées à la souveraineté de l'Etat sur son territoire. Le droit pénal français fondé sur le principe de la légalité criminelle et de la territorialité de la répression [5] répugne à laisser des règles extra-nationales ou internationales perturber le jeu de la répression pénale. Ceci se vérifie a fortiori à l'égard des déclarations et avis d'autorités internationales publiques [6] ou privées. [7]

Tout au plus peut-on considérer qu'ils constituent "*l'amorce d'une déontologie universelle dont le juge disciplinaire pourrait, le cas échéant, tenir compte pour atténuer la sanction infligée pour violation du Code de déontologie français.*" [8]

Enfin, nombreux étaient ceux qui se retranchaient derrière "le Code de Nüremberg" pour affirmer la licéité des expérimentations humaines. [9] Longtemps ambiguë, cette référence fut abandonnée lorsque les juristes démontrèrent que ces règles, par ailleurs très riches de sens, n'avaient aucune valeur juridique en droit français, étant seulement des règles de droit américain applicables à un procès intenté après la guerre à quelques médecins allemands condamnés à mort [10] par les Etats-Unis. [11]

---

1 Déclaration du 10 décembre 1948. Le Traité ne fait pas référence à l'expérimentation mais son article 5 interdit la torture ainsi que les peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants.

2 Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par l'assemblée générale de l'O.N.U. le 16 décembre 1966. Intégré dans le droit positif français par la loi du 25 juin 1980 et le décret du 29 janvier 1981. Le pacte sans condamner toute expérimentation interdit dans son art.7 de soumettre une personne : "à la torture, (...), à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, (...), en particulier (...) sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique."

3 La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 est restée silencieuse sur la question des expérimentations se contentant de reprendre dans son article 3 le contenu de l'article 5 de la déclaration universelle sur "les traitements inhumains ou dégradants."

4 Directive adoptée par le Conseil des ministres des Communautés Européennes le 20 mai 1975. Cette directive est relative au rapprochement des législations des états membres, concernant les normes et protocoles analytiques toxico-pharmacologiques et cliniques en matière d'essais des spécialités pharmaceutiques. Elle impose des règles de conduite des essais cliniques et exige qu'ils soient réalisés sous forme d'essais contrôlés, mais elle prend soin de préciser que "la manière dont ils sont réalisés varie dans chaque cas et dépend de considérations d'ordre éthique."

5 "Sur le plan international enfin, on considère que l'Etat a seul la charge de maintenir l'ordre à l'intérieur de ses frontières. Toute infraction aux lois qu'il édicte est une atteinte à son autorité, qu'il a le droit et le devoir de sanctionner. Inversement, le délit commis à l'étranger lui échappe ; il est pour lui «res inter alios acta».", MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°277, p.373.

6 "Code international de conduite", présenté conjointement par l'O.M.S. et le Conseil des Organisations Internationales des Sciences Médicales, (C.I.O.M.S.), à Manille en 1981.

7 De nombreux auteurs invoquaient les déclarations de l'Association Médicale Mondiale qui en 1964 à Helsinki, puis en 1975 à Tokyo et en 1983 à Venise, avait établi des règles éthiques concernant l'expérimentation médicale sur l'homme. Ces déclarations précisent expressément en préambule que les règles édictées ont pour but d'éclairer la conscience des médecins sans les exonérer de leurs responsabilités pénale, civile et déontologique à l'égard des lois et règlements internes de leurs pays.

8 DUBOUIS Louis, *De la licéité en droit français des essais thérapeutiques à but non curatif*, in Mélanges COLLIARD 1984, p.467.

9 Sur cette question cf. AMBROSELLI Claire, *Quarante ans après le code de Nüremberg*, précité, p.19 et s.

10 Liste des 6 condamnés à mort exécutés, Karl Brandt, Karl Gebhardt, Joachim Mrugowsky, Wolfram Sievers, Viktor Brack, Waldemar Hoven. cf. New-York Times des 20 et 21 août 1947.

11 Le Tribunal militaire n°1, Etats-Unis contre Karl BRANDT et ses co-inculpés -, fut constitué le 25 octobre 1946 par ordre général du gouvernement militaire Américain en Allemagne. L'acte d'accusation (chapitre 1, art.2, 4°) décrit les actes incriminés : "De cette intention collective ou complot, par eux entreprise, faisait partie l'exécution d'expériences médicales sur les détenus des camps de concentration et sur d'autres êtres humains vivants, sans leur consentement." Le jugement fut rendu les 20 et 21 août 1947. Sur 23 inculpés, tous scientifiques ou médecins, responsables de services civils ou militaires, 6 furent condamnés à mort et exécutés le 1er

Le procès fait par une autre nation à des médecins nazis ne pouvait modifier le droit français malgré le sentiment universel de répulsion causé par les actes jugés. [1]

2°) Les textes et avis nationaux

Plusieurs textes épars dans la législation française (a) et quelques recommandations d'ordre éthique (b) et déontologique (c) ont été invoqués en vain comme des éléments juridiques de reconnaissance de la licéité des expérimentations humaines. Ces dispositions n'avaient aucun pouvoir de justification sur le plan pénal.

a) L'absence de portée justificative des rares textes législatifs et réglementaires en vigueur

La doctrine favorable à la reconnaissance de la licéité des expérimentations sur l'homme invoquait trois catégories de textes pour expliquer que le droit français connaissait et admettait l'expérimentation humaine.

Il s'agissait tout d'abord de la réglementation de la diffusion des médicaments dont le Code de la santé publique précisait qu'elle devait être précédée d'expertises avant que le produit puisse obtenir une A.M.M. [2] L'argument consistait à déduire de l'obligation d'expérimenter pour obtenir une A.M.M. que l'expérimentation était licite. Mais ce texte ponctuel ne donnait strictement aucune indication sur les sujets d'une telle expertise ni sur les conditions de leur inclusion dans un protocole expérimental. Une question restait ouverte : est-il licite d'expérimenter sur le volontaire-sain ? [3]

D'autre part, les tribunaux avaient jugé à deux reprises que le respect du Code de la santé publique et l'obtention de l'A.M.M. ne modifiaient pas la responsabilité pénale du fabriquant de médicament. [4] Aussi fallait-il déduire que le Code de la santé publique qui ne justifie pas le commanditaire, dont le produit a tué après A.M.M., ne pouvait justifier l'expérimentateur pour les infractions commises avant A.M.M.

Les autres textes appelés à l'appui d'une reconnaissance juridique de l'expérimentation concernaient des dispositions pénales. Il s'agissait d'une part des textes d'incrimination des expériences illicites sur les animaux [5] et d'autre part, d'un décret prohibant les expérimentations sur

---

juin 1948. cf."Trials of war criminals before the Nüremberg military tribunals, vol.2, p.171. Bibliothèque de documentation internationale contemporaine, (B.D.I.C.).

[1] Peut-être ces faits resurgiront-ils au sujet de l'utilisation des expérimentations nazies. Ainsi le Dr POZOS, directeur du laboratoire de recherche sur l'hypothermie à l'Université du Minessota a-t-il provoqué une polémique le jour où il a voulu exploiter les recherches faites à Dachau sur des détenus que des médecins avaient volontairement fait mourir de froid. Est-il scientifique d'utiliser aujourd'hui ce qui n'était pas éthique hier ? Le Dr Pozos affirme qu'il faut donner un sens à la mort de ceux qui ne seront ainsi pas morts pour rien et que nous ne détournons pas nos yeux des pyramides construites grâce au sang et aux larmes des esclaves égyptiens... Le Monde mai 1988.

[2] " Aucune spécialité ne peut être débitée (...) si elle n'a reçu au préalable, une autorisation de mise sur le marché (A.M.M.) délivrée par le ministre des Affaires sociales.", art.L.601 al.2 C.S.P. et "L'expérimentation humaine des médicaments, au sens de l'art. L.605, s'entend des expertises auxquelles il est procédé, dans les conditions fixées aux articles R.5118 à R.5127, en vue de vérifier qu'un produit susceptible de faire l'objet d'une demande d'A.M.M. possède les propriétés définies au 1° du troisième alinéa de l'art.L.601.", ancien art.R.5117.

[3] Malgré les remarques du Conseil de l'Europe qui plaidait en faveur de la licéité des expérimentations sur les volontaires sains plutôt que sur les malades. "Il n'est pas souhaitable d'administrer à des patients des médicaments sans efficacité potentielle, cette procédure risquant d'entraîner pour eux, gêne et désagréments. (...) Ce n'est pas le cas lorsque ces études sont entreprises chez les personnes en bonne santé.", Conseil de l'Europe, "Problèmes relatifs à la conduite et au contrôle des essais cliniques : rapport du comité d'experts sur la pharmacologie clinique", comité sur la Santé Publique de l'accord partiel, Strasbourg 1983.

[4] C.A. Paris 30 avril 1957, D.1957, p.550, note GOLLETY, affaire de la Xylomucine et T.corr. Seine, 19 déc. 1957, D.1958, p.257, affaire du Stalinon,. Ces deux médicaments ayant causé des accidents mortels, les fabricants tentèrent de se retrancher derrière le respect du C.S.P. et l'obtention du visa de mise sur le marché par le ministre de la santé. Depuis l'ordonnance du 23 septembre 1967, le C.S.P. précise : "L'accomplissement des formalités prévues au présent article n'a pas pour effet d'exonérer le fabriquant ou, s'il est distinct, le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché de la responsabilité que l'un ou l'autre peut encourir dans les conditions de droit commun en raison de la fabrication ou de la mise sur le marché d'une spécialité.", art.L.601 al.8. C.S.P.

[5] "Sera puni des peines prévues à l'article 453 quiconque aura pratiqué des expériences ou recherches scientifiques ou expérimentales sur les animaux sans se conformer aux prescriptions qui seront fixées par un décret en Conseil d'Etat.", art.454 C.pén. et Décret du 19 octobre 1987, art.R.24-14 à R.24-31, C.pén.

les détenus. [1] Or ces deux textes n'apportent aucune justification pénale à l'expérimentation humaine en général et, au contraire, ils démontrent que le législateur, connaissant le problème de l'expérimentation médicale, n'a pas estimé nécessaire de créer d'obstacle juridique à l'application du droit commun.

b) L'absence de portée justificative des avis du Comité Consultatif National d'Ethique

La renaissance de l'étude des questions morales sous l'étiquette de "questionnement éthique" [2] a suscité la création de structures de réflexions sur les problèmes d'éthique médicale. Or les positions de ces institutions, si elles révèlent des consensus doctrinaux, n'ont pour autant aucun pouvoir d'empêcher le droit pénal de s'appliquer.

Un comité d'éthique ne peut pas rendre licite un comportement infractionnel. Ceci est d'ailleurs expressément contenu dans le décret de création du Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé (C.C.N.E). [3] Il est une instance de débat et de réflexion et ne sera jamais une juridiction ni d'instruction, ni de jugement. Indépendant de l'administration, son rôle n'est pas de créer des normes mais de permettre un échange et une maturation des idées : sa mission est de "*donner son avis sur les problèmes moraux qui sont soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé, que ces problèmes concernent l'Homme, des groupes sociaux ou la société toute entière.*" [4]

Ces avis sont des réponses à des questions posées par des tiers. [5] Or, le premier avis rendu par le C.C.N.E. s'intitulait : "*Avis sur les problèmes éthiques posés par les essais des nouveaux traitements chez l'homme*" et affirmait la nécessité scientifique et éthique de procéder à des expérimentations des nouveaux médicaments : "*ces essais (...) ne doivent pas être menés sur des malades, ils nécessitent le recours à des volontaires sains. Les essais sur volontaires sains sont donc indispensables.*" [6]

Le second avis rendu par le C.C.N.E. était une réponse défavorable aux demandes du Professeur Milhaud d'expérimenter la transfusion sanguine massive par voie osseuse réalisée sur un malade en état végétatif chronique. [7]

Pour constater cette absence de portée pénale des avis du C.C.N.E., il suffit donc de se référer à la volonté de ses créateurs qui souhaitaient en faire une force de réflexion et éventuellement de proposition mais qui n'ont jamais entendu créer un organe normatif. [8] Le C.C.N.E. est une autorité morale qui n'est pas une autorité légitime, au sens du droit pénal, c'est-à-dire une "*autorité qui*

---

[1] "Les détenus ne peuvent être soumis à des expériences médicales ou scientifiques pouvant porter atteinte à l'intégrité de leur personne physique ou morale.", art.D.380 al.2 C.P.P., Décret du 12 septembre 1972.

[2] "Dans la langue anglaise, morale se dit «ethic». De là à penser que le terme d'éthique s'est substitué au terme morale, parce qu'on l'a tout simplement traduit littéralement de l'anglais, il n'y a qu'un pas que nous n'hésitons pas à franchir.", THOUVENIN Dominique, *Ethique et droit en matière biomédicale*, D.1985, chron., p.22, n°3.

[3] Décret du 23 février 1983, J.O. 25 févr. 1985. cf.AMBROSELLI Claire, *L'éthique médicale*, P.U.F. Que-sais-je ? n°2422, Paris 1988 et du même auteur, *Le comités d'éthique*, P.U.F. Que-sais-je ? 1990, n°2544.

[4] Décret du 23 février 1983, art.1, al.2.

[5] Président de l'Assemblée Nationale ou du Sénat, membre du gouvernement, établissement public de recherche ou d'enseignement supérieur. Décret du 23 février 1983, art.2.

[6] Avis du C.C.N.E., du 9 octobre 1984. Le comité précisait les quatres conditions essentielles à respecter pour tout protocole, obligation de pré-requis, valeur scientifique du projet, bilan avantage/risque positif, consentement libre et éclairé.

[7] *Rapport du C.C.N.E.* 1986, p.27.

[8] "Vous pourrez vous demander, mesdames, messieurs, à juste titre, quelles seront les conséquences d'un avis formulé par votre comité. Les textes sont muets sur ce point. Vous vous en êtes peut-être étonnés. Bien, je vous dis que ce silence n'est pas une omission. Je crois tout simplement, de manière très pragmatique, qu'il appartiendra aux institutions qui vous auront saisis, de tirer les conséquences de vos conclusions et vous-mêmes déterminerez ces pratiques. Dans tel ou tel cas le gouvernement pourra être amené à réglementer, le Parlement à légiférer, les organismes de recherche à orienter leurs programmes, (...).", Extrait de l'allocution de François Mitterand, Président de la République, à l'occasion de la mise en place du Comité Consultatif National d'Éthique, le 2 décembre 1983, in *Rapport du C.C.N.E.* 1984, p.15.

dispose légalement du pouvoir de commander l'exécution des lois" alors "*qu'il existe un lien de subordination hiérarchique entre cette autorité et le citoyen qui obéit à ses ordres.*" [1]

Or, on ne saurait admettre ici le fait justificatif de l'obéissance à un commandement d'une autorité légitime. [2]

Désobéir à un avis du C.C.N.E. n'est pas une infraction pénale, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué ; symétriquement, obéir ou respecter à la lettre un avis du C.C.N.E. ne justifie pas l'individu pour les infractions qu'il pourrait avoir commises. Les décisions du C.C.N.E. n'influent que sur la responsabilité morale ou éthique des médecins sans modifier leur responsabilité pénale. [3] Un avis du C.C.N.E. n'est pas constitutif d'un commandement de l'autorité légitime au sens du fait justificatif prévu par le Code pénal.

c) L'absence de portée justificative des avis de l'Ordre National des médecins

Bien que le Code de déontologie médicale, inspiré par l'Ordre National des médecins, ait toujours contenu des dispositions incompatibles avec l'expérimentation purement scientifique [4], les hautes autorités ordinales ont tenté de justifier moralement l'expérimentation sur les volontaires sains (α) ce qui n'apporte aucune justification juridique (β).

(α) La justification morale de l'expérimentation par l'Ordre des médecins

L'Ordre commence par reconnaître l'existence de différentes sortes d'expérimentations dans la pratique médicale. Cette reconnaissance du fait d'expérimentation s'accompagne de l'affirmation d'une obligation scientifique et morale. "*Les exigences de la rigueur scientifique peuvent être incompatibles avec le respect de personnes. (...) Ces essais sont nécessairement immoraux et moralement nécessaires (Jean BERNARD) (...). La conscience humaine, les lois, l'humanité, la conscience des médecins, condamnent l'expérimentation sur l'homme mais elle s'est toujours faite, se fait et se fera, parce qu'elle est indispensable au progrès de la science médicale pour le plus grand bien de l'humanité (Charles NICOLLE).*" [5]

Puis, l'Ordre national des médecins fixe implicitement les conditions d'une bonne expérimentation sur l'homme sain. L'Ordre préconise le respect de certains principes fondamentaux : "*les sujets doivent évidemment être consentants et volontaires.(...) L'expérimentateur a une grande responsabilité de prudence et de surveillance. Il doit arrêter l'expérience au moindre risque d'accident. Il lui est interdit d'inoculer une maladie.*" [6]

En conclusion, le président de l'instance représentative du corps médical et garante de la déontologie professionnelle affirmait : "*le Conseil National de l'Ordre a adopté des commentaires du Code de déontologie, estimant licites sous certaines conditions très strictes de prudence, les essais chez l'homme sain.*" [7]

---

1 MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°420, p.539.

2 "Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime.", Art.327 C.pén. "N'est pas pénalement responsable, la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal.", art.122-4 N.C.pén.

3 Sur la distinction entre règle éthique et règle juridique cf. THOUVENIN Dominique, *Ethique et droit en matière biomédicale*, précité, p.21.

4 Deux articles peuvent s'appliquer à l'expérimentation. "Le médecin doit s'interdire, dans les investigations ou les interventions qu'il pratique, comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au malade un risque injustifié.", Décret n°79-506 du 28 juin 1979, portant code de déontologie médicale, art.18, "L'emploi sur un malade d'une thérapeutique nouvelle ne peut être envisagée qu'après les études biologiques adéquates, sous une surveillance stricte et seulement si cette thérapeutique peut présenter pour la personne un intérêt direct.", Décret du 28 juin 1979, précité, art.19.

5 O.N.M., *Commentaires du Code de déontologie médicale*, 1987, p.66.

6 O.N.M., *Commentaires du Code de déontologie médicale*, 1987, p.69.

7 RENE Louis Pr., *Les protocoles d'essais médicamenteux*, précité, n°2.

La position ordinale pouvait induire en erreur les médecins, car ils ignorent le plus souvent que l'Ordre n'a pas le pouvoir de rendre licite un comportement infractionnel. C'est l'étendue du décalage entre la justification morale et la justification pénale.

(β) L'impossible justification pénale de l'expérimentation par l'Ordre des médecins

L'Ordre des médecins est, exactement au même titre que le C.C.N.E., une instance morale, à laquelle l'Etat a délégué de surcroît une mission de police disciplinaire et déontologique, ce qui n'en fait pas une autorité légitime susceptible de déclarer un comportement infractionnel licite.

L'Ordre professionnel n'a pas compétence pour bloquer le bras de la répression qui est dirigé par la loi. Ce qui est illégal ne peut devenir licite par la seule décision d'une instance professionnelle.

Un commentaire de l'Ordre National des médecins n'est pas constitutif d'un commandement de l'autorité légitime au sens du fait justificatif prévu par le Code pénal. Tout au plus peut-il apporter un argument en faveur de la bonne foi d'un praticien poursuivi, le cas échéant, sans jamais le "couvrir" par une justification au sens juridique. Le Conseil National de l'Ordre n'est pas compétent pour "estimer licites" des comportements infractionnels aux yeux de la loi.

Faute de justification certaine sur la base du consentement de la victime, et surtout sur la base de l'ordre de la loi ou du commandement de l'autorité légitime, restait la possibilité d'une référence à l'état de nécessité pour éviter la condamnation de l'expérimentation sur l'homme. "*Si nous condamnions formellement cette expérimentation scientifique, cela se retournerait contre le développement de la médecine (...), ce point de vue, comme nous l'avons dit est contraire à la progression des sciences d'utilité sociale.*" [1]

B) L'inadéquation de la référence à l'état de nécessité

L'idée principale de la thèse de la justification par l'état de nécessité est d'affirmer que la non-expérimentation crée un double danger : d'une part, celui de laisser diffuser des traitements médicaux mal-connus, mal évalués et donc dangereux et d'autre part, celui de voir diminuer les recherches et donc le développement de traitements nouveaux. [2]

Face à ce danger, certains auteurs préconisent que la société accepte que quelques individus puissent courir un risque en se prêtant à des expérimentations [3] en ayant recours au concept d'état de nécessité qui justifie que, face à un péril grave et imminent, un individu commette une infraction pénale dès lors que la valeur sacrifiée est inférieure à la valeur sauvegardée. "*Il y a un risque à prendre, il faut en mesurer l'ampleur et respecter une certaine proportion entre les avantages attendus pour l'ensemble de l'humanité en cas de succès et le sort du sujet en cas d'échec.*" [4]

La valeur sacrifiée c'est le risque pris par le sujet, risque qui n'est heureusement que rarement mortel. "*L'expérimentation n'entraîne pas inéluctablement la mort, à la différence de l'avortement. De plus la notion de nécessité est d'une plasticité suffisante pour justifier les essais à but*

---

[1] FAHMY ABDOU Antoun, *Le consentement de la victime*, L.G.D.J. 1971, p.424.

[2] "Toute science ne progresse qu'au prix d'expériences et de risques d'échecs. La science médicale n'échappe pas à la règle. Cependant les risques qu'elle prend se feront sentir sur la santé d'une certaine partie de la population, et c'est là un danger redoutable auquel peu de sciences sont exposées. Il est vrai que les risques qu'elle ne prend pas se feront sentir peut-être sur la totalité de la population, car il retarderont l'avancement de la science.", LEVASSEUR G., *La responsabilité pénale du médecin*, in *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, Fayard 1968, p.138.

[3] "Alors que tant de guerres, tant d'actions destructrices sont tolérées, que tant de vies innocentes sont atteintes ou menacées, ne serait-il pas permis pour la guérison et le soulagement des hommes de supporter soi-même ou de faire supporter à d'autres quelques risques mêmes relativement graves ?", TESSON E., *Réflexions morales*, in C.Laën. 1952, T.2, p.39.

[4] LEVASSEUR G., *La responsabilité pénale du médecin*, précité, p.144.

uniquement scientifique." [1] La valeur sauvegardée, c'est la santé publique : c'est-à-dire, la santé de tous et de chacun.

Le problème était simple : pouvait-on licitement sacrifier la santé d'un individu au profit de l'humanité ? "*Si une telle expérimentation présente une potentialité de bénéfice important pour le genre humain, il faut se demander s'il n'est pas licite d'accepter un risque individuel pour le bien de la société, c'est-à-dire un transfert de bénéfice de l'individualité à la collectivité.*" [2] Ce qu'il ne faut pas confondre avec le péril individuel encouru par l'individu malade pour lequel l'innovation thérapeutique expérimentale est un acte médical extraordinaire mais curatif. [3]

Majoritairement, la doctrine n'admit pas que l'état de nécessité puisse être le fait justificatif de l'expérimentation purement scientifique. "*Le médecin ne peut pas sacrifier la santé d'un homme pour en sauver d'autres. C'est ce qui interdit, en médecine, l'expérimentation toutes les fois qu'elle ne comporte pas en faveur du patient lui-même, l'espoir d'un bien supérieur.*" [4]

La doctrine refusa que les médecins s'éloignent de leur mission traditionnelle, les soins individuels du malade, sans une permission légale expresse, et elle écarta l'argument fondé sur l'urgence que représente le besoin collectif de nouveaux traitements médicaux. La mission du médecin est avant tout de soigner un malade consentant. "*L'urgence peut, sous le contrôle du juge, assouplir ces exigences, mais ce ne peut jamais être une urgence prétendue d'avancement de la Science.*" [5] Il s'agit d'un rejet du principe selon lequel certaines circonstances permettraient de sacrifier licitement un individu au groupe.

Ce refus de la référence à l'état de nécessité doit être approuvé en raison, d'une part, de l'indifférence qu'il contient à l'égard de la volonté de "la personne sacrifiée", et d'autre part, à cause du risque de généralisation d'un acte infractionnel qui aurait été ponctuellement justifié. Car il est presque impossible de comparer sur un même plan un intérêt individuel et un intérêt collectif. "*En pratique la comparaison de la valeur respective des intérêts est souvent délicate, surtout lorsque ces intérêts sont de nature différente, ou lorsque l'infraction apparaît à la fois socialement utile dans le cas particulier de l'espèce soumise aux juges, et socialement dangereuse dans la mesure où ces cas particuliers se généraliseraient.*" [6]

Si d'aventure un tribunal correctionnel avait pénalement justifié des expérimentateurs en se fondant sur l'état de nécessité de sauver l'humanité au détriment de quelques sujets, les observateurs n'auraient pas manqué d'extrapoler cette décision et d'en faire, à tort, la preuve de la licéité des expérimentations sur l'homme. Or, la délimitation de la frontière du licite et de l'illicite appartient au législateur.

C'est pourquoi les auteurs dans un réel consensus appelèrent de leurs vœux l'intervention d'une loi pour clarifier la situation pénale des expérimentations sur l'homme. "*il était anormal de demander aux firmes pharmaceutiques de faire la preuve que des expériences avaient été conduites, alors que par ailleurs ces dernières étaient pénalement répréhensibles. La revendication d'une loi nouvelle a donc eu pour objectif de résoudre cette contradiction. (...) Puisqu'un tel acte n'a pas un but thérapeutique strict, seule une autorisation explicite émanant d'une loi pouvait permettre*

---

[1] DUBOUIS Louis, *De la licéité en droit français des essais thérapeutiques à but non curatif*, précité, p.474.
[2] ROUZIOUX J.M., *Les essais des nouveaux médicaments chez l'homme*, précité, p.118.
[3] "Toutefois, il est possible de réserver le cas d'une absolue nécessité de recourir à des méthodes expérimentales en raison de l'urgence ou de l'échec des méthodes acquises, comme ultime remède sur un sujet malade ou en danger de mort, à condition que l'intéressé, averti des risques, donne un consentement éclairé.", MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité p.26.
[4] SAVATIER R.et J., AUBY J.M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Librairies techniques 1956, n°274 bis, p.249.
[5] MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°468, p.312.
[6] MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°445, p.568.

d'écarter une sanction pénale éventuelle. Ceci explique la demande d'une loi autorisant les recherches biomédicales sur l'être humain." [1]

Section 2: La permission expresse prévue dans la loi du 20 décembre 1988

La loi du 20 décembre 1988, "*relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*" [2], dite aussi loi "Huriet" du nom du sénateur qui l'avait proposée, affirme expressément qu'elle autorise les expérimentations sur l'homme.

Selon l'article L. 209-1 du Code de la santé publique qui en est issu : "*les essais ou expérimentations organisés et pratiqués sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisés dans les conditions prévues au présent livre et sont désignés ci-après par les termes «recherche biomédicale»*".

Il existe donc dorénavant une permission légale explicite des recherches biomédicales cognitives du fait de la volonté explicite du législateur. "*La loi introduit d'emblée l'autorisation de pratiquer des recherches cognitives sur l'être humain. (...) Cette autorisation de la loi est indubitablement l'élément majeur des nouvelles dispositions, et il faut saluer le courage du législateur d'avoir ainsi mis un terme à une situation ambiguë et malsaine. La permission de la loi est introduite d'emblée, dès le premier article.*" [3]

Puisque, comme démontré, les avis éthiques ou déontologiques ainsi que les quelques textes juridiques antérieurs ne suffisaient pas à tracer une frontière nette entre les recherches licites et illicites, le Parlement a dû intervenir : "*répondant à des appels de plus en plus nombreux et pressants, le législateur a considéré que les principes éthiques n'avaient pas «force de loi», mais qu'ils devaient constituer les fondements d'une loi, car c'est une loi qui régit les rapports entre l'individu et la société.*" [4]

Sur le plan pénal [5], il nous faut analyser le contenu de la loi nouvelle, en particulier en ce qui concerne les critères de justification pénale du nouvel acte déclaré licite. Ensuite de quoi il sera important de décrire le rôle du droit pénal en cas de non respect de la loi et l'ordonnancement des sanctions pénales nouvelles et anciennes. L'étude des conditions de l'expérimentation licite (§1) précèdera l'exposé de la répression des expérimentations illicites (§2).

§1) Les expérimentations licites : le contenu de la loi

La loi concerne les recherches biomédicales sur l'être humain vivant. [6] Le législateur protège, en effet, les "personnes" en autorisant des recherches sur des "êtres humains", ce qui écarte du domaine d'application de la loi les personnes potentielles et les anciennes personnes réelles. [7] Les

---

1 THOUVENIN Dominique, *L'influence de la loi «relative à la protection des personnes qui se prêtent à la recherche biomédicale» sur l'organisation de la recherche*, Gestions Hospitalières à paraître, 1993.

2 Loi n°88-1138 du 20 décembre 1988 (J.O. du 22 déc. 1988), modifiée par la loi n°90-86 du 23 janvier 1990 (J.O. 25 janv. 1990). Intégrée dans le C.S.P., art. L.209-1 à L.209-23 C.S.P.

3 GROMB Sophie Dr, *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, précité, p.169.

4 HURIET Claude, *Vers une ère nouvelle* in *Bioéthique et droit. De nouveaux défis*, R.F.A.S. 1991, n°1, p.69.

5 Concernant les problèmes de responsabilité civile, d'indemnisation et d'assurance cf. GROUTEL Hubert, *La protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*, Responsabilité civile et assurances (éd° Techniques), janv. 1989, p.1 et s. Sur les conditions de l'assurance du promoteur des recherches Décret n°91-440 du 14 mai 1991, (J.O. 16 mai 1991, p.6478).

6 "Seules les personnes vivantes peuvent se prêter, c'est-à-dire consentir. Dans ces conditions on proposera les solutions suivantes : 1° l'embryon n'étant qu'une personne potentielle, aucune expérimentation ne peut être pratiquée sur lui, (...), 2°) Les personnes en état de mort cérébrale ne peuvent pas faire l'objet d'une expérimentation tandis que les personnes en état végétatif chronique peuvent y être soumises.", THOUVENIN Dominique, *La loi du 20 décembre 1988 : loi visant à protéger les individus ou loi organisant les expérimentations sur l'homme ?*, A.L.D.1989, 10ème cahier, n°67, p.98.

7 Cf. supra 2ème Partie, Titre 1, l'avortement et le concept de personne potentielle.

expérimentations sur le fœtus [1] et sur le cadavre [2] n'entrent pas dans le champ d'application de la loi "Huriet". Cela ne signifie pas forcément qu'aucune expérimentation n'est possible, mais seulement que, le cas échéant, elles ne sont pas soumises aux conditions de licéité prévues par la loi du 20 décembre 1988. [3] La définition du champ d'application de la loi n'est pas totalement dépourvue d'imprécisions, quant aux sujets.

Il est délicat de tenter d'identifier les recherches autorisées en fonction de leur nature, car la loi déclare permettre les recherches "*en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales*". S'il ne fait aucun doute que les essais de nouvelles molécules destinées à devenir des médicaments sont inclus dans ces recherches biomédicales [4], il est incertain que les essais de cosmétiques ou les tests psycho-comportementaux, par exemple, soient soumis à la loi du 20 décembre 1988.

Nous pensons que l'applicabilité de la loi est subordonnée à deux conditions : la première est que les recherches effectuées soient d'ordre biologiques ou médicales ; la seconde, que ces recherches comportent peu ou prou une atteinte à l'intégrité d'un être humain vivant. Les recherches biomédicales ont pour objet de faire progresser les connaissances dans les domaines de la biologie et de la médecine en modifiant même légèrement le fonctionnement du corps humain, afin d'en tirer des informations scientifiques. [5]

Sont donc inclus dans le champ d'application de la loi du 20 décembre 1988, les actes de recherches concernant les nouveaux traitements [6], les nouveaux moyens préventifs [7], et les nouveaux moyens diagnostiques [8] des maladies humaines. [9] Des hésitations peuvent surgir quant aux études épidémiologiques [10], aux expériences psychologiques et aux expérimentations de cosmétiques et d'additifs alimentaires.

Les recherches épidémiologiques et psychologiques doivent être exclues du champ d'application de la loi du 20 décembre 1988, chaque fois qu'elles consistent uniquement à observer des comportements humains pour en tirer des informations scientifiques. Elles doivent, au contraire,

---

1 Sur cette question cf. JACQUINOT Claude, *Le projet de loi sur l'utilisation des foetus humains*, Gaz.Pal. 30-31 mars 1983, doct. p.140. JACQUINOT Claude, *Illégalité de l'expérimentation sur l'embryon obtenue par fécondation in vitro*, Gaz.pal.1986,1, doct.p.44., MEMETEAU Gérard, *L'expérimentation sur les foetus*, in ACTA 6ème congrès mondial de droit médical, Jus Medicum 1984, T.1, p.173., PEDROT Philippe, *Le statut juridique de l'embryon et du foetus humain en droit comparé*, J.C.P. 1991-3483.

2 "De par sa définition, cette loi ne concerne pas le sujet en état de mort cérébrale (auquel s'applique exclusivement la loi sur les prélèvements d'organes du 27 décembre 1976)", SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, p.47. Voir également, "Ne sont pas concernées les recherches menées sur le corps de personnes décédées, y compris les personnes en état de mort cérébrale dûment constatée (...), ces recherches relèvent d'autres dispositions (loi «Caillavet»).", Ministère des affaires sociales et de l'intégration, *La protection des personnes dans la recherche biomédicale. Guide des textes légilsatifs et réglementaires*, mai 1991, p.7. Contra cf. "Si l'on considère que le sujet en état de «mort cérébrale» n'est pas mort (sic) au sens juridique du terme peut-on le soumettre à des recherches prévues par la loi ? Peut-on appliquer ces recherches aux comateux en général (comas de brève durée, comas prolongés) ? L'étude de la loi permet de donner une réponse affirmative à cette question.", AUBY Jean-Marie, *La loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*, précité, n°14.

3 Sur la question de l'expérimentation sur les produits et substances d'origine humaine détachés de la personne, cf. LABBEE Xavier, *L'expérimentation sur les déchets humains*, L.p.aff. 1993, n°98, p.15. L'auteur reconnaît que ces déchets n'entrent pas dans le champ d'application de la loi du 20 décembre 1988, mais préconise, par respect pour le genre humain, que ces recherches soient soumises "spontanément" au contrôle des C.C.P.P.R.B. "Les raisons qui nous amènent à cette conclusion sont davantage inspirées par l'éthique, que par le droit.", LABBEE Xavier, ibidem, p.17.

4 Ce qui était le seul objet de la proposition initiale, cf. "Proposition de loi relative aux essais chez l'homme de substances à visée thérapeutique ou diagnostique destinées à faire l'objet d'une autorisation de mise sur le marché", Proposition de de loi n°286 (rectifié bis), enregistré à la présidence du Sénat, le 2 juin 1988, déposée par Claude Huriet, Franck Sérusclat et 30 sénateurs.

5 "Les sciences expérimentales veulent agir et étendre leur puissance sur la nature, modifier les phénomènes, en créer d'autres qui n'existent pas.", BERNARD Claude, *Principes de médecine expérimentale*, précité, p.2.

6 Nouveaux traitements chirurgicaux (greffes, implants, prothèses) et non-chirurgicaux (hormones, médicaments, gaz, rayons).

7 En particulier les vaccins et les produits contraceptifs.

8 Nouvelles techniques exploratoires, (endoscopie, artériographie, angiographies etc...), nouveaux moyens d'analyse, (isotopes, biopsies, prélèvements, tests de dépistage, etc...).

9 "La recherche biomédicale inclut donc tous les essais menés pour améliorer la connaissance des maladies, leur prévention et thérapie, dans le cadre général de l'étude de la vie organique et de son développement.", HURIET Claude, *Rapport au nom de la commission des affaires sociales*, Doc. Sénat 1988, n°132, p.17.

10 Les études épidémiologiques portent sur l'analyse des rapports entre la maladie et l'environnement du malade, (mode de vie, climat, profession, alimentation, etc...). cf. par exemple "Avis concernant le recensement des glaucomateux en France et la localisation chromosomique du ou des gènes responsables", CCNE, Avis n°33, 19 janvier 1993.

respecter la loi chaque fois qu'elles entraînent une atteinte à l'intégrité physique ou psychique du sujet dans un but expérimental.

Dans le même sens, Madame GROMB, une spécialiste de la question, peut écrire : "*le domaine psychique paraît tout à fait être dans le champ expérimental, (...). Il est donc permis de penser que toutes les expériences psycho-comportementales entrent dans le champ d'application de la loi. Par contre, les études épidémiologiques, consistant en la collecte de données existantes ont été exclues de son champ d'application, en vertu des modifications apportées par la loi du 23 janvier 1990. En effet, elles n'attentent pas à l'intégrité des individus.*" [1]

Le critère peut être le même dans le domaine cosmétique et alimentaire : l'absence d'atteinte à l'intégrité physique rend inapplicable la loi sur l'expérimentation au profit de la législation spécifique. [2] Le Ministère chargé de la santé adopte ce critère en affirmant que les expérimentations "*sont des actes pouvant porter atteinte à une personne.*" [3]

Quant aux essais médicamenteux dits de phase IV, c'est-à-dire après A.M.M. [4], il ne fait aucun doute qu'ils sont soumis de plein droit aux prescriptions de la loi du 20 décembre 1988. Ces essais dits de phase IV peuvent avoir plusieurs finalités, telles que la pharmacovigilance (identification des effets secondaires, des incompatibilités avec d'autres médicaments etc...) ou la recherche pure (recherche de nouvelles indications ou de nouveaux effets de la molécule déjà sur le marché) et les études post-marketing. [5]

L'analyse du contenu de la loi du 20 décembre 1988 montre que la réglementation des expérimentations devenues licites s'est, d'une part, très largement inspirée des principes classiques concernant l'acte médical ordinaire, ce qui vient démontrer notre analyse des conditions de la justifications des actes médicaux ordinaires ; et d'autre part, qu'elle a institué de nouveaux critères de licéité, ce qui confirme également notre démonstration dans la mesure où il s'agit d'actes expérimentaux : dérogation à l'acte médical ordinaire. C'est pourquoi il convient d'étudier les trois conditions essentielles de justification de tout acte médical, à la lumière de la loi nouvelle autorisant l'expérimentation : la compétence (A), le consentement (B), la finalité (C).

A) L'autorisation d'expérimenter sur l'homme : une compétence médicale

L'expérimentation sur l'homme est un nouvel acte médical qui, comme ses prédécesseurs, porte sur le corps d'un être humain sujet de l'acte, et est accompli par un médecin. "*Les principes juridiques qui président de tout temps à l'intervention médicale sur le corps humain s'appliquent à la recherche biomédicale : d'abord, parce qu'il s'agit, dans les deux cas, de protéger l'être dans son intégrité physique ; ensuite, parce que l'intervention médicale et l'opération de recherche ont des similitudes, à commencer par leur acteur principal commun : le médecin.*" [6]

Les similitudes se prolongent au niveau des conditions de la licéité de ces deux actes. Le législateur confirme sa fidélité au monopole médical (1°) et son attachement à l'omnivalence du

---

[1] GROMB Sophie Dr, *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, précité, pp.171-172.

[2] L'autorisation des produits cosmétiques est régie par les art.L.658-1 à L.658-10 C.S.P. Pour les additifs alimentaires cf. la circulaire du 8 août 1980, (J.O. 25 sept. 1980, p.8544). En ce sens cf. THOUVENIN Dominique, *La loi du 20 décembre 1988 : loi visant à protéger les individus ou loi organisant les expérimentations sur l'homme ?*, précité, n°76, p.99, Mais, contra pour la qualification de recherche biomédicale et l'application de la loi aux produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, cf. AUBY Jean-Marie, *La loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*, précité, n°17.

[3] Ministère des affaires sociales et de l'intégration, *La protection des personnes dans la recherche biomédicale. Guide des textes légilsatifs et réglementaires*, mai 1991, p.7.

[4] De CORDOUE A et LHOSTE F., *Evaluation des médicaments en phase de prescription*, Conc.Méd. 1990, p.1417.

[5] Cf. ABADIE E., ALMERAS J.P., AUDINET P., CHAMPEY Y., HURIET C., MIGNON F. et PORTOS J.L., *La phase IV à la suite de la loi Huriet*, Conc.Méd.1990, p.2333.

[6] GROMB Sophie Dr, *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, précité, n°103, pp.175-176.

diplôme (2°), mais il crée un contrôle préalable du caractère scientifique de la démarche de recherche (3°).

1°) La fidélité au monopole médical

La loi n'a confié à aucun autre professionnel que le médecin, la responsabilité scientifique de pratiquer les recherches biomédicales sur l'être humain. "*Le texte originaire parlait d'un «docteur en médecine». Sur amendement le mot «médecin» a été préféré. Le motif allégué pour cette modification a été que de cette manière, les règles de la déontologie seraient applicables au directeur de la recherche.*" [1]

Seul un médecin régulièrement diplômé peut être un investigateur. [2] "*Les recherches biomédicales ne peuvent être effectuées que : sous la direction et sous la surveillance d'un médecin justifiant d'une expérience appropriée ; dans des conditions matérielles et techniques adaptées à l'essai et compatibles avec les impératifs de sécurité et de rigueur scientifique et de sécurité des personnes qui se prêtent à ces recherches.*" [3]

La participation d'autres chercheurs à l'expérimentation (pharmaciens, biologistes, ingénieurs etc...) est donc subordonnée à la "direction" et à la "surveillance" d'un médecin.

2°) La confirmation de l'omnivalence du diplôme

Tout comme pour l'acte de soins, la loi ne s'attache qu'au titre de médecin sans prendre en compte ni le statut, ni la spécialisation. [4] L'expérimentation est un nouveau signe de l'omnivalence du diplôme de docteur en médecine.

Cela entraîne d'une part, que des recherches pour être licites ne peuvent pas être conduites par un non-médecin à titre d'investigateur et d'autre part, que le non-médecin qui dirigerait de telles recherches serait l'auteur d'un acte d'exercice illégal de la médecine puisqu'il accomplirait un des actes que la loi a réservé expressément au monopole des médecins. [5]

Le médecin est le seul professionnel compétent pour soigner autrui, il est devenu de surcroît le seul compétent pour expérimenter sur autrui. [6]

Ce médecin, sans qu'aucune spécialisation ne soit imposée, doit cependant pouvoir justifier "d'une expérience appropriée". Ce qui permet de renforcer la responsabilité selon les règles ordinaires. [7]

3°) La démarche scientifique et son contrôle préalable

La loi impose le respect d'une démarche scientifique irréprochable en exigeant que toute expérimentation sur l'homme soit l'ultime phase d'une sérieuse recherche scientifique préalable [8] et qu'elle soit scientifiquement nécessaire et utile à l'humanité. "*Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain : - si elle ne se fonde pas sur le dernier état des connaissances*

---

1 CHABAS François, *La loi sur les essais thérapeutiques*, La revue du praticien - médecine générale, 16 oct. 1989, n°72, p.119.

2 "La personne physique ou morale qui prend l'initiative d'une recherche biomédicale sur l'être humain est dénommée ci-après le promoteur. La ou les personnes physiques qui dirigent et surveillent la réalisation de la recherche sont dénommées ci-après les investigateurs.", art.L.209-2, al.4 C.S.P.

3 Art.L.209-3, al.1 et al.2 C.S.P.

4 Pour les particularités du statut de praticien-hospitalier investigateur lorsque le promoteur est un établissement public hospitalier, cf. AUBY Jean-Marie, *Les recherches biomédicales à l'hôpital public*, R.F.A.S. 1991, n°1, *Bioéthique et droit. De nouveaux défis*, p.41.

5 Art. L.372 C.S.P.

6 Ce nouveau pouvoir s'explique surtout pas des raisons de sécurité. "La présence du médecin est une garantie de sécurité, ce qui veut dire qu'il devra, le cas échéant, mettre en oeuvre tout son savoir pour rétablir la santé du sujet.", GROMB Sophie Dr, *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, précité, n°103, p.176.

7 Cf. supra 1ère Partie, Titre 1, le souhait de compétence renforcée, p.49.

8 "La condition d'essai préalable sur l'animal avait été expressément prévue ; elle a été écartée, de telles expérimentations précliniques pouvaient se révéler sans utilité.", CHABAS F., *La loi sur les essais thérapeutiques*, précité, n°72, p.116.

scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante, (...) - si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition." [1] C'est l'illustration juridique du principe selon lequel ce qui n'est pas scientifique n'est pas éthique. Aujourd'hui, en matière d'expérimentation, ce qui n'est pas scientifique est illicite.

Cette exigence légale rappelle la notion créée par la jurisprudence en matière d'acte de soins : la condition de "soins conformes aux données actuelles de la science". [2] Mais l'originalité de cette exigence légale est d'avoir conçu un contrôle a priori, par la procédure de l'examen de tout protocole de recherche par un Comité Consultatif de Protection des Personnes dans la Recherche Biomédicale, chargé de donner un avis [3] et par l'information du ministre de la santé qui peut interdire la recherche. [4]

La loi impose également un cadre scientifique pour toute expérimentation licite. *"Les recherches biomédicales ne peuvent être effectuées que : (...) dans des conditions matérielles et techniques adaptées à l'essai et compatibles avec les impératifs de rigueur scientifique et de sécurité des personnes qui se prêtent à ces recherches."* [5]

Contrairement au droit commun, l'acte expérimental est donc analysé avant sa réalisation afin de juger de sa pertinence et de sa qualité scientifique. Le législateur semble avoir voulu éviter à l'avenir l'expérimentation-alibi, celle qui est pratiquée dans un autre but que strictement scientifique. *"Cette utilité de l'expérience est une des conditions sine qua non de sa validité (...), l'étape expérimentale doit être ultime et irremplaçable ; il ne s'agit pas d'expérimenter pour le plaisir, mais de contribuer au progrès scientifique par un moyen indispensable."* [6]

B) L'affirmation du principe du volontariat et l'exigence du consentement

La loi du 20 décembre 1988 a intégré les réflexions et avis d'ordre éthique qui préconisaient, depuis le procès de Nüremberg, de n'expérimenter que sur des sujets volontaires. Cette reconnaissance légale de l'obligation préalable de recueillir un consentement libre et éclairé en matière d'expérimentation a pour principal intérêt d'exprimer précisément et de compléter ce qui est déjà exigible pour tout acte médical licite selon la permission tacite de la loi (1°). Les dérogations légales au principe sont également issues du droit commun de l'acte médical (2°).

1°) La reconnaissance légale de l'exigence d'un consentement libre, éclairé et exprès du sujet

La loi de 1988 confirme l'exigence traditionnelle d'un consentement libre et éclairé pour tout acte médical (a). Les deux innovations contenues dans la loi portent sur le caractère exprès (b) et sur la nature des informations transmises (c).

a) Un critère "classique" : le consentement libre et éclairé

Conformément à ce qui est affirmé pour tout acte médical, le médecin doit avant toute intervention obtenir du sujet un consentement libre, éclairé et exprès. *"Préalablement à la réalisation d'une recherche biomédicale sur une personne, le consentement libre, éclairé et exprès de celle-ci doit être recueilli (...). Il informe la personne dont le consentement est sollicité de son*

---

[1] Art. L.209-2 C.S.P. Le caractère scientifique est encore renforcé par l'exigence d'un personnel et de locaux adaptés, cf. art. L.209-3 C.S.P.

[2] Cf. supra 1ère Partie, Titre 2, la qualité de l'acte.

[3] Art. L.209-12. C.S.P. Sur ce point cf. GAUDEMET Yves, *Les comités consultatifs de protection des personnes dans la recherche biomédicale (CCPPRB) - le bilan juridique*, J.C.P. 1993-I-3563.

[4] Sur le contenu de la lettre d'intention adressée au ministre cf. Décret n°90-872 du 27 septembre 1990, art.R.2032 à 2037 C.S.P.

[5] Art. L.209-3 al.3, C.S.P.

[6] GROMB Sophie Dr, *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, précité, n°100, p.171.

droit de refuser de participer à une recherche ou de retirer son consentement à tout moment sans encourir aucune responsabilité." [1]

Il s'agit à l'évidence de l'expression de la volonté du sujet déjà exigée par le droit commun chaque fois qu'un médecin envisage de pratiquer un acte médical susceptible de porter atteinte à l'intégrité physique d'un malade pour le soigner. Ce consentement est en tout point équivalent [2] à l'assentiment à n'importe quel acte médical. Il doit être libre [3], éclairé et peut être retiré librement. [4]

L'information doit être individuelle et non uniquement collective. *"C'est dans le cadre du colloque singulier médecin-malade qui caractérise l'activité habituelle de nos confrères que l'information doit légitimement passer."* [5]

b) Un caractère nouveau : le consentement exprès

Si les règles fondamentales sur l'exigence d'un consentement libre et éclairé sont directement inspirées du droit commun, la loi du 20 décembre 1988 a néanmoins amélioré la prise en compte de la volonté du sujet de l'activité médicale. En édictant l'obligation de recueillir un consentement exprès la loi a précisé : *"le consentement est donné par écrit ou, en cas d'impossibilité, attesté par un tiers. Ce dernier doit être totalement indépendant de l'investigateur et du promoteur."* [6]

La consentement exprimé par écrit n'est jamais obligatoire pour l'acte médical ordinaire même pour les opérations les plus graves ou les interventions les plus mutilantes. Les seuls cas dans lesquels la loi a instauré l'obligation d'un écrit sont, le fait n'est pas neutre, les autres hypothèses d'éloignement du but curatif, à savoir l'avortement et le prélèvement d'organes *in vivo.* [7]

Cette exigence d'un écrit modifie largement la pratique des expérimentations à but curatif ou innovation thérapeutique, car l'échange imposé par la loi d'un document informatif (descriptif de l'expérimentation) contre un document d'acceptation (consentement à l'expérimentation) est une démarche nouvelle. Auparavant, dans les services où l'on essayait de nouvelles molécules contre le cancer, par exemple, il n'était pas besoin d'échanger des documents, le consentement verbal aux soins suffisait à satisfaire les conditions de la permission tacite de la loi. Aujourd'hui, l'investigateur doit informer les soignés que l'acte de soin est expérimental et ceux-ci doivent accepter d'y adhérer par un écrit.

La loi contient une autre nouveauté en matière de consentement : *"le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit également être recherché lorsqu'il est apte à exprimer sa volonté. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement."* [8] Ce qui signifie qu'il est impossible d'expérimenter sur un enfant ayant atteint l'âge de raison et qui s'y refuse. Nul ne peut

---

1 Art. L.209-9 C.S.P.

2 Certains critiquent le terme de consentement en affirmant qu'il s'agit d'un accord qui ressemble au consentement : "Un consentement, en principe, lie et engage ; or, celui de la loi du 20 décembre 1988 n'engage pas.", THOUVENIN Dominique, *La loi du 20 décembre 1988 : loi visant à protéger les individus ou loi organisant les expérimentations sur l'homme ?*, précité, n°17, p.91, note 8.

3 L'ensemble des dispositions sur la gratuité et la non-rémunération vise en particulier à prévenir le risque de pressions financières sur le consentement. Art.L.209-8 et L.209-15 à L.209-17 C.S.P.

4 Cf. supra 1ère Partie, Titre 1, le consentement à l'acte médical.

5 VASMANT D., *La recherche clinique : quand et comment en parler ?*, La lettre du pharmacologue, juin 1993, vol.7, n°6, p.154.

6 Art. L.209-9 al.5 C.S.P. La seule dérogation au consentement exprimé par écrit est l'urgence. "Toutefois, en cas de recherches biomédicales à mettre en oeuvre dans des situations d'urgence qui ne permettent pas de recueillir le consentement préalable de la personne qui y sera soumise, le protocole présenté à l'avis du comité instauré par l'article L.209-11 du présent code peut prévoir que le consentement de cette personne ne sera pas recherché et que seul sera sollicité celui de ses proches s'ils sont présents, dans les conditions prévues ci-dessus. L'intéressé sera informé dès que possible et son consentement lui sera demandé pour la poursuite éventuelle de cette recherche.", art..209-9 al.6 C.S.P.

7 La jurisprudence a parfois estimé nécessaire qu'un refus de consentement soit exprimé par écrit,.cf. supra 1ère Partie, Titre 1, le consentement.

8 Art.L.209-10 C.S.P.

passer outre son refus, quand bien même il s'agirait d'expérimentations à but curatif, sur un adolescent leucémique par exemple. [1]

c) La définition légale des informations à transmettre au sujet de l'expérimentation

La loi de 1988 apporte une autre innovation par rapport au droit commun de l'acte médical : elle consiste à préciser la nature de l'information qui doit être fournie préalablement au sujet. "*(...) après que l'investigateur, ou un médecin qui le représente, lui a fait connaître : - l'objectif de la recherche, sa méthodologie et sa durée ; - les bénéfices attendus, les contraintes et les risques prévisibles, y compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme ; - l'avis du comité mentionné à l'article L.209-12 du présent code. (...) Les informations communiquées sont résumées dans un document écrit remis à la personne dont le consentement est sollicité.*" [2]

La loi interfère dans le colloque singulier qui lie le médecin au sujet de l'acte médical pour imposer une obligation d'information détaillée, qui plus est par écrit. La loi enrichit en l'occurence l'obligation de fournir "*une information simple, intelligible et loyale*" exigée par la jurisprudence en matière d'acte médical "classique". Cette procédure n'a d'équivalent qu'en matière de consentement à l'I.V.G. [3]

Mais les conditions de dérogation à l'exigence d'un consentement libre, éclairé et exprès sont, par contre, exactement les mêmes qu'en matière d'acte de soins.

2°) L'application des règles classiques de dérogation à l'obligation de recueil du consentement personnel

Lorsque l'expérimentation est une forme particulière d'acte de soins, c'est-à-dire en cas d'innovation thérapeutique, la loi prévoit que, par dérogation, certaines informations peuvent être dissimulées au malade. "*A titre exceptionnel, lorsque dans l'intérêt d'une personne malade le diagnostic de sa maladie n'a pu lui être révélé, l'investigateur peut, dans le respect de sa confiance, réserver certaines informations liées à ce diagnostic. Dans ce cas, le protocole de la recherche doit mentionner cette éventualité.*" [4]

Cette rétention d'information est contraire au devoir de vérité dont nous avons appelé la reconnaissance. [5] Elle s'imposait dès lors que le droit contemporain permet que l'on ne dise pas à un malade qu'il est atteint d'un cancer, par exemple, il est expressément autorisé d'employer une stratégie thérapeutique expérimentale sans préciser au malade-sujet qu'il est intégré dans un protocole de recherches anticancéreuses. Le contrôle préalable des protocoles est censé limiter ce type de dérogation à l'exigence d'un consentement éclairé.

Concernant les exceptions au principe du consentement personnel du sujet de l'acte accompli par le médecin sur son corps, la loi du 20 décembre 1988 connaît, conformément au droit commun, deux catégories de dérogations. Il s'agit des incapables de fait ou de droit, et de l'urgence. [6] La loi n'a pas dérogé au principe du protecteur naturel en confiant aux titulaires de l'autorité parentale

---

1 Seule la loi du 22 décembre 1976 sur le prélèvement d'organes in vivo avait prévu le cas du refus incontournable du mineur, encore ne s'agissait-il jamais d'un acte utile pour sa santé.

2 Art.L.209-9 C.S.P.

3 Obligation de remise d'un dossier-guide à la candidate à l'avortement. Art. L.162-3 C.S.P. La différence est que le dossier guide renferme surtout des informations sur les solutions de substitution à l'avortement alors que le document remis par l'investigateur doit porter sur l'acte expérimental lui-même.

4 Art.L.209-9 al.4, C.S.P.

5 Cette exception au devoir d'information du malade que l'on peut qualifier de permission de mensonge médical n'est licite que dans l'intérêt du sujet. C'est un mensonge à but curatif ! Cf. supra 1ère Partie, Titre 1, le consentement éclairé.

6 Cf. infra 2ème Partie, Titre 2, l'acte médical accompli sur le mineur (p.434) l'acte médical accompli sur l'incapable (p.463) et s.et l'acte médical urgent, infra 2ème Partie, Titre 3, p.485 et s.

(pour l'expérimentation sur le mineur) ou au tuteur (en cas d'expérimentation sur un majeur sous tutelle), le pouvoir de consentir en lieu et place du sujet intéressé personnellement par l'intervention du médecin. [1]

Comme pour l'acte médical ordinaire, le médecin doit avoir recours au consentement d'un tiers pour pallier l'incapacité de droit. Lorsqu'il s'agit d'une incapacité de fait, en raison de l'urgence et de l'impossibilité dans laquelle se trouve le sujet d'exprimer sa volonté, la loi prolonge les règles de droit commun en organisant le recueil du consentement des "proches". [2] Les deux questions fondamentales suscitées par cette théorie des protecteurs naturels restent donc identiques pour l'investigateur et pour le médecin-traitant : qui sont les proches et sont-ils toujours les meilleurs garants de l'intérêt du sujet ? [3]

C) La finalité diversifiée

La loi distingue les recherches biomédicales en fonction de leur finalité. "*Les recherches biomédicales dont on attend un bénéfice direct pour la personne qui s'y prête sont dénommées recherches biomédicales avec bénéfice individuel direct. Toutes les autres recherches, qu'elles portent sur des personnes malades ou non, sont dénommées sans bénéfice individuel direct.*" [4] Le principal intérêt de la loi du 20 décembre 1988 est d'autoriser deux catégories de recherches, les expérimentations thérapeutiques (avec B.I.D.) et les expérimentations non-thérapeutiques (sans B.I.D.).

Or, en distinguant ces deux catégories de recherches, la loi a donné un certain nombre de critères qui sont transposés du droit commun de l'acte médical. Elle a en particulier utilisé ce que l'on étudie généralement comme la notion de but curatif ou de finalité thérapeutique et introduit expressément le principe classique de la raison proportionnée (1°). La loi du 20 décembre 1988 a, par ailleurs, apporté la permission expresse d'accomplir certains actes sans utilité thérapeutique (2°).

1°) Une définition du but curatif proche de celle admise à propos de la permission tacite de la loi

Pour introduire une différenciation entre recherches avec B.I.D et sans B.I.D., la loi a employé les notions précédemment exprimées en matière de justification des actes de soins. Pour définir les expérimentations thérapeutiques, la loi a repris la condition d'utilité personnelle directe (a) et confirmé la condition appelée "raison proportionnée" (b).

a) La référence à l'utilité thérapeutique personnelle et directe

La rédaction initiale de la loi du 20 décembre 1988 faisait mention de la notion de "*finalité thérapeutique directe*". Elle a été modifiée par la loi du 23 janvier 1990 qui lui a substitué la notion de "*bénéfice direct pour la personne*". Certains observateurs avaient relevé, en effet, qu'une

---

[1] Art. L.209-10 C.S.P.

[2] Art.L.209-9 al.5 C.S.P.

[3] Cf les critiques portées contre la dérive de la tutelle aux biens vers la tutelle à la personne par FOSSIER Thierry et HARICHAUX Michèle, *La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical*, R.T.D.soc. 1991, p.1. En matière de recherches biomédicales ces auteurs préconisent d'extrapoler le régime applicable au majeur sous tutelle en sollicitant le représentant légal de l'incapable : "Les dispositions étant limitées au majeur en tutelle, on peut en déduire que des recherches biomédicales sont possibles sur les majeurs en curatelle et sous-sauvegarde de justice, (...) le consentement du représentant légal s'impose pour les majeurs en curatelle sinon pour les majeurs sous sauvegarde de justice.", p.11.

[4] Art.L.209-1 al.2 C.S.P. Pour un exemple de polémique sur le "on" de l'expression : "les recherches biomédicales dont on attend un bénéfice direct pour la personne qui s'y prête", cf. DEMAREZ J.P. qui pense que c'est au seul promoteur de déterminer si les recherches présentent ou non un B.I.D. Contra "A cette version nous en opposerons une autre : l'existence d'un BID découle uniquement de la nature de la recherche, et doit être appréciée à l'aide d'éléments simples par toute personne en ayant la compétence", LACHAUX Bernard, LIEVRE Michel et LEMOINE Patrick, *La recherche biomédicale : entre "on-dit" et non-dit*, La lettre du pharmacologue mars 1993, vol.7, n°3, p.51.

recherche pouvait avoir une finalité thérapeutique mais qu'elle pouvait être pratiquée sur un sujet pour lequel cette expérimentation n'avait aucun intérêt thérapeutique. L'adjectif thérapeutique pouvait être rattaché à la recherche ou au sujet.

C'est pourquoi la loi du 23 janvier 1990 précise "*les recherches dont on attend un bénéfice direct pour la personne qui s'y prête sont dénommées recherches biomédicales avec bénéfice individuel direct.*" Or, cette notion vise exactement la finalité que le droit commun exige de tout acte médical.

Lorsque la doctrine ou la jurisprudence justifient pénalement par l'existence d'une permission tacite de la loi le médecin qui agit dans un but curatif, cela désigne l'acte médical accompli au bénéfice individuel direct du soigné. C'est ce que nous avons qualifié d'utilité personnelle pour la santé du malade. [1]

Dans le cas d'expérimentation, comme dans le cas d'un acte médical ordinaire, le but curatif s'oppose au bénéfice d'un tiers et au bénéfice indirect pour la santé. L'expérimentation avec bénéfice individuel direct est celle qui apporte une utilité à la santé personnelle du sujet-soigné : c'est une expérimentation à but curatif.

b) Une consécration dans la loi du principe de la raison proportionnée

Le droit commun affirme que la licéité d'un acte médical repose, outre son utilité pour la santé du soigné, sur le fait que les avantages espérés dépassent les risques encourus.

Ce principe de proportionnalité figure intégralement dans la loi sur l'expérimentation humaine. "*Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain : (...) - si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de la recherche.*" [2]

Le respect de la proportionnalité avantage/risque est un des facteurs de licéité de l'acte médical qui est étendu à la licéité de l'expérimentation. "*Même dans un acte thérapeutique, dont le but est licite et moral, l'irrespect de la raison proportionnée rendrait l'acte illégal. Dans l'acte de recherche, à plus forte raison, il ne suffit donc pas que la cause soit licite : le médecin ne doit pas faire courir au patient un risque hors de proportion avec le profit escompté.*" [3]

Il n'est d'ailleurs pas surprenant que les recherches à but curatif soient régies par des règles très proches de celles appliquées couramment pour juger de la licéité des actes médicaux ordinaires, car l'acte curatif expérimental est d'abord un acte de soins avant d'être un acte de recherche. L'innovation thérapeutique est un traitement, certes extraordinaire, mais c'est un acte médical à titre principal qui est accessoirement utile pour la science médicale.

Si la loi du 20 décembre 1988 s'est nettement inspirée du droit commun concernant les actes médicaux, elle a subsidiairement bouleversé les règles ordinaires en créant de nouveaux critères de licéité de l'acte expérimental.

2°) L'innovation fondamentale : la licéité d'un acte médical non-curatif

Après la loi du 17 janvier 1975 sur l'avortement et la loi du 22 décembre 1976 sur les prélèvements d'organes, la loi du 20 décembre 1988 est la troisième grande loi de santé publique ayant autorisé l'accomplissement par un médecin d'un acte n'ayant pas un but curatif. "*Dorénavant,*

---

[1] Cf.supra 1ère Partie, Titre 2, le but curatif.
[2] Art.L.209-2 C.S.P.
[3] GROMB Sophie Dr, *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, précité, n°103, p.176.

avec la loi du 20 décembre 1988, l'expérimentation sur l'être humain sans qu'il y ait nécessairement un intérêt direct pour le sujet d'expérience a cessé d'être illicite." [1]

En organisant la réalisation de recherches sans bénéfice individuel direct tant sur le malade que sur le "volontaire-sain", la loi a bouleversé les règles ordinaires de licéité de l'activité médicale.

Parce que l'avortement peut, à la limite, être parfois considéré comme un acte de soins de la femme en état de détresse, parce que le prélèvement d'organes vise presque toujours à sauver une vie humaine, les précédentes autorisations légales de pratiquer un acte non-curatif n'avaient pas révolutionné le droit médical.

La loi autorisant les expérimentations humaines sans but curatif perturbe l'édifice construit par le droit commun de l'acte médical car elle reconnait pour la première fois que l'intérêt général de la santé publique justifie certains sacrifices corporels particuliers. *"Il ne s'agira pas, comme dans un acte de soins, de faire courir à un patient un risque en proportion du bénéfice escompté pour lui-même. L'essai sans but thérapeutique fait courir un risque à un individu, mais au profit de la collectivité et de l'intérêt général."* [2]

En cela, la loi du 20 décembre 1988 est de nature sacrificielle. Le sacrifice est toutefois totalement interdit pour les personnes privées de leur liberté [3], et fortement limité pour les femmes enceintes ou qui allaitent [4], ainsi que pour les mineurs, majeurs sous tutelle et toutes les personnes hospitalisées. [5]

La seconde grande innovation découle de l'autorisation de pratiquer des expérimentations sans but curatif, elle consiste à instituer des règles de protections différentes selon les catégories de sujets.

La définition légale des conditions de licéité de l'expérimentation licite est encore valorisée par l'édiction d'un système de répression des expérimentations illicites.

§2) La répression pénale des expérimentations illicites

Le choix social de légiférer pour donner un statut à l'expérimentation a un sens sociologique autant que juridique. C'est la loi, norme supérieure, qui déclare ce qui est licite et ce qui est illicite. *"On pourrait imaginer que le droit abandonne le terrain en faveur de formes de contrôle professionnelles et scientifiques. Une telle approche respecterait le savoir professionnel d'une façon absolue. Autrement dit, l'individu et la société se livreraient totalement à la communauté scientifique. Une telle solution corporaliste n'est pas conforme aux principes de la participation démocratique exigeant que les normes soient définies par le législateur."* [6]

Contrairement à la réglementation sur les prélèvements d'organes, la législation sur les expérimentations a prévu un certain nombre de sanctions pénales à l'appui du respect des conditions légales de toute recherche biomédicale licite. *"La loi du 20 décembre 1988 permet d'établir clairement, sur le plan juridique, l'autorisation de faire des recherches sans visée thérapeutique directe, qu'il s'agisse de sujet sain ou qu'il s'agisse de sujet malade, (...). La loi comporte des sanctions ; par conséquent, elle a les moyens juridiques de se faire appliquer, ce qui, auparavant,*

---

1 SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, p.47.

2 GROMB Sophie Dr, *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, précité, n°99, p.170.

3 "Les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative ne peuvent être sollicitées pour se prêter à des recherches biomédicales que s'il en est attendu un bénéfice direct et majeur pour leur santé.", art.L.209-5 C.S.P. Sont donc exclus les détenus, qu'ils soient prévenus ou condamnés, les malades mentaux, alcooliques dangereux et vénériens hospitalisés sans leur consentement. cf. infra. 2ème Partie, Titre 2, l'hospitalisation non-consentie, p.448 et s.

4 Art.L.209-4 C.S.P., La possibilité d'expérimenter sur la femme enceinte constitue donc la possibilité d'expérimenter sur le foetus in utero, alors que l'expérimentation sur le foetus in vitro est pour l'heure illicite.

5 Art. L.209-6 C.S.P. La loi exige la réunion de trois conditions d'absence de risque sérieux, d'identité de population-bénéficiaire et de population-sujet, de subsidiarité.

6 JUNG Heike, *L'expérimentation sur les êtres humains. Réflexions d'un juriste allemand*, R.S.C. 1991, p.38.

même avec un code d'honneur ou de bonnes pratiques cliniques, pouvait éventuellement être bafoué sans vergogne." [1]

Des incriminations spécifiques visent à garantir l'observation des prescriptions de la loi sous peine de sanctions pénales dont le rôle est ici plus dissuasif que répressif (A), celles-ci ne font pas disparaître les incriminations générales qui restent applicables (B).

A) Les sanctions spéciales spécifiques à la violation des conditions de licéité de l'expérimentation

La loi a introduit dans le Code de la santé publique plusieurs dispositions répressives (1°). Récemment, la principale a même été symboliquement transférée dans le nouveau Code pénal (2°).

1°) Les incriminations contenues dans la loi du 20 décembre 1988

Le Titre V de la loi du 20 décembre 1988 est entièrement consacré aux "sanctions pénales". Ces nouvelles infractions sont des délits correctionnels qui entraînent pour l'auteur d'expérimentations illicites le risque d'être condamné par un tribunal correctionnel à des peines d'emprisonnement et/ou d'amende.

L'infraction la plus grave consiste à pratiquer ou faire pratiquer une expérimentation sans avoir recueilli le consentement exigé par la loi. Comportement auquel est assimilé le fait d'expérimenter sur les sujets particulièrement protégés (femmes enceintes, détenus, mineurs, majeurs protégés) sans respecter les conditions légales. [2]

L'auteur principal de l'infraction sera généralement l'investigateur qui pratique l'expérimentation qu'il dirige et surveille. Le promoteur qui ferait pratiquer des expérimentations illicites serait qualifié de coauteur. Quant aux personnes qui facilitent consciemment le déroulement d'une recherche biomédicale infractionnelle, elles s'exposent à être poursuivies pour complicité. Pourraient être, par exemple, inclus dans cette catégorie, le directeur de l'établissement, les autres médecins impliqués dans le protocole ou le pharmacien qui délivre les produits [3], pour peu qu'ils soient informés du caractère illégal de la recherche dont ils facilitent l'exécution.

Les autres incriminations visent à assurer le respect de la procédure et des formalités administratives exigées par la loi. Est donc déclaré punissable d'un an d'emprisonnement, le fait d'expérimenter : sans avoir demandé ou attendu l'avis du comité de protection des personnes ou après que les recherches aient été interdites par le ministre de la santé ou en ne respectant pas les obligations techniques sur l'équipement des lieux de la recherche. [4] Le non-respect de l'obligation d'assurance par le promoteur est punissable de six mois d'emprisonnement. [5]

---

[1] MICHAUD Jean, PIERSON Michel et THOUVENIN Dominique, *Richesse et complexité d'une loi - Loi Huriet/Sérusclat*, R.F.A.S. 1991, n°1, *Bioéthique et droit. De nouveaux défis*, p.19.

[2] "Est puni d'une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 12000 F à 200 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque aura pratiqué ou fait pratiquer sur l'être humain une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement prévu par les articles L.209-9 et L.209-10 du présent code, ou lorsqu'il aura été retiré. Est punie des peines prévues à l'alinéa précédent toute personne qui aura pratiqué ou fait pratiquer une recherche biomédicale en infraction aux dispositions des articles L.209-4 à L.209-6 et du dernier alinéa de l'article L.209-9.", art.L.209-19 C.S.P. La loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 (J.O. 23 déc. 1992, p.17568), dite loi d'adaptation, a modifié, par son art. 220, les pénalités qui passent à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 F d'amende.

[3] Dans les établissements publics et privés, le pharmacien a le monopole de la détention et de la dispense des produits, substances et médicaments utilisés dans le cadre d'une recherche biomédicale. Art. L.577 ter C.S.P. En pratique, un auteur décrit quatre cas de figure quant au respect de l'obligation légale de dispensation nominative, la non-application de la loi, la pseudo-application de la loi, l'application stricte de la loi, l'application élargie de la loi. cf. THUILLIER Alain, *Ethique médicale et pharmaciens*, R.F.A.S. 1991, n°1, *Bioéthique et droit. De nouveaux défis*, p.62.

[4] Art.L.209-20 C.S.P.

[5] Art.L.209-21 C.S.P.

Le législateur a tenu symboliquement à introduire dans le nouveau Code pénal la preuve de sa préoccupation pour les expérimentations humaines. Il nous faut étudier comment se coordonnent les dispositions du Code de la santé publique et le nouveau Code pénal.

2°) Les incriminations spécifiques contenues dans le Nouveau Code pénal

Dans le Titre 2, "*Des atteintes à la personne humaine*", Chapitre III, "*De la mise en danger de la personne*", le nouveau Code pénal contient une Section IV intitulée : "*De l'expérimentation sur la personne humaine*", elle-même composée de deux articles. Le premier est une reprise quasi-intégrale de l'incrimination principale de la loi du 20 décembre 1988 qui punit une recherche effectuée sans le consentement du sujet. [1] "*Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur dans les cas prévus par les dispositions du Code de la santé publique est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300000 F d'amende. Les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche biomédicale est pratiquée alors que le consentement a été retiré.*" [2]

Le maximum de l'emprisonnement encouru est inchangé, il est de 3 ans, mais la peine d'amende est plus sévère dans le nouveau Code pénal, 300 000 F au lieu de 200 000 F. En vertu des règles ordinaires de comparaison de la sévérité des infractions pénales, il faut en conclure que le nouveau Code pénal aggrave la répression de l'infraction d'expérimentation en violation des règles sur le consentement du sujet. [3] Ce qui signifie qu'en cas de comportement fautif, susceptible de tomber à la fois sous le coup de l'article L. 209-19 du Code de la santé publique et de l'article 223-8 du nouveau Code pénal, ce dernier serait seul applicable, en vertu de la règle selon laquelle les faits doivent être qualifiés sous leur plus haute acception pénale. [4]

Le nouveau Code pénal précise dans un second article que les personnes morales peuvent être pénalement responsables de l'infraction d'expérimentation en violation des règles sur le consentement du sujet. [5] Un établissement, comme un hôpital public ou un laboratoire privé, pourra donc être pénalement condamné à une peine d'amende atteignant 1 500 000 F, en cas de non-respect de l'obligation de recueillir un consentement libre, éclairé et exprès. [6]

Sur le fond, la création de cette incrimination apporte à l'analyse pénale de l'acte accompli par un médecin deux nouveautés.

La première est de révéler une préoccupation très importante du législateur pour la protection du consentement de la personne qui remet son corps entre les mains des praticiens. [7] L'autonomie de la volonté, dont on sait le pouvoir limité en droit pénal, trouve ici une consécration puisque le non-recueil du consentement du sujet d'expérimentation est, dans le nouveau Code pénal, punissable des mêmes peines que l'homicide par imprudence. [8]

Est autant fautif celui qui tue par accident que celui qui expérimente sans consentement, cette comparaison est riche de sens lorsque l'on se remémore les positions doctrinales qui nient la

---

1 L'identité d'incrimination est totale en ce qui concerne le non-recueil du consentement prévu par la loi du 20 décembre 1988. L'article L.209-19 étend cependant l'incrimination au non-respect d'autres conditions de la licéité des recherches sur les personnes particulièrement protégées (telles que la symétrie du groupe sujet et du groupe-destinataire pour l'expérimentation sur la femme enceinte ou le mineur).

2 Art.223-8 N.C.pén.

3 "De même nature et de même espèce, les peines comparées se différencieront par leur longue durée, ou leur taux plus ou moins élevé.", MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°246, p.334.

4 Cette solution a été adoptée par la loi d'adaptation dans son art. 219. Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 (J.O. 23 déc. 1992, p.17568). Le C.S.P. cite en les reproduisant les art. du N.C.pén.

5 Art.223-9 N.C.pén.

6 Art.131-38 N.C.pén. L'amende correctionnelle est quintuplée lorsqu'elle s'applique à une personne morale.

7 "A mon avis, le principe du consentement érige, du point de vue de l'individu, la meilleure barrière contre l'infraction et la manipulation.", JUNG Heike, *L'expérimentation sur les êtres humains. Réflexions d'un juriste allemand*, précité, pp.40-41.

8 Art.221-6 N.C.pén.3 ans d'emprisonnement, (3 mois à 2 ans d'emprisonnement art.319 C.pén.)

possibilité de répression pénale de l'acte médical "ordinaire" pratiqué sans le consentement libre et éclairé du soigné. [1]

Le deuxième apport de l'incrimination de l'art. 223-8 N.C.pén. est de permettre les poursuites pénales contre un médecin, en raison de l'illicéité de l'acte médical entrepris, en l'absence de tout préjudice subi par la victime. Le droit pénal retrouve ici son rôle normatif principal, indépendamment de tout souci indemnitaire. La loi pénale définit le licite qu'elle autorise et l'illicite qu'elle permet de sanctionner.

Faut-il conclure de l'existence de ces incriminations spécifiques que le droit pénal commun n'est plus applicable, c'est-à-dire que les lois spéciales écartent l'applicabilité de la loi pénale générale ? Autrement dit peut-on parler de dépénalisation de l'expérimentation sur l'homme comme le font certains auteurs : "*Quels sont les points forts de la nouvelle législation ? (...) La dépénalisation de la recherche cognitive sur l'être humain qui permet aux médecins de ne plus être des hors-la-loi.*" [2] Notre analyse des principes de la responsabilité et de la justification pénale l'exclut.

B) L'applicabilité des incriminations générales en cas de non-respect de la loi

Il est important de discuter l'idée selon laquelle la loi du 20 décembre 1988 a dépénalisé les faits d'expérimentations (1°), avant d'exposer les conséquences d'une expérimentation illicite au regard des incriminations pénales générales (2°).

1°) Discussion sur l'emploi du terme de "dépénalisation"

Le terme de dépénalisation peut avoir deux sens différents : un sens large et un sens strict.

Au sens strict, il signifie qu'un comportement auparavant prohibé par la loi pénale est expressément ou tacitement exclu du champ de la répression par la volonté du législateur qui supprime l'élément légal de l'infraction. Il s'agit alors d'une désincrimination ou d'une décriminalisation, antonymes de la notion d'incrimination. [3]

On aurait pu parler de dépénalisation, au sens strict, si le Code pénal avait spécialement incriminé l'expérimentation sur l'homme et si la loi du 20 décembre 1988 avait supprimé cette infraction, or, ce n'est pas le cas.

Nous avons vu précédemment que l'expérimentation sur l'homme avait été traitée pénalement par la jurisprudence selon les règles de licéité ordinaire des actes accomplis par les médecins sur le corps humain. Les juges ont qualifié les comportements soumis à leur analyse à la lumière des incriminations classiques et générales du Code pénal pour distinguer ensuite les expérimentations licites, c'est-à-dire celles qui étaient justifiées par la permission tacite de la loi.

La licéité des expérimentations dépendait de la vérification des critères classiques de justification des actes médicaux, la compétence, le consentement, le but curatif.

Il n'y avait pas d'infraction spécifique, il n'y a pas eu de dépénalisation.

La dépénalisation au sens large est : "*l'opération qui consiste à soustraire un agissement à la sanction du droit pénal.*" [4] On peut alors affirmer que la loi du 20 décembre 1988 a entraîné une dépénalisation, au sens large, de certains faits d'expérimentations.

---

[1] Cf. supra 1ère Partie, Titre 1, le consentement.

[2] GROMB Sophie, *La recherche biomédicale sur l'être humain en droit français*, Gaz.pal. 14-16 juin 1992, n°166-168.

[3] Pour une utilisation des termes de dépénalisation et de décriminalisation, (comme synonymes) cf. MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°9, p.37.

[4] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Dépénalisation*, p.257.

La loi du 20 décembre 1988 n'a supprimé aucune infraction pénale, au contraire, puisqu'elle a créé plusieurs incriminations originales. Mais cette loi a autorisé certains comportements qui auparavant, en l'absence de fait justificatif, pouvaient tomber sous le coup de la loi pénale.

C'est le cas en particulier de l'expérimentation sans but curatif, encore appelée recherche biomédicale à but purement cognitif. Le législateur n'a pas diminué la sphère d'application des incriminations pénales, il a étendu la sphère de justification pénale au bénéfice de certains comportements. La frontière de la licéité était imprécise, en raison des incertitudes concernant la permission tacite de la loi qui justifie les atteintes à l'intégrité commises à l'occasion d'actes médicaux. La loi du 20 décembre 1988 a apporté des précisions en autorisant expressément et sous conditions, d'une part, des actes qui étaient aux confins de la licéité auparavant - les expérimentations à but curatif - d'autre part, des actes qui étaient totalement illicites - les expérimentations sans but curatif -.

La loi nouvelle a dépénalisé l'expérimentation, au sens large, parce qu'elle a justifié pénalement certains actes expérimentaux précis. [1]

C'est, semble-t-il, le sens large qui a la préférence pour Madame GROMB, spécialiste du droit de l'expérimentation sous la double compétence de docteur en Médecine et de docteur en Droit, à l'occasion d'une réflexion sur les motivations de la réforme. "*Sans doute, l'explication de la dépénalisation de l'expérimentation biomédicale sans but thérapeutique, conséquence de la loi du 20 décembre 1988, ne doit-elle pas être recherchée sur le terrain du coût excessif de la répression car, ainsi qu'on le montrera par la suite, celle-ci a toujours été des plus discrètes. Mais la seule menace de répression obligeait les centres de recherche français, pour développer les travaux, à recourir à des artifices divers, lourds de coûts prohibitifs et de conséquences graves pour l'économie nationale : le principal étant la fuite des essais de nouveaux médicaments vers les pays étrangers ayant un droit plus tolérant. Ainsi, à l'évidence, directement ou indirectement, mais en tous cas de manière certaine, des considérations économiques ont imposé la désincrimination de la recherche biomédicale purement cognitive.*" [2]

Il nous semble néanmoins que l'auteur laisse à penser que toute expérimentation bénéficie d'une "désincrimination", c'est à dire d'une dépénalisation absolue, ce qui est faux.

Si on peut, à la limite, affirmer une dépénalisation au sens large parce que le législateur a étendu la sphère de justification à certaines expérimentations autrefois sanctionnables ; cette dépénalisation n'est que partielle ou relative car le droit pénal commun reste totalement applicable pour réprimer des expérimentations illicites.

2°) L'applicabilité du droit commun en cas de défaut de fait justificatif

Conformément aux règles de la justification pénale, l'auteur de faits "objectivement infractionnels" ne peut écarter la répression qu'en démontrant l'existence d'un fait justificatif.

En matière d'expérimentation sur l'homme, la loi du 20 décembre 1988 crée une autorisation légale expresse de procéder à des recherches biomédicales sur l'être humain. Mais cette permission est assortie de la condition du respect des dispositions légales.

D'autre part, si le respect de la loi de 1988 justifie la commission d'atteintes volontaires à l'intégrité corporelle des sujets, elle ne modifie pas les règles ordinaires de responsabilité pénale en

---

[1] On peut sur ce point comparer avec le statut de l'avortement. La loi du 17 janvier 1975 n'avait pas dépénalisé l'avortement, au sens strict, mais seulement autorisé certaines dérogations, (fait justificatif d'autorisation de la loi), à l'article 317 C.pén. Le Nouveau Code pénal va par contre dépénaliser l'avortement, au sens strict, (suppression de l'incrimination générale d'avortement, disparition de l'élément légal), pour ne conserver que des infractions spécifiques de violation de la loi sur l'I.V.G.

[2] GROMB Sophie Dr, *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, précité, n°46, pp.87-88, cf. également "Pour les recherches purement cognitives, dénuées d'intérêt thérapeutique pour le participant et qui étaient jusqu'alors proscrites par le Code de déontologie médicale, voire condamnées par les tribunaux judiciaires, l'incrimination est levée : les activités heuristiques, attentatoires à l'intégrité physique des individus, sont dépénalisées", n°99, p.170.

matière d'infractions involontaires. La permission légale d'expérimenter ne justifie pas les fautes d'imprudence qui pourraient être commises. [1]

Mais l'erreur serait de penser que les sanctions pénales spécifiques aux expérimentations illicites remplacent le droit commun, car la loi du 20 décembre 1988 doit être coordonnée avec les incriminations générales.

Or, le médecin expérimentateur peut commettre simultanément plusieurs infractions pénales : il s'agit alors d'un concours idéal d'infractions du fait de la pluralité de qualifications possibles. [2] Il faut envisager trois hypothèses.

Dans un premier cas, l'expérimentateur ne respecte aucune des conditions de licéité prévues par la loi de 1988 (expérimentation non scientifique et sans le consentement des sujets par exemple). Il commet, dans un même acte, une violation de la loi de 1988 et une infraction pénale d'atteinte illicite à l'intégrité du corps humain : les coups et blessures volontaires.

Or, "*depuis plusieurs années, la Cour de cassation paraît considérer que le concours de qualification équivaut à un concours réel d'infractions lorsque la situation pénale déférée au juge se caractérise par plusieurs éléments moraux distinctement incriminés et par la violation cumulative d'intérêts collectifs ou individuels distinctement protégés par les textes violés.*" [3]

Nous pensons que la loi pénale générale et la loi du 20 décembre 1988 protègent des valeurs qui ne se recoupent que partiellement. La loi de 1988 protège la santé publique, le Code pénal protège l'intégrité physique individuelle des personnes. Or, "*tout est fonction des valeurs sociales protégées par les qualifications en concours : ou bien ces qualifications engagent la même valeur, et il n'est pas nécessaire de les cumuler, ou bien elles tendent à la protection de valeurs différentes, et le cumul est retenu.*" [4] Les conditions de licéité de l'expérimentation prévues par la loi du 20 décembre 1988 visent, selon nous, à organiser le système français de l'expérimentation médicale indépendamment du souci de protection de l'intégrité physique du sujet. Ces conditions protègent la santé publique et non la santé individuelle.

La double illicéité d'une telle expérimentation (à l'égard de la loi de 1988 et du Code pénal) est passible d'une part, de sanctions pénales directes, celles qui sont contenues dans la loi ou dans le nouveau Code pénal et d'autre part, de sanctions pénales indirectes, celles afférentes aux infractions classiques. [5]

Le premier cas envisagé (violation de la loi de 1988 et du Code pénal) est une atteinte à des valeurs différentes qui mérite que soit engagée une double répression cumulative. Si un sujet meurt au cours d'une telle expérimentation, il serait cohérent de poursuivre l'investigateur pour l'infraction spécifique d'"expérimentation sans consentement" et pour l'infraction de "coups mortels". Le concours idéal d'infractions est ici assimilable au concours réel d'infractions.

Dans un deuxième cas, l'expérimentateur respecte toutes les conditions de licéité prévues par la loi du 20 décembre 1988.

Il ne peut pas être poursuivi du chef des infractions spécifiques prévues dans le texte, car celle-ci ne sont pas constituées. D'autre part, l'atteinte volontaire à l'intégrité physique qu'est l'expérimentation au regard du droit pénal commun est justifiée par le respect des conditions de l'autorisation légale d'expérimenter.

---

[1] La loi laisse les expérimentateurs totalement responsable en cas d'homicide ou de blessures par imprudences. art. 319 et 320 C.pén., art.221-6 , 222-19 N.C.pén. Si le préjudice résulte du manquement à une obligation de sécurité définie dans un règlement (sur le matériel, la surveillance, la qualité technique des substances employées par exemple), cf. art.222-20 N.C.pén.

[2] Cette question a été exposée supra 1ère Partie, Titre 2, la qualité de l'acte.

[3] MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°372, p.488.

[4] MAYAUD Yves, *Ratio legis et incrimination*, R.S.C. 1983, n°19, p.607.

[5] Cf. supra Section 1, les qualifications pénales.

L'acte est redevenu licite et aucune répression pénale ne peut être envisagée sous la qualification de violence volontaire, même si un sujet subissait une infirmité permanente ou décédait.

Dans un troisième cas, l'expérimentateur respecte les principales conditions de licéité prévues par la loi du 20 décembre 1988, mais il en viole ou en omet une, d'ordre formel (gratuité [1], locaux non adaptés, obligation d'assurance par exemple).

L'expérimentation est illicite car la recherche est pratiquée sans respecter les règles inclues dans le Code de la santé publique. "*La loi autorise les essais à certaines conditions ; de ce fait, si elles ne sont pas remplies, ils sont impossibles et non pas hors du champ de la loi.*" [2]

Or, la loi de 1988 ne crée pas d'infraction pénale spécifique pour toutes les expérimentations illicites. Seul le respect des conditions fondamentales de licéité est assorti de sanctions pénales. [3] La violation des conditions "annexes" n'est pas directement punissable parce que les infractions contenues dans la loi de 1988 ne sont pas constituées.

Mais l'investigateur reste pénalement responsable, selon les termes du droit commun, pour les atteintes à l'intégrité physique qu'il a commises. Car l'illicéité de son comportement ôte à l'expérimentateur le bénéfice de la permission expresse de pratiquer des actes d'atteinte à l'intégrité physique des sujets de la recherche. Il redevient alors un délinquant "ordinaire", privé du bouclier pénal que constitue le respect d'une loi spéciale lorsque les poursuites sont fondées sur l'application de la loi pénale générale.

L'expérimentateur peut alors être condamné pour violences volontaires ou, en cas de décès par accident, pour coups mortels.

Nous en déduisons qu'une expérimentation qui ne respecte pas les conditions de la loi du 20 décembre 1988 peut le plus souvent être réprimée par le jeu de sanctions spécifiques : les sanctions immédiates. Mais qu'en cas d'expérimentation effectuée en violation d'une des conditions de licéité (même si elle ne fait pas l'objet d'une incrimination spécifique), le droit pénal commun est applicable.

L'atteinte à l'intégrité corporelle n'est justifiée que lorsqu'elle est autorisée.

Conclusion du Chapitre 3

L'acte médical n'est exceptionnellement un acte de recherche. Mais la spécificité de l'acte médical à caractère expérimental a suscité l'émergence d'une norme de justification expresse qui doit être coordonnée avec le droit commun : la loi du 20 décembre 1988.

Lorsque l'expérimentation est effectuée dans un but curatif, le législateur exige le respect de conditions de licéité très proches de la notion d'acte médical "ordinaire" (compétence, consentement, finalité). La loi de 1988 a alors pour principal intérêt de préciser les conditions de justification pénale de l'atteinte à l'intégrité corporelle.

Lorsque l'acte médical expérimental n'a pas de but curatif, le législateur déclare la licéité nouvelle d'expérimentations préalablement totalement prohibées. La loi du 20 décembre 1988 a

---

[1] Sur la condition de gratuité la loi contient deux articles : "La recherche biomédicale ne donne lieu à aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personnes qui s'y prêtent, hormis le remboursement des frais exposés et sous réserve des conditions particulières prévues par l'article L.209-15", art.L.209-5 C.S.P. "Dans le cadre d'une recherche sans bénéfice individuel direct à l'égard des personnes qui s'y prêtent, le promoteur verse à ces personnes une indemnité en compensation des contraintes subies. Le montant total des indemnités qu'une personne peut percevoir au cours d'une même année est limité à un maximum fixé par le ministre chargé de la santé. Les recherches effectuées sur des mineurs, des majeurs sous tutelle ou des personnes séjournant dans un établissement sanitaire ou social ne peuvent en aucun cas donner lieu à une telle indemnité.", art.L.209-15 C.S.P. Le plafonnement de l'indemnité est fixé à 20 000 F, arrêté du 26 décembre 1990 (J.O. 9 janv. 1991).

[2] THOUVENIN Dominique, *La loi du 20 décembre 1988 : loi visant à protéger les individus ou loi organisant les expérimentations sur l'homme ?*, précité, n°71, p.99.

[3] Consentement et sujets protégés, L.209-19 C.S.P., avis du CPPPRB, interdiction ministérielle, L.209-20 C.S.P.

ainsi étendu la sphère de justification pénale sous réserve du respect des conditions de licéité qu'elle définit. Le législateur a ainsi contredit un principe antérieur acquis et fort selon lequel : "*l'intérêt de la science, pour élevé qu'il soit, ne justifie pas un préjudice (...) porté au corps humain.*" [1]

Quelles que soient ses imperfections, la loi du 20 décembre 1988 a pour mérite de clarifier le statut des expérimentations médicales sur l'homme en traçant une frontière entre les actes licites et les actes illicites. Elle est un rempart cohérent et efficace contre le risque de dérapage induit par l'éloignement de l'intérêt exclusif de la santé personnelle du soigné. "*Nous citons le Prof. Cassin : «la limite du pouvoir de l'homme sur les autres hommes, c'est cela le grand problème. Il ne se pose pas qu'aux médecins, il se pose aussi aux savants des sciences exactes. Il se pose aux juges, il se pose aux prêtres, il se pose aux chefs politiques. Il n'y a pas d'hommes qui aient un pouvoir illimité sur d'autres hommes» et le Prof. Cassin cite un passage de la fameuse prière (attribuée à Maïmonide) qui s'exprime ainsi : «Seigneur, fais que je sois modéré en tout. Eloigne de moi l'idée que je peux tout.»*" [2]

Conclusion du Titre 1

Lorsque la société entend justifier un acte médical qui s'éloigne de la mission traditionnelle du médecin (diagnostiquer, guérir, soulager, prévenir), elle doit l'exprimer expressément par la voie législative, parce que la permission tacite de la loi, qui autorise l'activité médicale, repose sur la finalité thérapeutique, c'est-à-dire sur l'intérêt exclusif de la santé du sujet de l'acte médical.

C'est pourquoi la justification de la mort médicalisée d'un être humain (l'avortement), l'utilisation médicale du corps d'un individu au profit d'un tiers (le prélèvement d'organe) et l'exploitation du corps d'une personne comme champ de recherche (l'expérimentation), ont fait l'objet de lois spécifiques.

Il est possible de critiquer le fondement même de telles lois [3], mais il convient de noter qu'elles font une large part au respect du consentement du sujet de l'intervention médicale. Néanmoins, la volonté des individus n'est pas le fondement des autorisations légales de déroger au but curatif. C'est la loi qui autorise expressément le médecin à sortir de son rôle traditionnel, à condition qu'à l'occasion de ce pouvoir nouveau, il respecte la volonté de l'individu.

L'extension de la justification du médecin se fonde sur deux critères principaux, une norme dérogatoire d'interprétation stricte - l'approbation de la société - et le consentement du sujet - l'approbation de l'individu -.

Il apparaît que le législateur n'exige le recueil d'un consentement exprès que dans les hypothèses dans lesquelles la médecine s'éloigne de la notion d'acte strictement thérapeutique.

Le contrôle juridique du consentement semble se renforcer à mesure que l'utilité curative décroît.

L'hypothèse d'une dérogation à l'exigence du consentement personnel du sujet d'un acte médical existe, mais c'est une situation exceptionnelle que le législateur a autorisé ponctuellement (Titre 2).

---

[1] SAINT-ALARY Roger, *Les Droits de l'Homme sur son propre corps*, Ann.Fac.Toulouse 1958, p.80.

[2] SIMON Isidore Dr., *Réflexions sur l'expérimentation et les essais thérapeutiques sur l'homme*, Revue d'Histoire de la Médecine Hébraïque, mars-avril 1984, n°148, p.14. "Fais que je sois modéré en tout, mais insatiable dans mon amour de la science. Eloigne de moi l'idée que je peux tout." Prière de Maïmonide XII^{ème} siècle, citée par VILLEY Raymon, *Déontologie médicale*, Masson 1982, p.3.

[3] "De telles lois ne sont que des consécrations juridiques d'une soumission des corps à la recherche scientifique et procèdent d'une vision quasi sacrée de la science, dont les intérêts impliquent des formes modernes de sacrifice humain. Or ce qui est grave, ce n'est pas que les hommes transgressent les lois, mais que les lois elles-mêmes légitiment des transgressions qui sapent les bases juridiques de la démocratie." LABRUSSE-RIOU Catherine, *Droit du corps, loi sur les corps*, in Rev.éth., la vie en question, 1991, n°1, p.24.

Titre 2 : Les dérogations à l'exigence d'un consentement personnel du soigné résultant de permissions légales tacites

La personne qui requiert les services d'un médecin n'est pas toujours un interlocuteur lucide, conscient et mûr. C'est pourquoi les dispositions ordinaires concernant l'exigence d'un consentement personnel du soigné pour tout acte médical trouvent parfois des dérogations. Devant l'absence de règle législative expresse, la pratique a généralement prolongé en matière médicale les règles prévues pour d'autres domaines de la vie juridique.

L'émergence de la notion de protecteur naturel permet de protéger l'individu, diminué *de facto* ou *de jure* par le recours au consentement par un tiers. "*Si la personne ayant besoin de soins médicaux ne peut donner elle-même son consentement, son incapacité de fait ou droit sera palliée par l'intervention des protecteurs placés à ses côtés par le juge ou par la loi.*" [1]

Le protecteur de l'incapable est titulaire d'un pouvoir de consentement substitué qui est limité par sa fonction de protection. Le consentement du tiers n'est pas un droit d'exposition, mais un devoir de protection. "*Le respect de l'intégrité physique et psychique de l'homme dont le corps est mis à disposition d'autrui nécessite : 1) que le consentement exprès du sujet soit toujours requis et que la liberté réelle de dire «non» soit protégée contre les pressions ; 2) que le corps des incapables et des personnes dépendantes soit indisponible, même avec un consentement substitué, car le représentant légal est investi d'une mission de protection de l'incapable (...) et non d'un droit d'exposition qui s'apparente à des formes de propriété ou de disposition d'autrui.*" [2]

Les deux catégories de personnes pour lesquelles le consentement à l'acte médical peut être donné par autrui sont le mineur (chapitre 1) et le malade mental (chapitre 2). Il existe d'autre part des situations dans lesquelles la loi permet de se dispenser du consentement de l'individu (chapitre 3).

---

[1] MEMETEAU Gérard, *Droit médical*, précité, n°564, p.380.

[2] LABRUSSE-RIOU Catherine, *La tentation biocratique*, in *Le corps*, Belin éd° 1992, T.1, n°94, p.152.

Chapitre 1 : Le mineur et l'acte médical

Le droit pénal n'ignore pas les particularités de l'enfant dont les facultés physiques et mentales n'ont pas encore atteint leur plein développement. C'est pourquoi il organise d'une part, un régime spécial de responsabilité pour le mineur délinquant [1] et d'autre part, un système d'incrimination protégeant spécifiquement la vie et l'intégrité physique et morale des mineurs. [2]

En ce qui concerne le consentement aux actes médicaux accomplis sur le mineur, il est de principe de recueillir le consentement des protecteurs naturels du mineur (section 1). Mais si l'intérêt de l'enfant l'exige, il est possible de contourner l'avis ou la passivité de ce tiers pour pouvoir avoir accès à des soins médicaux (section 2).

Section 1 : Le principe du recours au consentement des protecteurs naturels

L'enfant mineur est d'ordinaire inapte à tout acte de la vie juridique, en raison de son immaturité. C'est pourquoi le Code civil organise la représentation légale du mineur et définit les règles de l'autorité parentale en tenant compte de l'évolution des mœurs depuis 1804, époque à laquelle le modèle familial était essentiellement la famille légitime.

L'abaissement de l'âge de la majorité n'a pas bouleversé la situation juridique : les parents sont présumés être les protecteurs naturels du mineur, ce qui influe directement sur le pouvoir de consentir aux actes médicaux (§1)."*La jurisprudence est absolument formelle sur cette exigence d'un consentement préalable et éclairé du malade ou des personnes qui sont investies à son égard d'une autorité légale ou que leurs liens de parenté désignent comme des protecteurs naturels.*" [3] La volonté de l'enfant tend, toutefois, à être prise en compte de manière plus ou moins subsidiaire (§2). Nous l'avons déjà constaté à propos des greffes d'organes.

---

[1] Ord. n°45-174 du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante.

[2] Cf. MERLE et VITU, *Droit pénal spécial* , précité, T 2, 2ème Partie, "Les atteintes aux intérêts privés", Livre 2, "Les atteintes à la famille et à l'enfant", Titre 2, "Les infractions dirigées contre l'enfant", n°2087 et s., pp.1694-1793.

[3] De TOUZALIN Hubert, *Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort*, J.C.P. 1974-I-2672, n°6.

§1) La compétence principale des parents

Si le principe de la compétence parentale pour consentir aux actes médicaux accomplis sur le mineur est acquis (A), son application pose le problème de la nécessité ou non d'obtenir le consentement des deux parents (B). "*Pour soigner un mineur non émancipé, le médecin a en principe besoin du consentement des parents ou tout au moins de l'un des titulaires de l'autorité parentale.*" [1]

A) Autorité parentale et consentement à l'acte médical

En vertu du Code civil, l'autorité parentale appartient aux père et mère pour "protéger l'enfant dans sa sécurité, sa moralité et sa santé". [2] Les réformes législatives récentes tendent à renforcer le principe d'un exercice conjoint de l'autorité parentale par les deux parents, ce qui était déjà la règle pour la famille légitime et le devient pour la famille naturelle. [3]

L'autorité parentale est une prérogative légale qui mêle le droit et le devoir d'élever l'enfant mineur selon une norme socialement acceptable de sécurité tant physique que morale. L'intérêt de l'enfant est au cœur de la notion et les parents sont légalement présumés être les meilleurs garants de l'intérêt de leur enfant. C'est pourquoi, bien qu'étant des tiers par rapport à la relation médicale entre le médecin et le mineur, ils sont juridiquement les interlocuteurs du corps médical pour exprimer un consentement libre et éclairé. [4]

Il appartient aux titulaires de l'autorité parentale de décider d'une éventuelle hospitalisation du mineur et d'autoriser ponctuellement chaque acte médical sur le mineur. Les parents sont les décideurs juridiquement compétents pour donner un consentement à un contrat de soins ou à une hospitalisation et pour donner un assentiment à un acte médical. "*En décidant l'hospitalisation, le titulaire de l'autorité parentale ne se désaisit pas au profit de l'établissement hospitalier. Il conserve son droit exclusif d'autoriser les actes importants qui pourraient être envisagés au cours du séjour hospitalier, et en particulier les interventions chirurgicales.*" [5] Ce principe est rappelé aux médecins dans le code de déontologie professionnelle. [6]

Cette compétence commune ou conjointe des deux parents pose immédiatement la question d'un éventuel désaccord entre eux. Or, depuis la disparition de la notion de puissance paternelle et d'autorité maritale, il est exclu que le père ait des prérogatives supérieures à celles de la mère.

Le législateur aurait pu choisir de confier au médecin un rôle de départiteur en cas de conflit entre les deux parents au sujet de la santé du mineur. Il ne l'a pas fait ; à juste titre car ce serait donner à un tiers un pouvoir d'immixtion. Le code de déontologie prévoit d'ailleurs : "*le médecin ne doit pas s'immiscer dans les affaires de familles*". [7]

---

1 SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, Masson 1989, p.221.

2 "L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité.", art.371-2 al.1 C.civ.

3 Loi n°93-22 du 8 janvier 1993 : "L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents s'ils sont mariés. Elle est également exercée en commun si les parents d'un enfant naturel, l'ayant tous deux reconnus avant qu'il ait atteint l'âge d'un an, vivent en commun au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance.", nouvel art. 372 C.civ. Sur l'exercice conjoint de l'autorité parentale dans la famille légitime désunie ou dissociée par l'effet du divorce cf. CARBONNIER Irène, *Autorité parentale*, J.-Cl.civil, art.371 à 387, fasc.10, 1988, n°136 à 146.

4 En cas de décès ou de privation de l'exercice de l'autorité parentale le rôle de protecteur naturel est dévolu au tuteur. Art.390 C.civ.

5 De FORGES Jean-Michel et SEUVIC Jean-François, *L'hospitalisé*, précité, p.259.

6 "Un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un incapable doit s'efforcer de prévenir les parents ou le représentant légal et d'obtenir leur consentement. (...) ", Décret n°79-506 du 28 juin 1979, portant code de déontologie médicale, art 43.

7 Décret du 28 juin 1979, précité, art 46. L'Ordre des médecins met en garde les praticiens contre toute dérive : "Le médecin ne doit pas perdre de vue qu'il ne saurait se comporter en allié de la famille ou de quiconque pour influencer le malade.", O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, T.1, p.156.

La règle alors applicable est celle contenue dans le Code civil, telle qu'elle est conçue pour toutes les hypothèses de désaccord des parents au sujet de l'intérêt du mineur, le juge aux affaires familiales est l'arbitre du conflit. [1] Il décidera en fonction d'un unique objectif, l'intérêt du mineur. [2]

Il faut toutefois noter que tous les actes médicaux ne nécessitent pas l'accord des deux parents. Certains peuvent être décidés par un parent seul. Le critère de distinction entre ces deux configurations est la gravité de l'acte médical projeté.

B) Consentement et gravité de l'acte médical

Les règles de fonctionnement de l'autorité parentale impliquent une distinction entre les actes usuels pour lesquels un des deux parents est présumé agir avec l'accord de l'autre et les actes non-usuels pour lesquels l'accord des deux parents est nécessaire.

Dans le domaine médical, cette distinction s'applique aux actes médicaux courants et aux actes médicaux non-courants. Pour ne pas alourdir les formalités de la vie quotidienne des familles, le Code civil a institué cette présomption [3] qui permet de ne pas exiger le double accord des parents ou la preuve de la collégialité de toutes les décisions qui concernent la vie de l'enfant mineur. [4] "*Ainsi, chacun des père et mère peut accomplir seul un acte usuel relatif à la personne de l'enfant : demande de passeport, inscription dans un collège, consentement à une intervention médicale bénigne. Il appartient à la jurisprudence d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, s'il s'agit d'un acte usuel ou bien d'un acte grave, inhabituel, pour lequel une décision collégiale s'impose (...), intervention chirurgicale grave.*" [5]

La pauvreté de la jurisprudence en la matière ne permet pas de dresser un véritable tableau de répartition des actes médicaux en fonction de leur gravité. Il apparaît en pratique que les consultations médicales courantes, ainsi que les vaccinations et les actes de petite chirurgie, peuvent être décidés par un parent seul, alors que l'hospitalisation doit être autorisée par les deux parents. [6] La seule décision rapportée a été rendue au sujet d'une circoncision qualifiée "*d'intervention médicale relativement bénigne*" dont l'autorisation par un seul des parents a été jugée suffisante. [7]

Nous noterons toutefois que la présomption d'accord du cotitulaire de l'autorité parentale ne peut jouer que pour la circoncision thérapeutique (phimosis), une circoncision pour motifs religieux nécessiterait l'accord des deux parents, parce que l'on peut présumer l'accord d'un parent pour acte curatif bénin mais pas pour un acte cultuel irréversible. Le but de l'acte interfère sur le pouvoir d'y consentir.

---

1 "Si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, (...), le parent le plus diligent pourra saisir le juge aux affaires familiales qui statuera après avoir tenté de concilier les parties.", art.372-1 C.civ. modifié par la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 qui a attribué au juge aux affaires familiales la compétence auparavant dévolue au juge des tutelles.

2 "Cet intérêt paraît a priori orienté vers la décision de traitement lorsque le choix est imposé brutalement entre le refus et l'acceptation, mais il semble non moins évident lorsqu'il s'agit de l'option entre deux thérapeutiques également possibles.", MEMETEAU Gérard, *Le droit médical de la famille* in *Le droit non civil de la famille*, publication de la Faculté de droit de Poitiers, T.10, P.U.F.1983, p.235. Cf. L'exemple du désaccord parental entre acupuncture et homéopathie pour traiter la maladie de la voix d'une jeune fille cité par ESCHYLLE Jean-Florian, *Le juge des enfants et la santé des mineurs*, Thèse Droit Nancy 1990, n°36, p.40, l'auteur relève justement que cette compétence échappe au juge des tutelles (aujourd'hui au juge aux affaires familiales) pour être attribuée au juge des enfants en cas de danger pour la santé du mineur.

3 "A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant.", art.372-2 C.civ.

4 Lorsque le mineur est sous tutelle la pratique étend aux actes médicaux la distinction prévue pour les actes patrimoniaux, entre acte d'administration et acte de disposition. Art.456 et 457 C.civ. "Il semble que ces textes permettent de distinguer entre les traitements médicalement nécessaires ou urgents qui sont de la compétence exclusive du tuteur et les traitements non-nécessaires et exceptionnels pour lesquels le tuteur devrait se faire autoriser par le conseil de famille.", RAYMOND Guy, note sous C.A. Nancy ch. des mineurs 3 déc. 1982, J.C.P. 1983-II-20081.

5 CARBONNIER Irène, *Autorité parentale*, précité, n°127.

6 "L'admission d'un mineur est prononcée, sauf nécessité, à la demande des père et mère, du tuteur légal ou de l'autorité judiciaire.", Décret n°74-27 du 14 janvier 1974, relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux, art.27 al.1.

7 T.G.I. Paris 6 nov. 1973, Gaz.pal.1974, 1, 299.

La circoncision thérapeutique est un acte médical bénin qui nécessite l'accord d'un parent, la circoncision rituelle est un acte d'éducation non-usuel qui nécessite l'accord exprès des deux parents. "*Les tribunaux et les auteurs retiennent une distinction tenant à la nature des soins envisagés. Un seul des parents peut consentir valablement au contrat ayant pour objet de donner des soins ordinaires, dépourvus de gravité, alors que les traitements graves requièrent l'accord des deux parents ainsi que les actes présentant un caractère rituel, témoignant d'un choix religieux ou éducatif.*" [1]

Qu'en est-il de l'avis du mineur lorsque celui-ci est en âge de s'exprimer ?

§2) La compétence subsidiaire du mineur

La doctrine relayée parfois par le législateur estime qu'il est nécessaire de connaître la volonté du mineur en ce qui concerne l'acte médical qui le touche. La réflexion et les propositions de la doctrine (A) ont précédé l'apparition d'une reconnaissance juridique de l'importance du recueil de la volonté du mineur, sorte de "majorité médicale" [2] (B).

A) La création en doctrine de la notion de "majorité médicale"

Dès 1956, les auteurs du Traité de droit médical, Messieurs SAVATIER, AUBY et PEQUIGNOT, préconisaient de prendre en compte l'avis des mineurs pour les actes médicaux les concernant. "*Un médecin peut, semble-t-il, toutes les fois qu'il ne s'agira pas d'interventions à la fois graves et susceptibles d'être ajournées, considérer que les jeunes gens et jeunes filles ont pratiquement qualité pour recourir à ses soins et s'engager à l'honorer. (...) Il n'est plus normal qu'un médecin impose un traitement dangereux ou une opération mutilante à de grands jeunes gens ou de grandes jeunes filles, malgré leur résistance, et du simple fait que telle est la volonté de leurs parents. C'est seulement en cas de péril grave et reconnu qu'avec le consentement des parents, il pourra forcer la volonté de grands enfants. Pour les plus jeunes, les parents décident.*" [3]

Cette reconnaissance de l'autonomie du mineur était encore très relative à l'époque, d'une part, parce que les mineurs en question semblaient bien être des personnes de plus de 18 à 21 ans, aujourd'hui considérées comme majeures depuis la loi du 5 juillet 1974 et d'autre part, parce que le consentement même des adultes était encore précaire.

La doctrine contemporaine attribue à l'enfant en âge de s'exprimer la capacité de fait de donner son avis, voire même pour certains juristes le pouvoir de consentir au contrat de soins. "*Il est permis de poser en règle qu'un mineur doué d'un discernement suffisant peut consentir à la conclusion du contrat médical et donner son assentiment aux traitements, lorsque ceux-ci présenteront un caractère curatif, protecteur de la santé ou à plus forte raison de la vie.*" [4]

La pratique médicale s'affranchit parfois de la nécessité d'obtenir le consentement des parents. Ainsi : "*en matière de psychothérapie, les médecins auraient tendance à prendre en compte la demande des jeunes adolescents dans la mesure où ils manifestent une véritable autonomie.*" [5] D'autres médecins recherchent la non-objection de l'enfant. "*Nous, pédiatres, pensons que*

---

1 MEMETEAU Gérard, *Le droit médical de la famille*, précité, p.234. Sur la justification pénale de la circoncision rituelle cf. supra 1ère Partie, Titre 1, le consentement et C.A. Paris 12 févr. 1992, D.1993, Somm. p.27.

2 Pour la préférence pour le terme de pré-majorité cf. GISSER François, *Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité*, J.C.P. 1984-I-3142. "Dans la perspective souhaitable d'une prémajorité, il paraît opportun, sur le plan médical, de laisser le <<grand adolescent>> choisir le traitement qui lui sera prodigué.", GISSER F., ibidem, n°16.

3 SAVATIER R.et J., AUBY J.M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, précité, n°239, pp.215-216.

4 MEMETEAU Gérard, *Droit médical*, précité, n°596, p.403. Contra cf. "Le consentement du seul mineur ne peut suffire et le médecin doit toujours se préoccuper de solliciter l'accord des détenteurs de l'autorité parentale.", RAJBAUT Benjamin, *Le rôle de la volonté en matière médicale*, Thèse Droit Paris XII, 1981, p.320.

5 RAYMOND Guy, note sous C.A. Nancy ch. des mineurs 3 déc. 1982, J.C.P. 1983-II-20081.

l'information de l'enfant doit être assurée, même si elle n'est pas juridiquement nécessaire (...) il faut au moins obtenir la non-objection du patient, cette opposition manifeste pouvant être présente dès l'âge de 6, 7 ans." [1]

Les normes juridiques n'ont pourtant prévu l'hypothèse d'un acte médical licite par le seul consentement du mineur que dans des cas exceptionnels.

B) La reconnaissance juridique d'une sorte de "majorité médicale"

L'évolution des mœurs et de la place accordée au mineur dans la société engendre à la fois une évolution des normes juridiques par rapport aux actes médicaux (1°) et une jurisprudence divergente en matière d'avortement pratiqué sur une femme-mineure (2°).

1°) Norme juridique et respect de la volonté du mineur

Parallèlement au renforcement du rôle du consentement du soigné quant à la décision d'entreprendre un acte médical, le droit positif voit poindre l'émergence d'une reconnaissance du droit du mineur a donner son avis sur l'acte qui concerne sa santé. *"Les textes les plus récents révèlent aussi le souci de respecter, dans certains cas, la volonté du mineur, mais il ne peuvent le faire qu'en termes nuancés, compte tenu du principe général d'incapacité du mineur."* [2]

La déontologie devance parfois le droit sur ce point. [3] La pratique hospitalière préconise d'informer le plus souvent possible le mineur dont l'adhésion consciente est, comme du reste pour le majeur, un facteur favorisant la réussite de la thérapeutique, ne serait-ce qu'en limitant la peur. [4]

Le législateur a attribué pour la première fois au mineur le droit de consentir seul à un acte médical en 1974 en matière de contraception en supprimant, pour la délivrance de contraceptifs, l'obligation d'obtenir le consentement écrit d'un des parents ou du représentant légal, prévue initialement dans la loi du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances.

Mais dès avant cette réforme, de nombreux médecins avaient pris sur eux de prescrire des contraceptifs à des mineures venues seules les consulter.[5] Aujourd'hui l'accès du mineur à la contraception médicale est libre, anonyme et gratuit. [6]

Comme déjà constaté, la loi du 22 décembre 1976 sur les prélèvements d'organes a attribué au donneur-mineur une faculté de s'opposer à un prélèvement sur son corps, ce qui constitue une sorte de droit de veto au geste médical. *"Si l'avis du mineur peut être recueilli, son refus d'accepter le*

---

1 LENOIR G. Pr., *Le consentement éclairé en pédiatrie*, Conc.Méd. 1987, *Ethique hospitalière*, p.3049.

2 De FORGES Jean-Michel et SEUVIC Jean-François, *L'hospitalisé*, précité, p.260.

3 "Un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un incapable (...). Si l'incapable peut émettre un avis, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible", Décret n°79-506 du 28 juin 1979, portant code de déontologie médicale, art 43. L'Ordre des médecins insiste sur la notion. "Lorsqu'il s'agit d'un grand enfant le médecin doit s'efforcer d'obtenir l'adhésion personnelle de celui-ci.", O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, p.75, et "Le consentement de l'enfant n'est pas à négliger quand cet enfant est déjà grand et apte à comprendre.", ibidem p.153.

4 "Tout acte pratiqué pour la première fois doit être expliqué à l'enfant à l'avance en fonction de ses possibilités de compréhension.", Circulaire du 1er août 1983 relative à l'hospitalisation des enfants, citée par LENOEL Pierre, *La capacité juridique de l'enfant mineur en droit français*, Centre de Vaucresson 1986, p.37.

5 "Cette mesure qui était prévue par la loi de 1967 était inappliquée parce qu'inapplicable.", SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, p.101.

6 Cf. Décret n°92-784 du 6 août 1992 relatif aux centres de planification ou d'éducation familiale, art.4. J.O. 12 août 1992, p.10969, D.1992, lég°, p.481.

prélèvement sera toujours respecté." [1] Ce droit de refus a été assimilé par certains à une véritable majorité médicale. [2]

La création par la loi du 20 décembre 1988, d'un droit de l'expérimentation humaine a prévu la même solution en matière de consentement du mineur : "*le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit également être recherché lorsqu'il est apte à exprimer sa volonté. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement.*" [3] La situation est fort différente en matière d'avortement car la loi n'a pas tranché en faveur de l'autonomie de la femme-mineure.

2°) Avortement et autonomie de la femme-mineure

En matière d'I.V.G., la femme majeure s'est vue reconnaître par la loi du 17 janvier 1975 la possibilité de décider seule de l'indication d'avortement qui, avant dix semaines, s'impose au corps médical. Le médecin est devenu sur ce point l'exécutant de la volonté de la personne : "*le médecin abandonne sa liberté de prescription : il est responsable de l'action sans être maître de l'indication.*" [4]

Pour la femme mineure non émancipée, par décision judiciaire ou par mariage, la loi ne permet l'I.V.G. qu'à la double condition de l'obtention du consentement de la mineure elle-même et du consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale. [5]

Cette disposition empêche qu'un avortement puisse être imposé à une jeune femme mineure enceinte par son environnement familial mais elle paralyse parallèlement la demande de la mineure non approuvée par l'un au moins de ses parents. La loi exprime à ce sujet la priorité accordée à la protection de la vie. "*Si elle a le droit de poursuivre sa grossesse contre l'avis de ses parents, elle n'aurait pas le droit de l'interrompre contre cet avis.*" [6]

La femme mineure enceinte qui n'obtient pas le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou qui ne souhaite pas les informer de son projet [7], ne peut pas accéder à une I.V.G. licite. Le non consentement de la femme mineure à l'I.V.G. s'impose au corps médical ; alors que sa demande doit être corroborée par le consentement d'un protecteur naturel. Il faut donc un double consentement (mineure et protecteur) pour pratiquer une I.V.G. licite sur une femme mineure.

Le rôle de la volonté du mineur qui demande l'I.V.G. reste donc secondaire. Il faut préciser toutefois que sa volonté de refuser l'avortement est légalement prise en compte ; la loi dispose en effet : "*ce consentement (celui de la personne titulaire de l'autorité parentale) devra être accompagné de celui de la mineure célibataire enceinte, ce dernier étant donné en dehors de la présence des parents ou du représentant légal.*" [8]

---

[1] L. 22 déc. 1976, art.1, in fine. Sur ce point cf. supra 2ème Partie, Titre 2, les prélèvements d'organes. Le prélèvement d'organes sur le mineur est autorisé sous contrôle d'un comité d'experts chargé d'autoriser les prélèvements in vivo sur les mineurs. "Si le mineur est capable de s'exprimer, le comité procède ou fait procéder à son audition, en ayant soin de ménager sa sensibilité.", Décret n°78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, art.6 al.2. Le prélèvement sur le mineur doit, pour être licitement pratiqué, remplir deux autres conditions, le consentement du représentant légal et l'autorisation d'un comité de trois experts. L. 22 déc. 1976, art.2 al.2.

[2] "Mineur pour le consentement, le mineur est majeur pour le refus de consentir.", GRENOUILLEAU J.B., *Commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes*, D.1977, chron.p.216. Seul le refus serait un signe de cette majorité médicale, "Il faut comprendre, semble-t-il que cet avis doit être demandé, (au moins à partir d'un certain âge), mais que seul un avis défavorable aura un caractère décisif.", JESTAZ Philippe, *Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976*, R.T.D.civ. 1977, pp.198-199.

[3] L. 20 déc. 1988, Art.L.209-10 C.S.P.

[4] COLETTE C., *Des textes aux réalités*, in SOUTOUL J.H, *Conséquence d'une loi. Avortement an II*, éd° La Table Ronde, 1977, p.166. Cf. supra 2ème Partie, Titre 1 : l'avortement.

[5] "Si la femme est mineure célibataire, le consentement de l'une des personnes qui exerce l'autorité parentale, ou le cas échéant, du représentant légal est requis. Ce consentement devra être accompagné de celui de la mineure célibataire enceinte, ce dernier étant donné en dehors de la présence des parents ou du représentant légal.", art. L.162-7 C.S.P.

[6] ESCHYLLE Jean-Florian, *Le juge des enfants et la santé des mineurs*, précité, n°228, p.249.

[7] En particulier lorsque la mineure "craint ou prétend craindre la violence de leurs réactions.", GEBLER Marie-Josèphe, *Autorité parentale, assistance éducative*, J.-Cl.civil, art.371 à 387, fasc.20, 1988, n°123.

[8] Art. L.162-7 al. 2 C.S.P.

Il n'y a que deux hypothèses dans lesquelles l'avortement pourra avoir lieu sans le consentement des parents : il s'agit de l'avortement thérapeutique et de l'avortement de la mineure en situation de danger.

Dans le premier cas, la loi ne distingue pas entre femme majeure et mineure, elle permet l'avortement dès lors "*que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.*" [1] Ce cas légal spécial d'état de nécessité permet de déroger aux règles ordinaires de licéité de l'avortement en sacrifiant le respect de l'autorité parentale au bénéfice de la préservation de la santé de la femme ou au profit de la qualité de l'espèce humaine, ce que nous avons qualifié d'avortement eugénique. Le diagnostic médical et le consentement de la femme enceinte suffisent à rendre licite l'avortement. Le fait justificatif de permission expresse de la loi bénéficie aux auteurs de ce type d'avortement.

Dans la seconde hypothèse, ce sont les règles de protection de l'enfance en danger qui vont permettre de contourner le refus des parents de consentir à l'I.V.G. demandée par leur fille.

Cinq décisions de juridictions françaises portent sur la compétence du juge des enfants pour statuer sur un conflit opposant une mineure demandant une I.V.G. à ses parents qui refusent leur consentement. Quatre ont permis l'avortement, la cinquième et dernière (en 1991) l'a empêché. [2]

L'argumentation développée à l'appui de la demande des mineures repose sur deux idées : la première est que le refus de consentir à l'I.V.G. peut parfois être qualifié d'abus de droit de la part des titulaires de l'autorité parentale ; la seconde est que le refus de consentir à l'I.V.G. place parfois la mineure dans un état de danger physique ou moral tel que le juge des enfants doit intervenir dans le cadre de la protection de l'enfance en danger.

Bien que certaines décisions fort critiquées aient pu dans les premières années d'application de la loi Veil s'affranchir très facilement de l'exigence légale du consentement des parents [3], la jurisprudence montre aujourd'hui un retour au respect de la loi. Conformément aux dispositions du Code civil, il faut que le refus d'I.V.G. cause un danger pour la santé, la sécurité ou la moralité de la mineure pour permettre de saisir le juge des enfants aux fins d'assistance éducative.

Ainsi, comme le constate la Cour de Bordeaux en 1991 : "*cet abus de droit n'engendre pas une situation de danger justifiant une mesure de protection particulière de la part du juge des enfants ; dit n'y avoir lieu à autoriser l'I.V.G. de Delphine A.*" [4] L'état de détresse qui suffit à la femme majeure pour accéder à l'I.V.G. est plus large que la notion de danger exigée par le Code civil. [5]

Dans le cadre de sa mission, le juge peut alors placer le mineur et attenter à certains droits dérivant de l'autorité parentale dont celui d'autoriser l'avortement. Dans tous les cas, il n'a pas à décider lui-même de l'acte médical, il peut seulement confier l'enfant à un tiers à charge pour ce tiers d'être un nouveau protecteur naturel avec les prérogatives et les obligations qui incombent à cette charge. [6]

---

1 Art.L.161-12 C.S.P. cf. supra l'avortement.

2 Juge des enfants Orléans 22 mai 1975, D.E.F. 1975/87, Juge des enfants Versailles 14 oct. 1975, D.E.F. 1975/89, Juge des enfants Versailles non daté rapporté in Justice 1979, p.14, Juge des enfants Evry 8 nov. 1982, D.1983, p.218, C.A. Bordeaux, ch. des mineurs, 4 déc. 1991, D.1993, p.132.

3 Cf. en particulier MEMETEAU Gérard, *Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé*, R.T.D.soc. 1983, p.525 et RAYNAUD P., note sous T.enfant Evry, 8 nov. 1982, D. 1983, p.218.

4 C.A. Bordeaux, ch. des mineurs, 4 déc. 1991, D.1993, p.132. La juridiction après avoir caractérisé l'abus de droit dit qu'il peut justifier d'éventuelles mesures de limitations voire de déchéance de l'autorité parentale par le T.G.I., mais que seul le danger permet l'intervention du juge des enfants.

5 Art.375 C.civ.

6 Procédure suivie par le juge des enfants d'Orléans qui avait confié la mineure à l'établissement "Le bon pasteur", et décidé "que la directrice est juridiquement fondée à donner son consentement éventuel au lieu et place du père", ESCHYLLE Jean-Florian, *Le juge des enfants et la santé des mineurs*, précité, n°237, p.258.

Cette étude du rôle de la volonté du mineur vis-à-vis des actes médicaux sur son corps montre la distance qui sépare encore le droit français de la notion de "majorité médicale". Bien que le droit comparé montre des législations ayant instauré une capacité limitée au domaine médical [1], le législateur français n'a pour l'instant pas décidé de donner aux mineurs le droit de décider de leur santé en consentant aux actes médicaux qui les concernent. [2]

Pour la santé de l'enfant, comme pour ses intérêts patrimoniaux ou sa représentation en justice, le droit a construit un écran entre l'enfant et les autres acteurs de la vie juridique. [3] Ce rôle d'écran est tenu par les protecteurs naturels du mineur, mais la loi permet quelquefois de contourner cet écran lorsque ces "protecteurs naturels" ne remplissent plus leur mission qui est de protéger l'intérêt de l'enfant.

Section 2 : Les exceptions : l'exclusion des protecteurs naturels

L'entourage du mineur est parfois pour lui une source de violences. Il y a sans aucun doute une victimologie de l'enfant dont la faiblesse et la naïveté suscitent des infractions contre son intégrité physique et contre son intégrité sexuelle. [4] Le législateur tient compte de cette forme particulièrement grave de délinquance en incriminant spécialement les atteintes au mineur et en instituant des circonstances aggravantes lorsque la victime est un mineur de quinze ans. [5]

Lorsque les protecteurs naturels de l'enfant sont ses bourreaux, la justice prononcera, outre une sanction pénale, une déchéance de l'autorité parentale, sorte de retrait de la qualité de protecteur. [6] Mais l'entourage du mineur peut être également une source de danger plus indirect que celui résultant immédiatement d'une infraction.

Dans le domaine médical, l'absence de soins ou le refus de soins, l'inconscience ou l'option philosophique des parents peuvent être contraires à l'intérêt de l'enfant. Les protecteurs naturels de l'enfant peuvent être négligents ou défaillants, ce qui justifie alors que l'on puisse contourner la volonté des parents dans l'intérêt de l'enfant.

---

1 "Le droit civil de la province du Québec a fixé par la loi du 21 décembre 1972, sur la protection de la santé publique, à quatorze ans l'âge d'autonomie du mineur doué de discernement : l'intéressé peut consentir seul à un examen ou à un traitement exigé par son état physique ou mental. (...) Le droit anglais fixe à seize ans l'âge à partir duquel le mineur peut consentir seul aux actes médicaux le concernant, ce en vertu du Family Law reform Act de 1969." MEMETEAU Gérard, *Droit médical*, précité, n°595, p.402.

2 La Convention des Nations unies du 20 novembre 1989, relative aux droits de l'enfant, applicable en France depuis la loi n°90-548 du 2 juillet 1990 (J.O. 5 juill. 1990, p.7856), est plus novatrice et préfigure certainement une plus grande prise en compte à l'avenir de l'opinion du mineur. cf. en particulier l'article 12 alinéa 1 qui reconnait le droit pour l'enfant d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant. Actualité législative Dalloz 1990, p.424. Cf. également MALLET Alain et MONIER Jean-Claude, *Du droit des mineurs aux droits de l'enfant*, in *La convention de l'ONU : quels droits pour l'enfant ?*, Revue Esprit mars-avril 1992, p.31. Sur la position de la Cour de cassation cf. : "cette convention, qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'étant pas directement applicable en droit interne.", Cass.civ. 10 mars 1993, D.1993, p.361, note MASSIP Jacques, voir aussi le commentaire caustique de NEIRINCK Claire et MARTIN Pierre-Marie, *Un traité bien maltraité. A propos de l'arrêt Le Jeune* (sic), J.C.P. 1993-I-3677, et la réponse cinglante de RONDEAU-RIVIER Marie-Claire, *La Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu*, D.1993, chron. p.203.

3 Le mineur non émancipé ne peut agir lui-même en justice. En matière pénale, en particulier, il ne peut pas seul se constituer partie civile. Seuls ses parents, en qualité d'administrateurs légaux (art. 389-3 C.civ.) peuvent le faire en son nom, c'est-à-dire par représentation ou éventuellement son tuteur (art. 450 C.civ.). Le juge d'instruction peut toutefois demander au juge des tutelles de nommer un administrateur ad hoc (art.87-1 C.P.P.) pour exercer au nom de l'enfant les droits reconnus à la partie civile. (cf. Cass.crim. 16 juin 1992, D. 11 févr. 1993, p.75 : irrecevabilité de la constitution de partie civile d'une mineure en raison du défaut de capacité juridique, alors que le père de la victime était soupçonné d'abus sexuels sur sa fille mineure.) Cf. GEBLER Marie-Josèphe, *Regards éthiques sur les droits de l'enfant : la parole de l'enfant en justice*, D.1989, Chron. p.118, BENHAMOU Yves, *Réflexions en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant*, D. 1993, chron. p.103.

4 L'inceste, les violences intra-familiales et sexuelles sont aujourd'hui mieux connus et donc plus "visibles" dans les statistiques pénales. Des faits autrefois cachés sont dorénavant condamnés. Un médecin a été condamné à 30 mois d'emprisonnement pour attentat à la pudeur sur un mineur de quinze ans enfant de ses amis, C.A. Paris 10 juill. 1989, Jurisdata n°024682.

5 cf. en particulier l'attentat à la pudeur sans violence sur un mineur de moins de quinze ans (art.331 al.1 C.pén.) et l'agression sexuelle imposée à un mineur de quinze ans (art.222-29 N.C.pén.). D'où l'on peut déduire qu'avant quinze ans le mineur n'a pas la maturité pour consentir à un acte sexuel. A défaut de majorité médicale anticipée, il y aurait donc une majorité sexuelle fixée à 15 ans.

6 "Peuvent être déchus de l'autorité parentale par une disposition expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou d'un délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant.", art.378 al.1 C.civ.

Lorsque le mineur est en danger, la loi prévoit le recours au juge des enfants. Les dispositions légales visant à protéger l'enfance en danger trouvent application dans le domaine du consentement parental aux actes médicaux accomplis sur les enfants mineurs. [1] Le juge des enfants est, pour tout citoyen, le recours en cas de carence familiale créant un danger pour le mineur (§1), mais il n'est pas juge des choix familiaux non dangereux (§2).

§1) Le recours au juge des enfants en cas de carence familiale créant un danger pour le mineur

La théorie des protecteurs naturels repose entièrement sur l'idée que les parents sont, en principe, les décideurs les plus sûrs pour tout acte qui met en cause l'intérêt du mineur. Le juge des enfants n'intervient dans les décisions parentales qu'à titre exceptionnel (A), surtout dans le domaine de l'autorisation d'opérer (B).

A) La compétence exceptionnelle du juge des enfants

La mission confiée par le Code civil au juge des enfants consiste à pouvoir pallier un danger touchant le mineur sans interférer en profondeur sur les règles de l'autorité parentale. Le juge des enfants a un rôle de protection et dispose de moyens d'intervenir très rapidement et très efficacement, mais il n'a pas de rôle d'organisation de la famille. [2]

La notion de danger pose quelques problèmes de définition mais la doctrine incline aujourd'hui à y inclure toute carence éducative à laquelle il peut être apporté un remède. Le danger provient de l'attitude des parents et non de la menace objective vis-à-vis de l'enfant.

Ainsi dans le domaine médical : "*l'enfant est en danger au sens de l'article 375 non pas parce qu'il est malade, mais parce que ses parents refusent de le faire soigner.*" [3] L'analyse de la jurisprudence permet de dégager les caractères du danger comme source de la compétence du juge des enfants. [4] "*Le danger peut être actuel ou imminent, et ce sont là ses caractères variables. Mais, quelle que soit son actualité ou son imminence, il doit toujours être certain, réel et sérieux, et ce sont là ses caractères permanents.*" [5]

Le juge des enfants lorsqu'il est confronté à un danger pour la santé du mineur intervient non pas à la place du protecteur du mineur mais comme juge de l'opportunité d'une mesure de protection. Le juge des enfants est compétent pour retirer la qualité de protecteur aux parents défaillants et l'attribuer à un tiers plus efficace, indépendamment de l'autorité parentale.

Le juge des enfants n'attire pas à lui l'autorité parentale sur le mineur, ni ne la confie à autrui. Il ordonne les mesures de protection de fait de la santé du mineur en danger, parmi lesquelles le pouvoir de contrôle et d'autorisation des actes médicaux. [6] Son intervention dans le cadre du

---

1 L'assistance éducative a été créée par l'ord. n°58-1301 du 23 décembre 1958 relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger.

2 "Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées en justice à la requête des père et mère conjointement ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel.", art.375 al.1 C.civ., "Les père et mère dont l'enfant a donné lieu à une mesure d'assistance éducative, conservent sur lui leur autorité parentale et en exercent tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure.", art.375-7 al.1 C.civ.

3 NEIRINCK C., *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LG.D.J. 1984, p.332.

4 Sur la difficile délimitation du concept de danger et les caractères du danger cf. GEBLER Marie-Josèphe, *Autorité parentale, assistance éducative*, J.-Cl.civil, art.371 à 387, fasc.20, 1988, n°36 à 59 et n°60 à 83.

5 ESCHYLLE Jean-Florian, *Le juge des enfants et la santé des mineurs*, précité, n°49, p.49.

6 "Le juge ne détient jamais l'autorité parentale. L'autorisation n'est pas en soi une mesure relevant de l'assistance éducative. (...) Le magistrat rendra une ordonnance de placement à l'aide sociale à l'enfance ou à l'hôpital et en outre enlèvera aux parents le droit de contrôler la santé du mineur.", GEBLER Marie-Josèphe, *Autorité parentale, assistance éducative*, J.-Cl.civil, art.371 à 387, fasc.20, 1988, n°105.

processus du consentement à l'acte médical n'est qu'un moyen parmi d'autres de protéger l'enfant en danger. [1]

Le juge des enfants ne doit jamais être le décideur des actes médicaux utiles au mineur parce que la loi ne lui a pas confié la mission d'être un protecteur de substitution tel qu'un tuteur ou même un gardien de fait. Il est un détecteur de danger et un "orienteur" du mineur vers les tiers rendus compétents pour protéger sa santé. "*Le juge des enfants n'autorise rien lui-même, il laisse ce soin au gardien qu'il désigne et qui sera désormais responsable de la santé du mineur.*" [2]

B) L'attribution de l'autorisation d'opérer par le juge des enfants

Dans le cadre de sa mission de protection de l'enfance en danger, le juge des enfants peut intervenir par une mesure d'assistance éducative à la condition expresse que la santé du mineur soit en danger du fait d'une carence éducative de ses parents. Il faut et il suffit que cette double condition soit vérifiée, danger du fait de la carence des parents, pour que le juge puisse soustraire le mineur au contrôle de ses parents.

La mesure d'assistance éducative consiste le plus souvent en une mesure de placement, mais elle ne modifie pas *de facto* l'autorité parentale qui reste une prérogative parentale. "*En droit, il est certain que les parents conservent le droit de surveillance de la santé de leur enfant tant qu'ils ne sont pas déchus de leur autorité parentale.*" [3]

C'est pourquoi en transférant la garde du mineur, le juge des enfants doit spécifier l'étendue des pouvoirs sur la santé du mineur qu'il décide d'attribuer au nouveau protecteur naturel, le gardien désigné. [4] Le transfert du pouvoir de consentir aux actes médicaux ne se présume pas. "*La suspension du droit de garde n'entraîne pas de plein droit suspension du droit de consentir à un acte médical.*" [5]

Le juge doit désigner un nouveau titulaire du droit de consentir au traitement médical du mineur et définir expressément sa mission. [6]

Si le danger est encouru par un mineur déjà hospitalisé et qu'il résulte du refus de ses parents de consentir à un acte médical ponctuel, le décret du 14 janvier 1974 indique aux médecins la procédure à suivre. "*Lorsque la santé ou l'intégrité corporelle du mineur risquent d'être compromises par le refus du représentant légal du mineur ou l'impossibilité de recueillir le consentement de celui-ci, le médecin responsable du service peut saisir le ministère public afin de provoquer les mesures d'assistance éducative lui permettant de donner les soins qui s'imposent.*" [7]

Le décret de 1974 anticipait sur l'obligation faite au médecin en 1979, par le Code de déontologie, d'être le défenseur de l'enfant malade. [8]

---

[1] "L'originalité de l'action du juge des enfants provient de ce qu'il dispose d'un éventail de mesures procédant tantôt de la conciliation, tantôt de la persuasion, tantôt de l'intimidation et ayant pour finalité d'enrayer un processus de danger pour la santé du mineur.", ESCHYLLE Jean-Florian, *Le juge des enfants et la santé des mineurs*, précité, n°143, p.152. L'auteur développe l'idée d'une option pour le juge des enfants entre justice imposée et justice négociée. Au titre de cette dernière le juge des enfants peut inciter les parents à se soumettre eux-mêmes à un traitement médical lorsque leur état de santé est une source de danger pour l'enfant, alcoolisme, toxicomanie, affection mentale etc... cf. n°152, p.166.

[2] GEBLER Marie-Josèphe, *Autorité parentale, assistance éducative*, précité, n°105.

[3] De TOUZALIN Hubert, *Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort*, J.C.P. 1974-I-2672, n°11.

[4] Le gardien désigné par le juge peut être une personne physique (membre de la famille ou tiers digne de confiance), ou une personne morale (établissement sanitaire ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance). Art.375-3 C.civ.

[5] DEISS A., *Le juge des enfants et la santé des mineurs*, J.C.P. 1983-I-3125, n°55.

[6] M. De TOUZALIN propose la formule suivante à introduire dans l'ordonnance de placement du mineur : "avec pouvoir d'autoriser, nonobstant l'opposition des parents, tout traitement médical susceptible de sauvegarder dans l'immédiat la vie de l'enfant.", De TOUZALIN Hubert, *Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort*, précité, n°12.

[7] Décret n°74-27 du 14 janvier 1974, relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux, art.28 al.3. Il faut préciser d'une part, que le parquet ne peut que faire provoquer des mesures d'assistance éducative par le juge des enfants et d'autre part, que le médecin ne sera pas autorisé par le juge mais par les parents ou par le nouveau gardien désigné par le juge.

[8] "Le médecin doit être le défenseur de l'enfant malade, lorsqu'il estime que l'intérêt de la santé de celui-ci est mal compris ou mal servi par l'entourage.", Décret du 28 juin 1979, précité, art 44.

Lorsque le mineur en danger n'est pas hospitalisé du fait du refus de ses parents, la démarche sera similaire, à l'exception du fait que tout médecin peut informer le parquet de ses observations quant à l'importance de traiter médicalement l'enfant contre l'avis de ses parents. [1]

La décision du juge des enfants de retirer aux parents la qualité de protecteurs de la santé du mineur pour la confier à un tiers peut être très rapide du fait de l'exécution provisoire. "*Le législateur a mis à la disposition du juge une arme procédurale efficace : l'exécution provisoire, c'est-à-dire l'exécution immédiate de la décision, dès sa notification et ce, malgre l'effet suspensif des voies de recours ordinaires et de leur exercice.*" [2]

En cas de refus des parents de consentir à un acte médical créant un danger pour la santé de leur enfant, le juge des enfants a les moyens d'être informé et d'agir efficacement pour donner à l'enfant un nouveau protecteur naturel chargé de veiller à sa santé. [3] Il semble évident que le juge choisira un tiers fortement enclin à consentir à l'acte refusé par les parents.[4]

Ce nouveau protecteur est néanmoins libre et son consentement doit être éclairé pour que les conditions de justification de l'acte médical soient réunies. Le conflit entre les parents et le corps médical ou leur inconscience face au danger qui menace leur enfant ne doit pas occulter le fait que l'intervention d'un tiers, pour contourner leur refus, est une solution exceptionnelle. Il s'agit d'une intervention de substitution qui doit prendre fin avec la disparition du danger par un jugement ordonnant mainlevée du placement.

En l'absence d'un danger pour le mineur il faut affirmer la non-compétence du juge des enfants.

§2) L'incompétence du juge des enfants à exercer les choix familiaux non dangereux

Le domaine de compétence du juge des enfants est strictement limité à la protection de l'enfance en danger. Or, une définition extensive du danger telle qu'une situation où l'on a à redouter un mal quelconque dénaturerait le caractère exceptionnel du contournement de la volonté des parents et donnerait "*au juge des enfants une compétence illimitée, créant ainsi une confusion des rôles où le champ de l'assistance éducative couvrirait toute la protection des mineurs.*" [5]

Le juge des enfants est incompétent pour annihiler la liberté des parents de prendre certains risques pour la santé de leur enfant (A) et il est le plus souvent incompétent pour trancher entre plusieurs choix thérapeutiques (B).

---

[1] Cette information constitue une violation du secret professionnel expressément prévue par l'article 378 al.3 du Code pénal lorsqu'il s'agit de privations (de soins ou d'aliments) sur un mineur de quinze ans. Cette non-punissabilité peut être qualifiée de fait justificatif de permission de la loi, cf. DORSNER-DOLIVET Annick, note sous C.A. Nancy, ch. des mineurs 3 déc. 1982, Gaz.pal. 1984, p.135. Si le mineur a plus de quinze ans la violation du secret professionnel pourra éventuellement être justifiée par l'état de nécessité.

[2] ESCHYLLE Jean-Florian, *Le juge des enfants et la santé des mineurs*, précité, n°118, p.128.

[3] Ce qui n'était pas le cas en 1884 lorsque le docteur Lucien Picqué fut confronté au cas d'une jeune fille de 20 ans atteinte d'un ostéosarcome du fémur qui requérait une amputation. Le père affirma qu'il préférait voir sa fille morte qu'amputée. En vertu de la puissance paternelle et du caractère intangible des droits du père sur ses enfants l'opération n'eut pas lieu, ce qui fit dire au praticien que la situation était navrante (sic). PICQUE L., *A propos du droit du père de famille sur ses enfants*, La presse médicale 25 mars 1911, p.235, cité par RAJBAUT Benjamin, *Le rôle de la volonté en matière médicale*, Thèse Droit Paris XII, 1981, p.315.

[4] Cf. en ce sens "Au fond mais non dans la forme, l'autorisation d'opérer est bien accordée par le magistrat, il désignera comme gardien une personne «sûre».", GEBLER Marie-Josèphe, *Autorité parentale, assistance éducative*, précité, n°105.

[5] ESCHYLLE Jean-Florian, *Le juge des enfants et la santé des mineurs*, précité, n°21, p.26.

A) Le maintien d'une liberté relative de ne pas soigner et de prendre des risques

L'institution de l'assistance éducative ne doit pas être un prétexte à l'intrusion systématique dans la vie quotidienne des familles d'un contrôle judiciaire et/ou médical des décisions parentales. Les articles fondamentaux de la Constitution française rappellent à chacun le principe de la liberté et l'exception que doit rester la contrainte. [1]

La loi n'impose pas aux parents d'assurer la "bonne" santé de leurs enfants ni de contribuer à une "bonne" moralité ou une "bonne" éducation. Elle permet seulement d'intervenir à titre exceptionnel lorsqu'une carence parentale cause un danger réel pour le mineur. Il faut en déduire que les parents sont libres d'élever leurs enfants comme ils veulent, sauf à les mettre en danger.

Il n'y a donc aucun moyen juridique de contraindre des parents à changer leurs décisions familiales lorsqu'elles n'atteignent pas un niveau de danger réel pour leurs enfants. Ainsi, faut-il tolérer que des parents pratiquent avec leurs enfants des sports ou des activités à risque, comme la voile ou l'alpinisme, ou qu'ils prônent une alimentation atypique végétarienne ou végétalienne.

Si plus aucun texte ne permet expressément le droit de correction parental, nous avons démontré que la coutume justifiait certaines voies de fait ou violences très légères lorsqu'elles avaient un caractère pédagogique. [2] Dans le même ordre d'idée, le droit tolère la pratique coutumière qui consiste à percer les oreilles des petites filles dans un but ornemental ou esthétique.

Dans le domaine médical, les parents sont libres de refuser de faire soigner les caries dentaires ou de faire corriger le strabisme, les pieds plats ou le bec-de-lièvre de leur enfant. Personne ne pourrait autoriser à leur place ces actes médicaux. Même les actes obligatoires comme les vaccinations ne pourraient pas être pratiqués contre leur avis, nonobstant les sanctions pénales qu'ils pourraient alors encourir.

Il faut donc critiquer la jurisprudence qui approuve la mesure d'assistance éducative fondée sur le fait qu'une jeune fille, traitée en France pour sa surdité, soit en danger du fait que sa mère projette de retourner au Gabon. [3] D'une part, le non traitement de la surdité n'était pas démontré puisqu'il n'était qu'éventuel et d'autre part, le non traitement ne créait aucun danger réel pour la santé de l'enfant.

Ou alors il faut inclure dans la notion de danger, au sens de l'article 375 du Code civil, le risque de ne pas être correctement soigné pour une affection invalidante ce qui est totalement abusif. Le juge des enfants n'a pas à intervenir comme garant d'un niveau de qualité des soins. [4] Il n'est pas le serviteur d'une norme médico-scientifique ou morale, il est le recours de l'enfant en danger du fait de la carence de ses parents.

---

[1] Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (...)", art.4, "La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.", art.5, "Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.", art.10.

[2] Cf. supra 1ère Partie, p.117 et s.

[3] "Attendu (...) que la fillette est atteinte de surdité, que son état nécessite son maintien dans un établissement spécialisé de rééducation dans lequel elle a été placée par son père, et que Mme L. (...) a manifesté l'intention de retourner au Gabon (...), que la juridiction du second degré a souverainement déduit de ces constatations que par le fait de la mère la santé et la sécurité de la mineure était en danger.", Cass.civ. 25 nov. 1981, J.C.P. 1983-II-19952, 2ème esp.

[4] Sinon il faut lui reconnaître le droit de placer un mineur diabétique léger, épileptique, ou asthmatique que ses parents souhaitent emmener en vacances dans un pays ne disposant pas des moyens de la médecine occidentale.

B) L'incompétence du juge des enfants pour choisir une thérapeutique à la place des parents

Le danger encouru par le mineur n'est pas le seul critère de compétence du juge des enfants. La mise en œuvre de l'assistance éducative suppose également que les parents soient défaillants, soit qu'ils refusent le traitement, soit qu'ils s'en désintéressent.

La situation est fort différente lorsque les parents optent pour un type de traitement médical et que le corps médical en préconise un autre que les parents refusent. Il s'agit alors d'un conflit portant sur la nature de l'acte médical et non plus sur l'opportunité d'une action médicale. Les parents n'ont généralement pas montré de carence, mais au contraire une volonté de préserver la santé de leur enfant.

La Cour d'appel de Nancy a eu à trancher un tel conflit, dans lequel en première instance un juge des enfants avait estimé nécessaire d'employer une mesure d'assistance éducative pour contraindre une jeune fille de quatorze ans à continuer de se soumettre à un traitement très pénible que ses parents et elle-même souhaitaient abandonner au profit d'une option thérapeutique moins conventionnelle mais plus supportable.

La juridiction du second degré a infirmé le jugement en insistant sur la non compétence du juge des enfants pour trancher un conflit thérapeutique au sujet d'un mineur, certes en danger, mais dont les parents assument la mission de protecteurs naturels. La jeune fille était en danger du fait de la maladie et non du fait de la carence de ses parents. "*Attendu qu'il convient de souligner que la mère et la fille n'ont jamais divergé sur le choix de telle ou telle thérapeutique ; qu'elles ont toujours agi de concert et pris les risques que pouvait comporter tel ou tel traitement en toute connaissance de cause ; attendu, en définitive, qu'il est établi que la mineure a toujours été soumise à un traitement médical ; qu'elle en suit actuellement un de façon régulière, mais que ce traitement n'est pas celui préconisé par le professeur O... ; qu'il s'ensuit dans le cas d'espèce, que la saisine du juge des enfants revient, en l'absence de défaillance du milieu familial, à laisser à ce magistrat le choix d'une thérapeutique qui, de toute évidence, doit être laissé à la famille, d'autant plus qu'il n'est pas démontré que la mineure soit en danger immédiat.*" [1]

Le juge des enfants ne peut retirer aux parents leur qualité de "protecteur naturel" du mineur que dans les hypothèses de carence créant un danger. Lorsque le désaccord avec un médecin porte sur le type d'acte médical, nul ne peut s'immiscer dans les choix familiaux. Ni un médecin, ni un juge ne peuvent imposer aux parents d'un mineur qu'ils autorisent tel traitement plutôt que tel autre. Ce qui est une nouvelle illustration du respect de la volonté du malade en matière médicale et de l'exigence d'un consentement libre et éclairé.

Toutefois, les parents ne peuvent se "réfugier" derrière un choix pour une thérapie si inefficace ou fantaisiste qu'elle confine au refus de soins. Ainsi, pour l'hypothèse du refus de transfusion sanguine, que ce soit par option philosophique comme les témoins de Jéhovah ou par peur de la contamination par un virus, les règles ordinaires doivent trouver application. L'acte médical n'est licite que s'il est précédé d'un consentement libre et éclairé du protecteur naturel du mineur. [2]

Mais lorsque le refus total de transfusion est équivalent à un refus de soins parce qu'il n'y a pas de solution thérapeutique de substitution et que ce refus crée un danger pour l'enfant, le juge des enfants peut transférer à un tiers la responsabilité d'autoriser la transfusion. "*Attendu que la santé de la mineure est en danger en raison de son refus et de celui de ses parents de consentir aux actes*

---

[1] C.A. Nancy, ch. des mineurs, 3 déc. 1982, Gaz.pal. 1984, p.132 note DORSNER-DOLIVET Annick ; J.C.P. 1983-II-20081, note RAYMOND Guy, sur appel de T.G.I. Nancy, Juge des enfants, 4 juin 1982.

[2] "tant qu'aucune urgence n'impose de mettre immédiatement en route une thérapeutique comportant des transfusions sanguines, l'information éclairée du patient doit lui permettre d'opposer un refus non moins éclairé.", RENE Louis, *La transfusion sanguine et les interdits religieux*, Vie médicale 1975, 35, 3961-2962, cité par SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, Maloine 1991, pp.199-200.

médicaux jugés indispensables par les médecins traitants ; attendu en conséquence qu'il convient dans l'intérêt de la mineure d'autoriser les dits actes médicaux ; par ces motifs autorisons l'équipe médicale du Professeur F... à effectuer tous actes médicaux et en particulier des transfusions sanguines sur la personne de la mineure ; ordonnons l'exécution provisoire de la présente décision." [1]

Le corps médical approuve sans réserve cette jurisprudence qui va dans le sens de l'intérêt de l'enfant. Monsieur SOUTOUL affirme ainsi que les praticiens "*doivent pouvoir se montrer plus interventionnistes si, bien entendu, cela est impératif et nécessaire, pour passer outre à un refus systématique de l'entourage du patient mineur et ce, malgré leur souci de respecter les convictions religieuses profondes à la base de ce refus.*" [2]

Il faut toutefois veiller à ne pas confondre la décision du protecteur naturel et la possibilité de la contourner et la conduite à tenir en cas d'urgence. Parce que dans le premier cas, il est possible de soupeser les arguments des parents et les intérêts de l'enfant, alors que dans l'hypothèse d'une urgence médicale, la contrainte de temps impose d'agir vite. L'urgence suscite des règles dérogatoires au droit commun qu'il faut distinguer de la notion d'assistance éducative. En cas d'urgence (comme nous le verrons infra Titre 3) la décision de l'acte médical repose entièrement sur la conscience du médecin qui n'a aucun recours judiciaire a priori pour autoriser, interdire, ou renvoyer à la décision d'un tiers.

Conclusion du Chapitre 1

En ce qui concerne les actes médicaux accomplis sur un mineur, les règles du Code civil dérogent expressément à l'obligation de recueillir un consentement personnel du soigné. Loin de supprimer l'exigence d'un consentement libre et éclairé pour transférer le pouvoir d'agir au seul médecin, la loi attribue aux protecteurs naturels de l'enfant le droit et le devoir de veiller à sa santé. Les parents du mineur sont, à titre principal, les décideurs des actes médicaux à accomplir dans son intérêt. Seule une carence créant un danger pour le mineur ou l'urgence peuvent permettre de contourner leur volonté. En cas de carence, les mesures d'assistance éducative décidées par le juge des enfants sont un moyen efficace de confier à un tiers la qualité de protecteur de l'intérêt de l'enfant. En cas d'urgence, l'état de nécessité justifie des dérogations qui permettent au médecin de se dispenser de tout consentement pour décider seul, comme nous le verrons ultérieurement. [3] Le juge pénal appréciera a posteriori si le respect des prescriptions légales sur le consentement du protecteur du mineur remplit la condition de consentement à l'acte médical, telle qu'elle est exigée pour que la permission tacite de la loi rende l'acte médical licite.

Le régime de protection de mineur par un protecteur naturel et le contrôle judiciaire d'une éventuelle carence constituent une organisation à la fois originale et efficace. L'absence d'une autorité familiale empêche toute extrapolation de ce régime à la situation du malade majeur, alors même qu'il serait souhaitable que le législateur s'inspire de l'existence de ce juge protecteur de la personne du mineur pour pallier les lacunes du régime juridique de protection des biens du majeur "incapable" (cf. infra).

---

1 Juge des enfants Poitiers 22 juill. 1980, (inédit), cité par MEMETEAU Gérard, *Droit médical,* précité, n°584, p.391. Rq. le juge n'avait pas à autoriser lui-même mais à désigner un protecteur du mineur avec compétence pour consentir à la transfusion.

2 SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, p.205.

3 Cf. infra 2ème Partie, Titre 3, l'urgence, p.485 et s.

Chapitre 2 : Le malade mental et l'acte médical

Le malade mental est un sujet particulier pour les médecins parce qu'il ne représente généralement pas un interlocuteur sensé et raisonnable qui sollicite librement un acte médical. En attaquant les facultés mentales, l'affection psychiatrique diminue la lucidité du patient ce qui implique un certain nombre de dérogations aux règles ordinaires de justification de l'acte médical. "*Le malade mental par définition ne dispose plus de toutes ses facultés et, ayant perdu son libre arbitre, se trouve hors d'état d'exprimer une volonté valable.*" [1] Le corps médical intervient d'une part dans le processus de privation de liberté du malade (section 1) et d'autre part dans les soins proprement dits (section 2).

Section 1 : La privation de liberté du malade mental

La protection de l'ordre public et la protection du malade nécessitent parfois que le sujet soit privé de sa liberté. Or, toute privation de liberté ne peut résulter que d'une loi, dont le respect est contrôlé par l'autorité judiciaire. [2] La révolution ayant aboli les lettres de cachet qui permettaient aux familles de demander le "*renfermement des insensés*" [3], la licéité de tout internement dans un établissement psychiatrique repose aujourd'hui sur la loi.

Déjà connues dans la loi du 30 juin 1838, les modalités d'hospitalisation psychiatrique indépendantes de la volonté du sujet ont été réformées par la loi du 27 juin 1990, "*relative aux droit et à la protection des personnes hospitalisées en raison de leur troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation*", intégrée à l'ancienne loi de 1938 [4]

Cette loi prévoit trois régimes d'hospitalisation désormais appelés : l'hospitalisation libre, l'hospitalisation sur demande d'un tiers et l'hospitalisation d'office. Ces deux derniers modes d'hospitalisation sont des hospitalisations non consenties, ce qui est une dérogation très exceptionnelle à l'exigence du consentement personnel du soigné.

La loi du 27 juin 1990 a d'ailleurs rappelé expressément que "*nul ne peut être sans son consentement ou, le cas échéant, sans celui de son représentant légal, hospitalisé ou maintenu en hospitalisation dans un établissement accueillant les malades atteints de troubles mentaux, hormis les cas prévus par la loi (...).*" [5] La liberté est le principe, la privation de liberté reste l'exception. En pratique, "*le nombre des hospitalisations libres dépasse les 90% du total des hospitalisations*". [6]

Seule la preuve du respect strict des conditions de cette permission légale d'internement peut justifier pénalement le médecin de contribuer directement à la séquestration d'un malade qui est privé de sa liberté sur décision médicale.

Sont prohibés par la le Code pénal, le fait d'arrêter illégalement autrui - infraction instantanée - et le fait de retenir illégalement autrui - infraction continue -, au titre des "arrestations illégales et

---

[1] SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, Masson 1989, p.333.

[2] "Nul ne peut être arbitrairement retenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe.", Constitution de la V^{ème} République du 4 octobre 1958, art.66.

[3] "Plus de 90% des lettres de cachet sont demandées par les familles qui doivent expliquer longuement dans un «placet», qui sera suivi d'enquête, pourquoi elle sollicite l'autorité du roi pour faire enfermer dans l'une des quelques 500 maisons de force du royaume (...) son insensé qui casse tout dans la maison. A la fin du XVIII° siècle, la lettre de cachet tend à devenir, de la volonté même de Versailles, le mode unique d'internement des insensés et devient, même si cela peut paraître aujourd'hui paradoxal en raison de la légende noire, une garantie contre l'arbitraire non pas du roi, mais des familles.", QUETEL Claude, *D'où vient la loi de 1838 sur les aliénés ?*, Revue L'histoire, n°116, Nov. 1988, pp.73-74.

[4] Loi n°90-527 du 27 juin 1990, art. L.326 et s. C.S.P. Cf. Chapitre 3, "Mode d'hospitalisation sans consentement dans les établissements."

[5] Art.L.326-1 al.1 C.S.P.

[6] CAYLA Jean-Simon, *La protection des malades mentaux*, R.T.D.S.soc 1990, p.619.

séquestrations de personnes". [1] Or, l'internement d'un individu contre son gré ou sans son consentement constitue le fait de séquestration qui est un crime dès lors que la privation de liberté a duré plusieurs jours. [2] L'infraction de séquestration s'applique d'ordinaire aux preneurs d'otages et autres ravisseurs d'enfants, mais elle peut cependant trouver application en matière médicale chaque fois qu'un malade est retenu contre son gré dans un lieu de soins. [3] L'infraction est une faute volontaire, ce qui empêche de qualifier de séquestration l'internement illégal par "inadvertance". [4]

Le nouveau Code pénal crée d'autre part une nouvelle infraction : l'omission pour un fonctionnaire de mettre fin ou de dénoncer "*une privation de liberté illégale*". [5] Ce qui signifie qu'un médecin peut être poursuivi pour avoir commis une atteinte illicite à la liberté d'une personne, mais aussi, si, connaissant l'existence d'une telle infraction, il ne la dénonce pas.

La loi autorise exceptionnellement le médecin a participer à la privation de liberté d'un malade mental. Cette privation de liberté est licite lorsque le praticien peut faire état du respect des conditions de justification pénale prévues par la loi. C'est pourquoi il convient d'étudier le respect des conditions d'admission (§1), puis le respect des conditions de sortie (§2).

§1) Le respect des conditions d'admission

"*Certains ont pensé qu'il fallait «déspécifier» les hospitalisations non consenties des malades mentaux. Mais il est apparu que ces malades ont besoin d'une protection spécifique pour éviter que leur hospitalisation et la poursuite de celle-ci, ne soit le fruit de collusion ou de négligences administratives.*" [6] Après avoir exposé les conditions légales d'admission dans un établissement psychiatrique (A), il conviendra d'en analyser le respect par le médecin (B).

A) Les conditions d'admission dans un établissement psychiatrique

Pour la minorité des hospitalisations psychiatriques - sans le consentement du malade mental - une précaution préalable est prévue : seuls certains hôpitaux peuvent recevoir de tels malades. Dans chaque département français, il existe un ou plusieurs établissements habilités à accueillir les malades hospitalisés sans leur consentement. Cette habilitation relève d'une décision préfectorale. [7] La pratique montre qu'il s'agit d'établissements publics auxquels est confié ce monopole. [8] Les

---

1 "L'arrestation est un fait instantané, qui consiste à appréhender physiquement une personne et à la priver de sa liberté d'aller et venir. La détention et la séquestration supposent que la victime est privée de sa liberté de mouvement pendant un certain laps de temps, ce qui fait du crime, en ce cas, une infraction continue.", MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1834, p.1485.

2 Réclusion criminelle à perpétuité si la séquestration a duré plus d'un mois, réclusion criminelle de 10 à 20 ans si elle a duré entre 5 jours et un mois, art.341. C.pén. Vingt ans de réclusion criminelle au maximum, si la séquestration a duré plus de 7 jours, art.224-1 N.C.pén. L'article 114 C.pén. est applicable au fonctionnaire qui "aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques", (peine de la dégradation civique). Ce texte est applicable aux actes accomplis par tout fonctionnaire et donc au préfet, dans l'exercice de ses fonctions. cf. VERON Michel, *Droit pénal spécial*, Masson 1988, p.195. Dans le N.C.pén. l'acte attentatoire à la liberté individuelle commis par un fonctionnaire est punissable de 7 ans d'emprisonnement si la privation de liberté dure moins de sept jours et de trente ans de réclusion criminelle au delà de sept jours (art.432-4 N.C.pén.).

3 Ainsi pour une prostituée maintenue malgré ses protestations dans un service de vénérologie, Cass.crim.12 mars 1959, Bull.crim. n°175.

4 "Arbitraires ou abusifs, ces internements sont des atteintes à la liberté individuelle, mais le caractère intentionnel modifie sensiblement la nature de la faute.", CHAMPENOIS-MARMIER Marie-Pierre et SANSOT Jean, *Droit, folie, liberté*, P.U.F. 1983, p.253.

5 Trois ans d'emprisonnement pour l'omission de faire cesser la privation de liberté illégale (art.432-5 al.1 N.C.pén.), 1 an d'emprisonnement pour l'omission de dénonciation (art.432-5 al.2 N.C.pén.).

6 CAYLA Jean-Simon, *La protection des malades mentaux*, précité, p.626.

7 Art. L. 331 C.S.P.

8 "En psychiatrie, les établissements privés ne peuvent recevoir que des patients en secteur libre, c'est-à-dire des patients venus de leur propre chef. Les autres, ceux qui sont hospitalisés à la demande d'un tiers ou à la demande du maire ou du préfet, ne peuvent être internés que dans des établissements publics", FAVEREAU Eric, *Un lieu à part aux frontières de la loi*, Libération 16 juill. 1993, p.19.

établissements non-habilités sont soumis aux règles ordinaires concernant l'hospitalisation et les soins. [1]

Mais c'est surtout dans les conditions requises pour ces hospitalisations que se situent les garanties de respect de la liberté d'autrui. Il faut distinguer les conditions de l'hospitalisation d'office (1°) et les conditions de l'hospitalisation sur demande d'un tiers (2°).

1°) Les conditions de l'hospitalisation d'office

Les termes d'internement et de placement ne sont plus utilisés depuis la loi du 27 juin 1990 qui a remplacé l'expression «placement d'office» par celle d'«hospitalisation d'office».

Cette procédure s'applique aux "*personnes dont les troubles mentaux compromettent l'ordre public ou la sûreté des personnes.*" [2] Le préfet est habilité par la loi à décider par un arrêté cette hospitalisation d'office.

La personne hospitalisée doit présenter cumulativement des troubles mentaux et un état dangereux, éléments qui devront être démontrés dans l'arrêté préfectoral qui doit évidemment être motivé. Il s'agira le plus souvent d'un individu psychopathe : "*sujet atteint d'une maladie mentale. Individu déséquilibré dont le comportement est marqué d'impulsivité et d'explosivité*". [3] La constatation des troubles mentaux est déléguée au corps médical, par le biais de la production d'un certificat médical circonstancié.

La preuve de la dangerosité peut être faite par tout moyen (témoignages, P.V. de police etc...) En cas de danger imminent pour la sûreté des personnes, un maire ou un commissaire de police, peuvent prendre toutes les mesures provisoires utiles à charge d'en référer au préfet dans les vingt-quatre heures. A défaut d'arrêté d'hospitalisation d'office les mesures provisoires sont caduques au bout de quarante-huit heures. [4] Le maintien de ce régime d'hospitalisation est soumis à l'obligation de renouvellement de la décision préfectorale. [5]

2°) Les conditions de l'hospitalisation sur demande d'un tiers

Ce régime d'hospitalisation s'intitulait autrefois hypocritement le "placement volontaire". Seuls les spécialistes savaient alors que la volonté en question était non pas celle du malade, mais celle d'un tiers ! La procédure d'hospitalisation sur demande d'un tiers (sans le consentement du sujet) s'applique au malade non dangereux dont un "tiers" estime l'hospitalisation nécessaire. "*Il s'agit de l'hospitalisation par la volonté de la famille ou de l'entourage, d'un malade non dangereux mais refusant les soins que nécessite son état de santé*". [6]

La loi limite son usage à la situation dans laquelle pour le malade : "*1° ses troubles rendent impossible son consentement ; 2° son état impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier.*" [7]

L'admission est décidée par le directeur de l'établissement au vu de quatre documents : la demande d'admission, deux certificats médicaux et une pièce d'identité. La demande d'admission peut émaner d'un membre de la famille ou de toute "*personne susceptible d'agir dans l'intérêt*" du

---

1 "Toute personne hospitalisée avec son consentement pour des troubles mentaux est dite en hospitalisation libre. Elle dispose des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux qui sont reconnus aux malades hospitalisés pour une autre cause.", Art. L.326-2. C.S.P.

2 Art. L.342. C.S.P.

3 KERNBAUM Serge Dr., *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, précité, V° *Psychopathe*, p.709.

4 Art. L.343. C.S.P.

5 L'arrêté ouvre un délai de 1 mois, puis de trois mois et ensuite de 6 mois renouvelables. "Faute de décision préfectorale à l'issue de chacun des délais prévus à l'alinéa précédent, la mainlevée de l'hospitalisation est acquise.", L. 27 juin 1990, précitée, art. L.345, al.2. C.S.P.

6 GOUMILLOUX Régis, *Législation psychiatrique*, Masson, 2ème éd° 1991, p.2.

7 L. 27 juin 1990, précitée, art. L.333. C.S.P.

malade, à l'exclusion du personnel soignant. Le demandeur à l'admission devra exprimer sa requête par une déclaration manuscrite expliquant sa motivation ainsi que la nature de ses relations avec le malade, conjoint, concubin, voisin, employeur, enseignant etc... [1]

Un au moins des deux certificats médicaux doit être établi par un médecin extérieur à l'établissement d'hospitalisation, ce qui écarte le risque d'internement décidé sur connivence des médecins d'un même établissement.

Pour qu'une personne puisse être privée de sa liberté et être hospitalisée sans son consentement, sans même avoir montré un début d'état dangereux, il faudrait donc, qu'après demande d'un proche, se trouvent deux médecins pour certifier qu'elle est atteint de troubles mentaux nécessitant une hospitalisation. Ces médecins engageraient leur responsabilité pénale en contribuant à priver un individu de sa liberté (pour faux certificat et séquestration, comme auteurs ou complices).

B) Le respect par le médecin des conditions d'admission

Ne peuvent être admis dans les établissements de soins psychiatriques que les personnes souffrant de troubles mentaux. Or, cette constatation des troubles mentaux relève exclusivement d'une appréciation médicale.

Le médecin détient donc entre ses mains une des clés de l'hospitalisation non consentie lorsqu'il rédige un certificat de constatation de troubles mentaux. "*Le but de ce certificat est d'attester, en effet, qu'il existe bien des troubles mentaux. Il ne suffit pas d'en affirmer l'existence ; il doit écrire l'inventaire des symptômes présentés, il n'est pas nécessaire qu'il pose un diagnostic.*" [2]

Il existe des hypothèses dans lesquelles une hésitation est possible [3], ce que nul ne conteste [4], mais l'histoire de l'internement psychiatrique montre quelques rares exemples d'hospitalisation de personnes non-atteintes de troubles mentaux.

Le risque provient des conditions de constatation des troubles mentaux par les médecins. Le praticien doit impérativement examiner le sujet avec la plus grande attention. Il ne peut se contenter de relater des informations qu'on lui a rapportées. C'est pourquoi il faut condamner l'attitude du médecin qui rédigerait le certificat médical sans avoir personnellement vu le sujet de l'hospitalisation.

Un tel comportement est, au premier degré de l'analyse, une infraction de faux certificat [5] et au second degré, l'infraction de séquestration arbitraire. [6] Le médecin qui viole ostensiblement les

---

1 L. 27 juin 1990, précitée, art. L.333. C.S.P.

2 SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, précité, p.335.

3 Le cerveau n'est-il pas l'organe le moins bien connu ? cf. A la question qu'est-ce qui différencie le cerveau humain du cerveau animal : "La neurobiologie n'a qu'une seule réponse : l'observation d'un accroissement fantastique de la complexité qui explique sans doute notre ignorance. Le neurophysiologiste David Hubel, Prix Nobel de médecine, écrivait en 1978 : «Notre connaissance du cerveau humain est très primitive. Certaines régions ont fait l'objet de concepts fonctionnels, mais d'autres, aussi grosses que le poing, restent aussi peu connues que l'était le cœur avant que l'on ne comprenne qu'il pompait le sang.»", TYC-DUMONT Suzanne, *Neurobiologie et responsabilité sociale du scientifique*, in *Ethique médicale et droits de l'homme*, Actes-Sud 1988, p.180.

4 Le diagnostic des affections mentales est sans aucun doute une des opérations les plus difficiles vu la subjectivité des choses qui touchent le *psyché*. Les examens diagnostiques sont régis par les règles ordinaires de la permission tacite de la loi, consentement du sujet et utilité individuelle directe. Le médecin certificateur peut à ce stade de la procédure se limiter à une observation des signes extérieurs de troubles mentaux.

5 Les articles 160 et 177 du Code pénal punissent les infractions de faux certificat en tant qu'infractions intentionnelles. "La charge d'établir la mauvaise foi du prévenu incombe au ministère public et il faut bien reconnaître qu'elle s'avère très délicate, en dehors de quelques cas de fraude très caractérisés, où les certificats ont été établis sans examen de l'intéressé. Ainsi, on a pu voir un médecin certifier sans avoir vu l'intéressée que : «son état rend le malade dangereux pour lui-même et pour les autres et M.X. doit être interné» (T.G.I. Nancy, 29 juin 1979, Dr T., Le Monde 3 juill. 1979.", MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.98. cf. "Un certificat médical ne saurait être considéré comme faux dès lors que sa délivrance a été précédée d'un examen et que l'internement qu'il prescrivait a été estimé justifié par des experts.", C.A. Paris, Ch.Acc. 6 juin 1987, Jurisdata n°021446.

6 Lorsque le certificat destiné à l'internement et établi sans examen du sujet n'a pas été utilisé pour demander une hospitalisation d'office, les juges retiennent uniquement l'infraction de faux certificat. cf. C.A. Metz 10 avril 1991, Jurisdata n°043706. Rédaction sur demande de l'époux de la victime d'un certificat alléguant à tort de troubles mentaux, sans examen préalable. Le médecin certificateur

dispositions de la loi du 27 juin 1990 en ne respectant pas les conditions légales de l'hospitalisation non consentie dans un établissement psychiatrique, s'expose aux peines de l'infraction de séquestration sans pouvoir être pénalement justifié par la permission de la loi.

Le praticien consciencieux doit, au contraire, être pénalement justifié dès lors que le certificat est fondé "*sur un état psychiatrique constaté par un médecin qui s'est entouré de toutes les précautions*". [1]

Pour une hospitalisation d'office il faut, en plus d'une constatation médicale de troubles mentaux, que le sujet soit déclaré dangereux pour lui-même ou pour autrui. Cette appréciation relève exclusivement du préfet sous le contrôle du Conseil d'Etat. [2] Pour poursuivre pénalement le préfet qui aurait à tort fait hospitaliser d'office un malade mental non dangereux ou un individu ni malade, ni dangereux, il faudra prouver l'action délibérée et non la seule erreur. [3]

Il existe un risque certain de demandes abusives d'internement et il serait gravissime que ces demandes puissent aboutir à des internement abusifs [4] dans des établissements publics. [5] C'est un Procureur de la République qui a pu affirmer : "*l'internement abusif, ça existe. La mécanique administrative est mal fichue. Les contrôles sont théoriques, ça peut vous arriver à vous et à moi.*" [6] Bien que le risque soit faible et que les statistiques ne reflètent pas un contentieux considérable, il faut veiller au strict respect des conditions légales pour toute privation de liberté. "*Dans le cas le plus redoutable, c'est-à-dire du placement d'office, le risque d'internement arbitraire devient tout à fait exceptionnel. Il faudrait la collusion d'au moins cinq personnes. (...) C'est ainsi que depuis cette loi fondamentale de 1838 le nombre de cas d'internements abusifs dont les tribunaux ont eu à connaître se compte sur les doigts d'une seule main, même pendant les périodes les plus troublées de notre histoire.*" [7]

La principale raison, faut-il le rappeler, est l'existence de la maladie ; ne peut être interné sans son consentement que celui qui est atteint de troubles mentaux et toute situation voisine doit être exclue. Les médecins doivent ici rester vigilants. "*L'Académie de médecine, constatant la fréquence croissante du recours au prétexte d'un trouble mental en cas de litige, principalement en matière de divorce ou de garde d'enfant, souhaite qu'une vigilance particulière soit apportée par les médecins à la délivrance des attestations ou certificats correspondants.*" [8]

---

avait agi à la demande du mari trompé désireux de se venger en faisant interner son épouse pour prétendument la protéger de l'influence néfaste de son amant. Il aurait convenu, selon nous, de rechercher s'il n'y avait pas de surcroît une tentative de séquestration. De la part du médecin qui rédige le certificat sans consulter le patient il y a une faute civile délictuelle dont il doit assumer la réparation, cf. Cass.civ. 19 févr. 1991, D. 1993, somm. Droit médical, par Jean PENNEAU, p.19, 1ère esp.

1 Cass.crim. 6 sept. 1990, rejet de Ch.Acc. Paris 19 mai 1989, Jurisdata n°004129. Rejet du pourvoi contre un arrêt de non-lieu suite à des poursuites pour séquestration (art.341 C.pén.) contre un médecin ayant certifié l'existence de troubles mentaux d'un individu protestant contre l'expulsion de son logement.

2 "Un arrêté préfectoral de HO peut être jugé illégitime lorsque les experts concluent à l'absence de dangerosité d'un malade mental. Pour ce motif, l'état a été condamné à payer des dommages et intérêts par le Tribunal de Grande Instance de la Seine en 1963. (...) Le Conseil d'Etat statue pour «connaître de la régularité en la forme de la décision par laquelle un préfet ordonne l'internement d'une personne». (Conseil d'Etat, 8 novembre 1957).", GOUMILLOUX Régis, *Législation psychiatrique*, précité, p.18. cf. également CHAMPENOIS-MARMIER Marie-Pierre et SANSOT Jean, *Droit, folie, liberté*, précité, p.246.

3 Cass.crim. 20 juill. 1962, R.S.C. 1964, p.245, rejet du pourvoi contre l'arrêt de non lieu en matière de poursuites contre un préfet de police (art.114 C.pén.). "La violation de la loi n'impliquait pas nécessairement que le préfet avait agi de propos délibéré."

4 L'association Groupement Information Asile, a relevé des internements pour cause d'alcoolisme, de divorce, de conflit familial ou de conflit du travail ou, plus grave encore, des internements en matière de militantisme politique, de manifestation sociale ou d'opposition au service militaire. cf. BERNARDET Philippe, *Les dossiers noirs de l'internement psychiatrique*, Fayard 1989. Une décision judiciaire récente montre l'engagement de la responsabilité de l'Etat en cas d'internement pour s'être opposé à une expulsion, C.A. Paris, 30 mai 1991, D. 1993, somm.Droit médical, par Jean PENNEAU, p.19, 2ème esp.

5 Puisque les cliniques psychiatriques privées n'ont jamais pu pratiquer des hospitalisations non consenties. Une seule affaire concernant une fille de diplomate a donné lieu à des poursuites pour séquestration. "Cette procédure, malgré un retentissement considérable dans la presse, s'est logiquement close sur un non-lieu à statuer de la Cour d'appel d'Aix en Provence, le 27 mai 1971.", JEANSON F.Dr., *La responsabilité des cliniques psychiatriques privées en France*, in *Jus medicum*, Acta 6ème Congrès mondial de droit médical, Jus Médicum 1984, T.1, p.194.

6 SOUMIREN-MOURAT Pierre, Procureur de la République, Le Monde 20 juin 1978. Au sujet de l'affaire d'un paysan breton interné d'office par décision du maire de son village, parce qu'il s'opposait au remembrement...

7 SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, précité, p.341.

8 BERNARDET Philippe, *Les dossiers noirs de l'internement psychiatrique*, précité, p.99.

Le pouvoir d'imposer à autrui une hospitalisation contre son gré constitue un pouvoir gigantesque. On le comprend mieux si on le compare ce pouvoir médical aux règles que la procédure pénale impose de respecter avant toute privation de liberté (détention provisoire et emprisonnement). La loi a également cherché à limiter le danger d'atteinte à la liberté en organisant la sortie de l'hospitalisation non consentie.

§2) Les conditions de sortie de l'hospitalisation non consentie

La loi prévoit de manière libérale la décision de sortie de l'hospitalisation forcée (A), ce qui signifie que l'inertie des décideurs est un cas de non respect des conditions de sortie (B).

A) La décision de fin de l'hospitalisation forcée

L'issue de l'hospitalisation non consentie peut résulter soit d'une décision médicale et/ou administrative (1°), soit d'une décision judiciaire (2°).

1°) La décision médico-administrative

La fin de l'hospitalisation d'office résulte d'un nouvel arrêté préfectoral, l'arrêté de sortie. Celui-ci est généralement fondé sur une évolution de la situation pathologique qui est constatée par un certificat médical ou une expertise. L'hospitalisation d'office est parfois transformée en hospitalisation à la demande d'un tiers. Il s'agit d'une modalité "*très utilisée bien que non prévue explicitement par la loi. Au certificat médical constatant que l'état de santé du malade permet la levée de la mesure d'HO sont jointes les pièces permettant l'établissement de l'HDT. (...) (L'arrêté préfectoral mentionne uniquement la levée d'HO.) NB - La levée d'une mesure d'HDT ou d'une mesure d'HO n'implique pas obligatoirement que le malade quitte l'hôpital. L'hospitalisation peut se poursuivre sur le mode d'une hospitalisation simple.*" [1]

La fin de l'hospitalisation sur demande d'un tiers est décidée, soit par le directeur de l'établissement au vu de l'avis d'un psychiatre de l'établissement [2], soit par le préfet. [3]

Dans tous les cas le préfet peut décider de transformer cette hospitalisation en hospitalisation d'office. [4]

Le corps médical joue donc un rôle prépondérant dans l'admission et la fin de l'hospitalisation non consentie des malades mentaux. Il faut toutefois noter que la loi n'exige aucune condition spéciale pour qu'un médecin, fut-il généraliste, puisse rédiger un certificat destiné à priver un malade de sa liberté alors qu'il faut être spécialiste (psychiatre) pour pouvoir certifier que l'état de santé du sujet ne mérite plus une hospitalisation non consentie. La compétence de mettre fin à l'hospitalisation forcée représente donc une atteinte au principe d'omnivalence du diplôme de médecin... [5]

---

[1] GOUMILLOUX Régis, *Législation psychiatrique*, précité, p.10.

[2] Art. L.338. C.S.P.

[3] La personne qui avait demandé l'hospitalisation ainsi que tout membre de la famille peut formuler une demande de fin d'hospitalisation.

[4] Art. L.339. C.S.P.

[5] Cf. supra 1ère Partie, Titre 1, p.43 et s.

2°) La décision judiciaire

En dernier recours, la loi a donné compétence subsidiaire au juge judiciaire, garant des libertés individuelles, pour décider de la fin d'une hospitalisation non consentie. "*Toute personne hospitalisée sans son consentement ou retenue dans quelque établissement que ce soit, public ou privé, qui accueille des malades soignés pour trouble mentaux (...), tout parent ou toute personne susceptible d'agir dans l'intérêt du malade (...), peuvent se pourvoir par simple requête devant le président du tribunal de grande instance du lieu de la situation de l'établissement qui, statuant en la forme des référés après débat contradictoire et après les vérifications nécessaires, ordonne, s'il y a lieu, la sortie immédiate.*" [1]

Il s'agit là d'une garantie essentielle contre l'arbitraire potentiel ou l'inertie de ceux à qui la loi du 27 juin 1990 attribue le pouvoir de décider de la sortie de l'hospitalisation non consentie.

Ce mécanisme est le corollaire du rôle de la "Commission départementale des hospitalisations psychiatriques", à qui la loi a confié une mission préventive, de visite et de transparence des établissement psychiatriques : elle est "*chargée d'examiner la situation des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux au regard du respect des libertés individuelles et de la dignité de la personne.*" [2]

Le juge judiciaire est donc le garant du respect des conditions légales justifiant une atteinte à la liberté pour raison psychiatrique. Ce mécanisme procédural contribue lui-aussi à limiter les risques d'internement abusifs. L'exercice du pouvoir exceptionnel de privation de liberté que la société confie au corps médical est ainsi "encadré" par un contrôle judiciaire.

B) Le respect par le médecin des conditions de sortie

Il apparaît que la permission légale d'attenter à une valeur sociale aussi importante que la liberté doit être interprétée strictement. Toute dérive aboutirait à mettre à bas les principes de l'Etat de droit en permettant la dénaturation d'une procédure exceptionnelle, strictement limitée aux individus victimes de troubles mentaux.

Les médecins, qui ont un rôle essentiel dans l'organisation de l'hospitalisation non consentie, et les directeurs d'établissements psychiatriques doivent prendre conscience que le non respect des conditions prévues par la loi du 27 juin 1990 les exposent à des sanctions pénales pour séquestration. L'admission illégale et la prolongation illégale de l'hospitalisation non consentie sont également condamnables.

Or, le médecin répugne parfois à contredire le diagnostic qu'il avait pu donner à l'entrée pour permettre la sortie. Ne pas remettre en liberté celui qui n'est plus un malade mental est un internement abusif. [3]

La privation illégale de liberté résulte autant de l'admission illégale que du prolongement illégal d'une hospitalisation non consentie. Un directeur d'établissement psychiatrique a ainsi été condamné pour n'avoir pas déféré à la décision de sortie immédiate d'un malade que le juge judiciaire avait prononcé dans les conditions de l'article L.351 C.S.P. [4]

---

[1] Art. L.351. C.S.P.

[2] Art. L.332-3. C.S.P. Sur ce point cf. GOUMILLOUX R., *Législation psychiatrique*, précité, pp.13-14.

[3] Pour le cas d'un pyromane de 15 ans placé d'office et toujours hospitalisé contre son consentement 16 ans plus tard malgré la disparition totale des troubles mentaux liés à la puberté cf. "Le vrai problème se trouvait dans la tête du médecin traitant qui ne pouvait contredire dès le départ son propre avis d'expert. (...) C'est la parole et l'étiquette du médecin qui priva ce sujet de liberté.", LENOIR L., LAVOINE J.R. et OSTAPZEFF G., *Le marquage médical du corps ou quand le médecin se fait stigmatiseur*, in *Droits de l'homme et contrainte de la personne*, Masson 1980, p.58.

[4] C.A. Paris, 21 janv. 1982, Jurisdata n°028941.

La juridiction saisie a fait application du délit correctionnel de l'article 120 du Code pénal qui punit la détention arbitraire accomplie par "*les gardiens et concierges des maisons de dépôt, d'arrêt, de justice ou de peine, qui auront reçu un prisonnier sans mandat ou jugement (...), ou auront refusé de le représenter.*" [1] Il s'agit sans doute d'une volonté de clémence vis-à-vis de ce fonctionnaire mais la qualification des faits aurait dû être celle de séquestration.

L'internement abusif peut être qualifié de "séquestration" (art.341 C.pén) lorsqu'il émane d'un non-fonctionnaire et "d'attentat à la liberté" (art.114 C.pén.) lorsqu'il émane d'un fonctionnaire. "*La question s'est posée souvent de l'abus qui pouvait être à l'origine d'un placement ou qui conduisait à refuser la sortie d'un établissement, ou des conditions déplorables dans lesquelles des personnes retiendraient chez elle l'un de leurs parents aliénés. Il faut tenir pour certain que l'article 341 du Code pénal serait alors applicable. (...) Et si l'internement abusif est ordonné par le préfet agissant dans l'exercice de ses fonctions, c'est à l'article 114 du Code pénal qu'il importe de faire appel.*" [2]

Le nouveau Code pénal reprend cette distinction entre le fonctionnaire et le particulier en matière d'infractions portant atteinte à la liberté. Pour l'infraction d'enlèvement ou de séquestration, le particulier encourt 20 ans de réclusion criminelle (crime prévu par l'art. 224-1 N.C.pén.), alors que "*la personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public*", encourt 30 ans de réclusion criminelle (crime prévu par l'art. 432-4 N.C.pén.).

En revanche, "*la personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public*", est seule susceptible de commettre les infractions nouvellement créées. Le nouveau Code pénal incrimine l'omission d'agir pour faire cesser une privation illégale de liberté.

La première infraction consiste à "*s'abstenir volontairement soit d'y mettre fin si elle en a le pouvoir (la personne dépositaire...), soit, dans le cas contraire, de provoquer l'intervention de l'autorité compétente*" (délit prévu par l'art. 432-5 al.1 N.C.pén.). Il s'agit de la non-opposition à la privation de liberté illégale.

La seconde infraction consiste à "*s'abstenir volontairement soit de procéder aux vérifications nécessaires si elle en a le pouvoir, soit, dans le cas contraire, de transmettre la réclamatiom à une autorité compétente*" (délit prévu par l'art. 432-5 al.2 N.C.pén.). Il s'agit de la non-dénonciation de la privation de liberté illégale.

Aussi peut-on conclure : "*Il y a manifestement séquestration arbitraire lorsque le malade mental est maintenu en placement après guérison.*" [3] Le juge pénal doit être le contre-pouvoir du médecin lorsque celui-ci s'éloigne du respect de la loi. [4]

La loi du 27 juin 1990 contient quelques incriminations pénales spécifiques concernant le non-respect des obligations propres à certains acteurs de l'hospitalisation non consentie. Cela n'est pas un obstacle à l'application du droit pénal commun. Ces infractions punissent principalement la violation de conditions formelles prévues par la loi, telles que l'obligation d'aviser l'administration ou la

---

[1] Art.120 C.pén.

[2] MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1835, p.1487.

[3] CHAMPENOIS-MARMIER Marie-Pierre et SANSOT Jean, *Droit, folie, liberté*, précité, p.247.

[4] C'est en particulier le rôle du Procureur de la République lorsqu'il effectue la visite trimestrielle de contrôle. (Visite prévue à l'art. L.322-2 du C.S.P.L. 27 juin 1990, et précédemment à l'art. L.332 C.S.P. L. 30 juin 1838). cf. "Le magistrat regagne son cabinet et, réfléchissant à ce qu'il vient de constater, il aperçoit l'étendue de ses responsabilités. Le législateur a fait une loi raisonnable. Il a fixé raisonnablement la limite des prérogatives de chacun. Il a prévu la contrainte pour les seules occasions où la contrainte est nécessaire, et lui a assigné un îlot dans un lac de liberté. Il a compté sans les praticiens qui, au prix de détournements de la loi, ont inversé les rapports et se sont emparés de leur matière en distillant la liberté comme pour en faire l'emblème de leur propre réussite.", Justice, janv. 1980, n°75.

famille, le respect des délais de renouvellement [1] ou le libre accès du malade à l'autorité administrative ou judiciaire. [2]

L'autorisation d'hospitaliser un malade mental sans son consentement est subordonnée au respect des conditions légales. Le non respect des conditions d'admission et/ou de fin d'hospitalisation détruit le fait justificatif de permission de la loi.

Conformément à notre analyse des textes spéciaux créant des dérogations aux conditions de licéité de l'activité médicale, il apparaît que la répression au titre d'une violation d'une obligation spéciale contenue dans une loi n'est pas exclusive de la répression au titre du droit pénal commun.

Le médecin qui ne respecte pas les dispositions de la loi du 27 juin 1990 commet une infraction pénale de privation illicite de la liberté d'autrui car il ne peut pas invoquer l'autorisation légale qui bénéfice aux médecins qui respectent les dispositions légales.

Si le médecin participe à la décision de privation de liberté d'un malade mental, sa vocation reste néanmoins l'accomplissement d'actes médicaux sur le corps de la personne, dans l'intérêt de sa santé.

Le rapport entre le médecin et le malade mental fut longtemps limité à un rapport de surveillance, vu la pauvreté des moyens thérapeutiques. Le médecin n'avait pour seul rôle que celui de décideur d'une "élimination partielle" du malade que l'on enfermait pour éviter qu'il ne nuise à autrui ou à lui-même. Or, la médecine moderne sait traiter les maladies mentales sans forcément recourir à la privation de liberté. Le développement des cures en milieu ouvert, des traitements ambulatoires, des appartements thérapeutiques sont des exemples de soins psychiatriques non hospitaliers. [3]

La découverte de moyens d'intervention thérapeutique sur les maladies mentales pose une seconde question qui est celle de la justification pénale des actes médicaux accomplis sur la personne du malade mental. [4]

Section 2 : L'assentiment aux soins médicaux donnés au malade mental

Il faut reconnaître que la société était très embarrassée par le traitement des maladies mentales tant qu'il n'y avait aucun espoir de guérir les personnes qui en étaient atteintes. C'est pourquoi les seuls débats juridiques sur les fous, aliénés et autres déments consistaient à identifier la personne civilement responsable des actes des incapables majeurs et à assurer la sauvegarde de leurs biens. [5]

Sur le plan pénal, la question principale était de savoir si le malade mental relevait ou non de l'article 64 du Code pénal qui écarte le dément du champ de la répression pénale. [6]

---

1 "La caducité automatique des mesures provisoires de sécurité et des hospitalisations d'office tend à protéger le malade contre le mauvais fonctionnement de l'Administration", CAYLA Jean-Simon, *La protection des malades mentaux*, précité, p.628.

2 Art. L.352 et s. C.S.P.

3 Sur ce point cf. FOLLEA Laurence, *Psychiatrie de rue*, Le Monde, 1er sept. 1993, p.11.

4 "L'hospitalisation des malades mentaux n'avait auparavant pour seul objet, faute de traitement efficace, que de protéger la société contre le malade et le patient lui-même contre ses pulsions suicidaires. L'obligation de soins se résumait alors en fait à une obligation de surveillance. Avec l'apparition des thérapeutiques biologiques (insulinothérapie, électro-chocs), des psychothérapies individuelles, collectives et institutionnelles, des chimiothérapies, dont la palette est sans cesse plus étendue et l'efficacité plus grande, la psychiatrie entrait dans l'ère thérapeutique." JEANSON F. Dr., *La responsabilité des cliniques psychiatriques privées en France*, précité, p.190.

5 Art.489-2 C.civ. et loi du 3 janvier 1968.

6 A noter également la contravention de police de 2ème classe, commise par "ceux qui auraient laissé divaguer des fous ou des furieux étant sous leur garde, ou des animaux malfaisants ou féroces ; ceux qui auront excité ou n'auront pas retenu leurs chiens lorsqu'ils attaquent ou poursuivent les passants quand même il n'en serait résulté aucun dommage.", art.R.30-7° C.pén. L'assimilation des fous à des animaux féroces serait le fruit d'une lecture trop rapide... La rédaction peut être parfois troublante. Comp. La contravention de police de 3ème classe commise par "ceux qui auront occasionné la mort ou la blessure des animaux ou bestiaux appartenant à autrui, par l'effet de la divagation des fous ou furieux, ou animaux malfaisants ou féroces, ou par la rapidité ou la mauvaise direction ou de chargement excessif des voitures chevaux, bêtes de trait, de charge ou de monture.", art.R.34-2° C.pén. Rq. Ces textes n'apparaissent plus dans le nouveau Code pénal.

Nul ne se préoccupait juridiquement de la nature des actes médicaux qui pouvaient être accomplis sur la personne des malades mentaux que la loi du 30 juin 1838 avait placés entre les mains des institutions psychiatriques.

Le désintérêt semble même être allé parfois jusqu'à la carence. A une époque où la vie a été dure pour la majorité de la population, pendant l'occupation, les aliénés français ont encore davantage souffert de privations alimentaires et de carence de soins. [1]

Les soins médicaux donnés au malade mental ne font l'objet d'aucune réglementation spécifique, ce qui signifie que la justification pénale des atteintes à son intégrité corporelle accomplies par un médecin relève de la permission tacite de la loi comme tout acte médical. Mais la spécificité du traitement médical des malades mentaux impose de s'interroger d'une part, sur la finalité thérapeutique dans le domaine des soins psychiatriques et d'autre part, sur le particularisme du consentement du malade mental.

§1) Les soins psychiatriques et l'exigence d'un but thérapeutique

"*La gamme des atteintes au corps humain va de la simple piqûre à la grande opération chirurgicale ; et les traitements neurologiques et psychiatriques ont eux-mêmes une gradation assimilable.*" [2] La nature de l'affection que le médecin tente de faire disparaître - le trouble mental - impose d'observer avec soin les critères de licéité des actes médicaux dans la mesure où le fait de porter atteinte à la personnalité d'un individu est toujours un acte grave qui ne peut être justifié que par une finalité thérapeutique certaine.

A) La gravité des traitements médicaux en psychiatrie

L'arsenal thérapeutique du psychiatre comporte des moyens d'intervention direct sur le cerveau et des moyens médicamenteux ; tous sont éminemment dangereux et parfois irréversibles : "*Certains moyens d'intervention comme la lobotomie, ou certaines pratiques thérapeutiques les électrochocs ou les cures de Sakel, ont pour conséquence des modifications durables et irréversibles de la personnalité de l'individu ou de ses fonctions mentales de base (mémoire...). (...) Les neuroleptiques n'ont pas moins d'effets dits «secondaires» reconnus : perte de dents, trouble de la vision, perte des cheveux, prise ou perte de poids considérable, perte de la mémoire, de la puissance sexuelle, perte de l'équilibre, de l'orientation etc... dont certains sont irréversibles.*"[3]

La description par un psychiatre du traitement par électrochoc : "*qui par le déclenchement d'une crise d'épilepsie avec perte de connaissance, suspension temporaire de la respiration, convulsions toniques et cloniques suivies d'un état de confusion mentale de courte durée, étaient assez fréquemment la cause de fractures*", atteste bien de cette gravité des atteintes induites par le traitement.

Les choses ont heureusement changé "*grâce à l'introduction d'une thérapie électroconvulsive modifiée, avec narcose, relaxation musculaire par voie médicamenteuse et préparation médicamenteuse du malade - une méthode thérapeutique compliquée et coûteuse.*" [4]

---

[1] Certains ont même pu prétendre qu'il y avait eu parfois comportement volontaire dans un but d'euthanasie douce. Le Dr Max Laffont cite le chiffre de 40000 morts dans sa Thèse de médecine, *L'extermination douce*, 1981. Elle fut publiée ultérieurement sous un titre plus neutre : *Déterminisme sacrificiel et victimisation des malades mentaux. Enquêtes et réflexions au sujet de la surmortalité liée aux privations dans les hôpitaux psychiatriques français pendant la période de la seconde guerre mondiale*, 1987.

[2] SAVATIER R.et J., AUBY J.M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, précité, n°289, p.264.

[3] BERNARDET Philippe, *Les dossiers noirs de l'internement psychiatrique*, précité, p.344.

[4] GSELL O. Pr., *Ethique et morale dans les traitements corporels en psychiatrie : thérapie électroconvulsive, psychochirurgie*, in Jus médicum Acta 6ème Congrès Mondial de Droit Médical, T.2, p.300. Cf. également : "Technique de traitement psychiatrique (...) qui consiste à déterminer une crise convulsive par le passage d'un bref courant électrique à travers le cerveau, (...), provoque une crise

Les traitements psychiatriques de ce type ne dépassent généralement pas la notion pénale de coups et blessures, mais ils peuvent néanmoins avoir des conséquences graves. C'est pourquoi le juge pénal devra veiller avec une toute particulière attention au respect des conditions ordinaires de la justification pénale des actes médicaux, sans quoi les malades mentaux risqueraient de devenir des citoyens de "seconde zone", hors du champ de protection du droit pénal. Les traitements les plus mutilants peuvent être justifiés à la condition d'être strictement et individuellement utiles à la santé du sujet. [1] La manière d'appliquer le traitement doit également être soumise au principe de la stricte nécessité : selon certains "*l'utilisation de moyens thérapeutiques détournés de l'intention thérapeutique est courante dans les services psychiatriques généraux. Qui n'a jamais entendu ou vu ou fait devant un malade réputé fonctionnel ou s'écoutant ou réputé simulateur, le geste qui consiste à prendre une thérapeutique ayant la réputation d'être douloureuse dans le but de lui «faire perdre l'habitude». L'injection de B12 mal placée ; l'aiguille mal biseautée et bien grosse, l'injection d'eau distillée en sous-cutanée ou intra-musculaire en sont des exemples.*" [2]

L'hôpital psychiatrique pourrait devenir un milieu à risque si l'on s'éloignait de la finalité strictement thérapeutique, c'est-à-dire l'utilité personnelle pour la santé du soigné.

Le second critère du caractère curatif des actes médicaux est : "la raison proportionnée". A l'heure actuelle, il pose des problèmes d'Ecoles au corps médical et par suite, à la société. Il existerait "*deux tendances parmi les médecins, les chirurgiens, les moralistes. Les uns raisonnent en droit et en avoir, en comparant pour un malade donné les avantages et les inconvénients de l'acte opératoire. Ils estiment par exemple que le soulagement apporté à des douleurs intolérables, la correction des troubles névrotiques graves justifient le risque d'un changement mineur de la personnalité. Les autres vont pensant que ce raisonnement, cette balance sont valables pour toutes les branches de la chirurgie, sauf pour la psycho-chirurgie. Ils admettent que la personnalité est un tout psychologique dont on ne peut changer une partie sans modifier l'ensemble.*" [3]

A défaut de pouvoir trancher, le pénaliste ne peut qu'affirmer que l'acte sans utilité thérapeutique ou ostensiblement disproportionné est pénalement illicite, faute de ne pouvoir remplir les conditions exigées par la permission tacite de la loi qui n'autorise que l'activité médicale à caractère thérapeutique.

B) L'illicéité des actes non thérapeutiques

Il n'est point besoin de revenir longuement sur la définition de la finalité thérapeutique d'un acte médical. Le critère juridiquement retenu est celui d'un acte utile à la santé personnelle du sujet dont les risques sont inférieurs aux avantages escomptés. Devront donc être qualifiés d'actes illicites tous les actes médicaux accomplis sans utilité pour le patient. Ce qui pose le problème de la prescription de médicament dans le but de créer une "camisole chimique". Les traitements psychiatriques n'ont pas pour but d'assurer la paix dans les établissements psychiatriques (1°) et encore moins de permettre une psychiatrie détournée (à finalité politique, familiale, sociale...) (2°).

---

tonique, puis clonique, suivie d'une phase stertoreuse et d'une amnésie complète.", KERNBAUM Serge Dr., *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, précité, V° *Electrochoc*, p.298.

[1] LENOIR L., LAVOINE J.R. et OSTAPZEFF G., *Le marquage médical du corps ou quand le médecin se fait stigmatiseur*, précité, p.63.

[2] "La torture est un mode de contrôle de la population, (...) Le milieu pénitentiaire constitue en effet, ce que l'on peut appeler une zone à risque (mais il y en a d'autres : hôpital psychiatrique, hospices, institutions d'handicapés etc..), où les manifestations de la violence peuvent être aussi bien réalisées entre détenus et gardiens, qu'entre les détenus eux-mêmes (cette dernière éventualité pouvant d'ailleurs faire l'objet de certaines manipulations plus ou moins conscientes de la part de l'institution.)", VEDRINNE J., *Du corps, lieu d'oppression à la contrainte de la personne*, in *Droits de l'homme et contrainte de la personne*, Masson 1980, pp.14-15.

[3] BERNARD Jean Prof., *De la biologie à l'éthique*, Buchet-Chastel 1990, p.143.

1°) Les actes de "police interne" et de punition

Il apparaît que pour assurer la quiétude et la sécurité dans les établissements psychiatriques, certains médecins prescrivent largement les drogues de toutes sortes destinées à calmer les malades. [1] La seule utilité d'une telle prescription peut être d'éviter que le malade n'attente à ses jours. En dehors du risque de suicide et de toutes les pathologies liées à l'auto-agression, la prescription de calmants à haute dose n'a plus de finalité thérapeutique.

Vouloir protéger les malades contre les violences des autres malades, vouloir assurer la sécurité (ou la "tranquillité") du personnel sont des projets honorables mais ils ne justifient pas un acte médical qui n'a aucune utilité pour la santé individuelle du patient.

Tout acte non-utile à la santé du patient est illicite faute de but curatif.

Il faut notamment s'opposer nettement à l'application de la technique des électrochocs à titre de punition : "*il arrivait qu'on en fasse un usage abusif, c.à.d. sans indication psychiatrique précise ou pour venir plus facilement à bout de patients difficiles, éventuellement même dans des cas de criminels sexuels.*" [2] La punition n'est tolérable que si elle a une utilité pour la santé mentale du malade. [3] Utiliser une technique psychiatrique pour punir relève de la torture.ou de barbarie. [4]

Il n'en demeure pas moins que le médecin peut parfois, dans un processus curatif, être amené à prendre des mesures coercitives. "*La nature des maladies mentales et du traitement qui leur est normalement appliqué donne cependant à ces relations un caractère particulier. (...) C'est notamment le médecin seul, à l'exclusion du personnel subalterne, qui peut décider des mesures de contrainte et de punition.*" [5] Ainsi en est-il du placement en chambre spéciale d'isolement en cas de crise violente. [6]

Permettre de s'éloigner de la finalité thérapeutique directe, c'est ouvrir la voie à la violence déjà endémique en hôpital psychiatrique.

2°) Les actes de détournement de la psychiatrie

Des quelques exemples de comportements abusifs précités et tirés de la jurisprudence, il nous semle que l'on peut craindre trois types de dérives de l'hospitalisation et du traitement

---

[1] Les praticiens utilisent parfois les expressions, "souffler" un malade, "shooter", "éteindre" ou "étendre"...

[2] GSELL O. Pr.., *Ethique et morale dans les traitements corporels en psychiatrie : thérapie électroconvulsive, psychochirurgie*, précité, p.300.

[3] Contra cf. L'aveu médical de pratiques à but exclusivement punitif dans les hôpitaux psychiatriques : "Dans les services médicaux la sanction se transforme en prescription médicale. Soit l'habituelle piqûre, pour le plus fréquent ; ailleurs c'est l'hydrothérapie qui en tient lieu sous la forme de diverses douches, draps froids, parfois enfin dans certains services ce fut le recours à la faradisation stimulante d'intensité croissante de durée et de fréquence prescrite sur ordonnance. C'est l'application en milieu médical de «la gégène». (...) Le médecin exerce une fonction gestionnaire et de responsabilité disciplinaire, il lui arrive de prendre dans l'arsenal thérapeutique dont il dispose, les moyens d'assurer son pouvoir et son autorité.", LENOIR L., LAVOINE J.R. et OSTAPZEFF G., *Le marquage médical du corps ou quand le médecin se fait stigmatiseur*, précité, p.63.

[4] "Le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie est puni de quinze ans de réclusion criminelle.", art.222-1 N.C.pén. Cf. la circonstance aggravante de l'acte de torture ou de barbarie commis "sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse est apparente ou connue de son auteur.", art.222-3-2° N.C.pén. Pour un exemple d'acte qualifiable de "torture" voir la lecture de cette scène qui se serait déroulée à l'hôpital psychiatrique Sainte-Madeleine de Bourg-en-Bresse en juin 1966. "Le traitement neuroleptique sera bientôt accompagné d'une cure de six électrochocs administrés sans anesthésie. Il en résultera pour Isabelle un blocage des vertèbres lombaires. Elle affirme même que lors de ces séances, auxquelles elle s'opposait vigoureusement, il arriva à une infirmière de lui tordre le nez pour la maintenir ; ce qui aurait entraîné une sinusite chronique. Elle aurait même eu droit à un électrochoc raté. Les conséquences des électrochocs seront immédiates : perte de la mémoire - trouble qui, depuis lors, est irréversible. Puis, toujours contre son gré, Isabelle devra subir plus de soixante comas provoqués par de doubles doses d'insuline, sa bonne constitution physique et le fait d'avoir toujours mangé peu de sucre rendant difficile la mise en coma - le tout assorti de Gardénal pour contrer les convulsions inhérentes à l'excès d'insuline qui causerait un coma prolongé susceptible de conduire à la mort ou de laisser des séquelles neurologiques. Il en résultera une prise de poids de 45 kilos, en sept mois.", BERNARDET Philippe, *Les dossiers noirs de l'internement psychiatrique*, précité, p.279.

[5] SAVATIER R.et J., AUBY J.M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, précité, n°527, p.498.

[6] FAVEREAU Eric, *Un lieu à part aux frontières de la loi, la chambre d'isolement dans les hôpitaux psychiatriques*, Libération 16 juill. 1993, pp.18-19.

psychiatriques, détournés de tout but thérapeutique pour poursuivre un but de "pacification", d'atténuation des conflits.

Ce premier but peut être la recherche de la "paix des familles". Nous avons vu le poids que la famille, les proches, pouvaient prendre dans la décision d'hospitalisation sur demande. Le médecin peut également interférer dans la vie familiale en prescrivant des calmants pour atténuer les conflits familiaux. Or, il serait excessif de voir dans toutes querelle conjugale, dans toute demande de divorce, dans toute discussion sur l'éducation, une indication psychiatrique. Nous avons déjà dénoncé cette tendance à la "psychiatrisation" en matière de tentative de suicide. [1]

Le deuxième but non thérapeutique peut être la recherche de la paix sociale. La psychiatrie ne doit pas servir à résoudre les conflits du travail (refus de licenciement, activisme syndical, par exemple), ni à pallier les lacunes du système carcéral. Il existe également un risque de recours systématique au traitement psychiatrique de certains délinquants (violents, violeurs, pyromanes, drogués...) que nous étudierons dans le cadre général de la "médicalisation de la délinquance". [2]

Enfin, la dernière dérive, plus connue, est la dérive politique. Monsieur le Professeur Jean BERNARD affirme que la psychiatrie est le domaine de la médecine qui risque le plus d'être dévoyé par un dictateur : "*lorsqu'on saura que telle molécule agira exactement sur telle fonction de l'esprit, sur tel comportement, l'homme aura réellement acquis la maîtrise du cerveau, le pouvoir de changer son propre cerveau, le pouvoir plus redoutable de changer le cerveau de son prochain. Le dictateur du futur, l'Hitler du XXI° siècle souhaite transformer pour les besoins de sa politique, ses sujets en tigres ou en moutons. Quelques molécules efficaces sont discrètement introduites dans l'alimentation des dits sujets. Et le dictateur dispose de 80 millions de tigres, de 80 millions de moutons.*" [3]

Il est inévitable que le développement des moyens d'action sur la personnalité des hommes intéresse les Etats totalitaires qui sont tentés de récupérer ces techniques nouvelles au service de leur politique. [4] La psychochirurgie est un outil médical très dangereux à cet égard. [5] De nombreux auteurs relatent l'utilisation des moyens médicaux de la psychiatrie dans un but politique. [6]

Cet écueil a toujours été évité en France par le contrôle du respect de l'exigence strictement thérapeutique de tout acte médical. C'est pourquoi le juge pénal doit se pencher sur l'activité médicale, non seulement pour sanctionner, le cas échéant, la faute individuelle d'un praticien, mais aussi pour faire respecter les règles fondamentales de protection de l'intégrité physique et mentale des citoyens. Sur ce point, le juge pénal est un des gardiens des droits de l'homme.

Parce que le malade mental est particulièrement vulnérable, parce que les thérapies psychiatriques sont particulièrement attentatoires à la personnalité, il faut veiller au respect des conditions que la loi impose tacitement spécialement en matière de consentement. "*Nul médecin n'a*

---

1 Cf. supra 1ère Partie, Titre 1, p.83 et s.

2 Cf. infra Titre 2, p.478 et s.

3 BERNARD Jean Prof., *De la biologie à l'éthique*, Buchet-Chastel 1990, pp.146-147.

4 "La simple pression physique ou psychologique exercée dans le local du commissariat a pour écho la torture sophistiquée pratiquée dans un Etat dont les responsables loin de nier la revendiquent.", VEDRINNE J., *Du corps, lieu d'oppression à la contrainte de la personne*, précité, p.15.

5 "Les interventions psychochirurgicales stéréotaxiques sous la forme actuelle d'une petite intervention locale, sur un endroit déterminé du cerveau (...) peuvent avoir d'heureux résultats. Les risques secondaires sont moindres et l'intervention peut être répétée si besoin est. Le danger de cette intervention réside dans la possibilité qu'il y a de s'en servir dans un but politique, sans indication psychiatrique, pour modifier le psychisme d'éléments indésirables et les mettre hors d'état de nuire.", GSELL O. Pr., *Ethique et morale dans les traitements corporels en psychiatrie : thérapie électroconvulsive, psychochirurgie*, précité, p.303.

6 "Dans divers pays l'utilisation abusive de la psychiatrie à des fins politiques est systématique. La cause des poursuites et de l'internement est le délit d'opinion. La répression tente de se dissimuler sous le masque de la thérapeutique. Des techniques médicales sont grossièrement dévoyées, l'institution hospitalière transformée en appareil carcéral.", DRUCKER Henri, *Psychotropes et détention en hôpital psychiatrique pour causes politiques*, in *Droits de l'homme et contrainte de la personne*, Masson 1980, p.189. Cf. aussi FOLLEA Laurence, *Désordre psychiatrique en ex-U.R.S.S.*, Le Monde 25 août 1993, p.10.

de devoirs plus graves que le psychiatre. Nulle thérapeutique n'abandonne davantage le malade au médecin. (...) Ce n'est pas normalement au médecin mais, en principe au malade et, à défaut à ses proches d'apprécier l'équilibre entre le risque du traitement et le bien légitimement espéré. (...) Parmi les risques que le médecin ne peut prendre sans le consentement de principe du malade, ou, à défaut, des siens, il faut mettre celui de subversion de la personnalité psychique du malade." [1]

§2) Le malade mental et l'assentiment aux soins

Le malade mental est par définition un individu dont le psychisme est perturbé, ce qui peut justifier dans certaines situations qu'il soit juridiquement privé de sa liberté. Mais cette contrainte permise par la loi doit-elle s'étendre aux aussi graves et personels que les actes médicaux ? L'hospitalisation non consentie entraîne-t-elle une abdication des règles ordinaires sur le consentement aux soins ?

Il faut nettement distinguer la question de la privation de la liberté et la question de l'atteinte à l'intégrité corporelle, car ces deux catégories d'infractions sont justifiées par des permissions légales différentes. L'hospitalisation non consentie est permise expressément par la loi du 27 juin 1990, alors que les actes médicaux sont tacitement permis par la loi qui autorise l'activité médicale.

L'hospitalisation et les soins subséquents doivent être distingués : *"le malade mental par définition ne dispose plus de toutes ses facultés et, ayant perdu son libre arbitre, se trouve hors d'état d'exprimer une volonté valable. Il a donc besoin d'être protégé. (...) Tout d'abord dans sa personne, car il faut s'assurer à la fois : qu'il puisse recevoir les soins nécessités par son état, au besoin en le privant de sa liberté du fait de l'hospitalisation ; mais en veillant à ce que les modalités de ce traitement ne mettent pas sa liberté en péril, c'est-à-dire en évitant l'internement arbitraire dans le régime du placement dans un établissement."* [2]

En matière de soins psychiatriques, il apparaît que le consentement personnel du soigné reste le principe (A) et que le consentement substitué, donné par un tiers, est l'exception (B).

A) Le principe de l'exigence du consentement personnel du malade mental

Le malade mental est un patient ordinaire sur le plan juridique, cela signifie qu'il est présumé a prior apte à choisir d'être ou non hospitalisé et à accepter tel ou tel acte médical. [3] Des règles légales spécifiques existent pour l'hospitalisation ; nous les avons examinées. Mais ensuite, en cours d'hospitalisation, et a fortiori, en cas de traitement hors hospitalisation, il faut considérer que les règles gvnérales s'appliquent. Le consentement doit être recherché.

La doctrine a toujours affirmé que le consentement de la personne est nécessaire pour pouvoir toucher à son corps. Dans le domaine de la psychiatrie, un auteur affirme que ce principe se maintient sans modification substantielle : le médecin doit obtenir le consentement libre et éclairé du patient avant tout acte médical. *"Si grand que soit le médecin on ne peut admettre qu'il pose en principe que son patient est pratiquement incapable de comprendre l'acte médical, et en supporter*

---

1 SAVATIER R.et J., AUBY J.M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, précité, n°278, p.254.

2 SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, précité, p.333.

3 Toutes les équipes médicales ne sont pas prêtes à accepter cet état du droit, puisqu'il est même des praticiens pour penser que refuser un acte médical est un signe de trouble mental. Signalons le cas anecdotique de Mme G., hospitalisée en 1979 à l'hôpital Broussais qui sera considérée comme victime "d'un vécu persécutif avec délire sous-jacent", pour avoir refusé un examen médical complémentaire (examen anodin et sans effraction). Son refus de consentir à un acte diagnostique "indisposera quelque peu l'équipe médicale", qui au vu d'un passé dépressif (1963) demandera et obtiendra un placement d'office du préfet de police de Paris. Le certificat médical joint à la demande de placement d'office mentionnera : "ce comportement semble s'intégrer dans un système d'idées délirantes de la persécution (...) Son hospitalisation est vécue également dans une perspective persécutive. Elle la refuse, ainsi que tout traitement éventuel. (...) Mme G. présente des troubles psychiques qui la rendent dangereuse pour elle même et pour les autres, et qui nécessitent son placement dans un établissement régi par la loi de 1838." BERNARDET Philippe, *Les dossiers noirs de l'internement psychiatrique*, précité, pp.91-98.

la révélation, pour revendiquer lui-même une décision souveraine sur l'intégrité du corps du patient." [1]

La jurisprudence confirme cette analyse. Une décision très nette sur ce point de l'exigence du consentement a été rendue en matière de thérapie par électrochoc. *"Avant d'entreprendre un traitement ou de procéder à une intervention chirurgicale, le médecin, hors le cas de nécessité, se doit d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade, ou, dans le cas où il serait hors d'état de le donner, celui des personnes investies à son égard d'une autorité légale ou que leurs liens de parenté désignent comme des protecteurs naturels."* [2]

Le malade mental a le droit d'être informé de manière "simple, intelligible et loyale". Il ne devient pas du fait de sa maladie ou de ses troubles un objet médical : il est et reste un sujet. Certains psychiatres insistent sur l'importance thérapeutique de l'information du malade : *"L'information juridique du malade sera toujours nécessaire, il faut qu'il sache ce qui l'attend. (...) Une intervention ne peut avoir lieu contre la volonté du malade."* [3]

Toute altération pathologique du psychisme n'empêche pas la personne d'être lucide. Il faut distinguer selon que la faculté de jugement est atteinte ou non. *"Le refus de soins de la part du malade mental ne peut être admis que si la maladie mentale est compatible avec la liberté du consentement. En d'autres termes, seuls les états psychotiques, c'est-à-dire au sens propre du terme rendant les sujets aliénés puisque non conscients du caractère pathologique de leur état mental, sont en rapport avec cette exigence. La perte dans la psychose, de l'esprit critique et le trouble du jugement qui s'en suit déterminent une incapacité de fait. Par contre, la deuxième grande catégorie de maladies mentales, c'est-à-dire les états névrotiques, n'est pas juridiquement de nature à exclure un consentement valable ; le malade restant conscient en effet de sa névrose laquelle trouble son comportement, mais ne diminue pas ses facultés intellectuelles."* [4]

C'est pourquoi il faut lutter contre une certaine tendance à développer l'idée qu'il existe une obligation de soins envers les aliénés.

La privation de liberté non consentie n'est pas la contrainte de soins et si la loi permet d'interner, elle n'a jamais permis de soigner de force un malade en état d'exprimer sa volonté. Ainsi *"la nature des maladies mentales et du traitement qui leur est normalement appliqué donne cependant à ces relations un caractère particulier. Le malade interné dans un établissement psychiatrique est soumis à des mesures privatives de liberté et à un régime de police médico-administrative (...) L'autorité ainsi accordée aux médecins ne peut cependant pas leur permettre de porter atteinte aux principes fondamentaux qui tendent à préserver la personne humaine. (...) Notamment, le principe d'intégrité de la personne humaine est sauvegardé par l'exigence d'un consentement préalable aux interventions chirurgicales pratiquées sur le malade."* [5]

Il reste que le malade est souvent "hors d'état" d'exprimer un consentement, soit parce qu'il est inconscient, soit parce que ses troubles mentaux le coupent de la réalité et de la communication minimale avec l'équipe soignante. Par exception au principe de l'exigence du consentement personnel, c'est un tiers qui peut être amené à consentir en nom et place du patient. Le tiers sera son représentant auprès du corps médical.

---

1 GHESTIN Pierre, *Le consentement du malade au traitement*, in *La responsabilité médicale en psychiatrie*, Congrès de psychiatrie et de neurologie de langue française, Masson 1980, p.207.
2 C.A. Lyon 17 nov. 1952 ; rejet du pourvoi par Cass.civ. 8 nov. 1955, J.C.P. 1955-II-9014.
3 GSELL O. Pr., *Ethique et morale dans les traitements corporels en psychiatriee*, précité, pp.303-304.
4 SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, pp.92-93.
5 SAVATIER R.et J., AUBY J.M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, précité, n°527, p.498.

B) L'exception : le consentement d'un protecteur naturel du malade mental

C'est l'empêchement de consentir qui crée la situation exceptionnelle amenant le corps médical à solliciter un tiers plutôt que l'intéressé lui-même pour décider d'un acte médical. Pour un acte non urgent, il sera fait appel à un "protecteur naturel" du majeur ; pour un acte urgent, le médecin décidera seul. [1]

"*Si la personne ayant besoin de soins médicaux ne peut donner elle-même son consentement, son incapacité de fait ou de droit sera palliée par l'intervention des protecteurs placés à ses côtés par le juge ou par la loi.* " [2] Le protecteur naturel est déterminé différemment selon que le majeur est protégé par un régime juridique spécifique (1°) ou qu'il ne bénéficie pas d'un régime de protection (2°). [3]

1°) Le cas du majeur soumis à un régime légal de protection

Le Code civil a instauré plusieurs systèmes de protection du majeur incapable : la mise sous sauvegarde de la justice, la curatelle et la tutelle du majeur. Il s'agit de mécanismes de protection des majeurs : "*qu'une altération de leurs facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à leurs intérêts*". [4] Mais ces systèmes ont été conçu pour protéger les intérêts patrimoniaux des majeurs incapables et la loi du 3 janvier 1968 ne parle absolument pas de la protection de la personne de l'incapable ni du consentement à l'acte médical.

L'évolution du droit positif montre pourtant que les organes de protection des biens de l'incapable se sont vus reconnaître la mission de protéger la personne de l'incapable. [5] C'est ce qu'affirme la Cour de cassation : "*les régimes civils d'incapacité ont pour objet d'une façon générale de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable.*" [6]

Le principe du consentement personnel du soigné à l'acte médical reste la règle tant que le majeur, même protégé, est lucide.

Lorsque le majeur protégé n'est plus en état d'exprimer un consentement, les praticiens se tournent alors vers les interlocuteurs qui protègent déjà ses biens en application d'un des régimes prévus par la loi du 3 janvier 1968. [7] "*Le malade placé sous sauvegarde de justice n'a besoin de l'autorité de personne pour conclure le contrat médical. Il en est de même pour le majeur placé sous curatelle, sauf s'il s'agit d'un traitement grave qui nécessite l'accord du curateur. Par contre, pour soigner un majeur en tutelle, il faut l'autorisation soit du tuteur pour un acte bénin, soit du Conseil de famille pour un cas grave.*" [8]

Le consentement personnel doit rester le principe, le consentement donné par un tiers est une exception. "*Même avec le consentement de la famille, il n'est pas normal que le médecin dispose du*

---

1 Cf. infra 2ème Partie, Titre 3, l'urgence, p.485 et s.

2 MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°564, p.380.

3 La littérature mentionne un seul auteur qui préconisait l'unique recours à "l'avis formel du médecin" dans toutes les situations et même en cas d'opposition de la famille ou du représentant légal. BOUDIN Dr., *De l'intervention chirurgicale chez les aliénés*, Annales d'hygiène publique et de médecine légale 1898, 3ème série, n°40, p.72.

4 L. 3 janv.1968, art.488 al.2 C.civ.

5 Sur cette question, cf. MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°597 à 599, pp.403-406. FOSSIER Thierry et HARICHAUX Michèle, *La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical*, R.T.D.soc. 1991, pp.1-14.

6 Cass.civ. 18 avril 1989, J.C.P. 1990-II-21468, obs. FOSSIER Thierry.

7 "Les hypothèses d'absence totale de consentement du majeur protégé doivent être réduites au maximum, le principe étant admis que le majeur doit donner son assentiment à l'acte médical dès qu'il est lucide. (...) En tout état de cause, la représentation de l'incapable ne saurait aboutir à un véritable gouvernement de l'incapable et le consentement de ce dernier doit être recueilli dès lors que le majeur protégé est dans la capacité physique de le donner.", FOSSIER Thierry et HARICHAUX Michèle, *La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical*, précité, pp.7-8.

8 SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, précité, p.222. cf. aussi FOSSIER Thierry et HARICHAUX Michèle, *La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical*, précité, pp.8-9.

malade. Cela ne lui est permis que dans les hypothèses où des circonstances particulières permettent de considérer le malade comme tellement affaibli qu'il est devenu, en fait incapable - si grandes que soient les précautions mises à l'avertir - de décider de lui-même. Cas qu'il ne faut pas considérer comme la règle, mais comme l'exception." [1]

En ce qui concerne le consentement des majeurs protégés à un acte médical, en cas de non-lucidité de l'intéressé, le régime de protection juridique conçu pour les droits extra-patrimoniaux a pour principal intérêt de désigner des interlocuteurs "officiels" au corps médical.

On peut toutefois s'étonner que la tutelle aux biens soit devenue la tutelle à la personne, instaurant de fait un gouvernement de l'incapable non lucide par des tiers. Il eu mieux valu désigner un magistrat comme protecteur du majeur incapable "en danger" avec une mission équivalente à celle du juge des enfants en cas de défaillance des protecteurs naturels. [2] Ce juge "protecteur du vulnérable" pourrait également intervenir en situation d'urgence où, pour l'heure, le médecin est le seul décideur. *"Plus importants encore sont les cas où il apparait nécessaire que la décision soit prise par le juge lui-même. Cela concerne les situations nombreuses où une personne n'est pas en mesure de consentir à l'usage de son corps. (...) Il est en effet paradoxal que cette autorité soit constamment appelée à intervenir dans la gestion des biens des incapables ou plus largement des patrimoines familiaux et que la protection de la personne en son corps lui échappe largement. Certes un juge n'est pas nécessairement plus avisé que des médecins ou que la famille. Son intervention a cependant le mérite d'être celle d'un tiers, d'une autorité neutre et non impliquée personnellement."* [3]

Et surtout, l'existence d'un tel magistrat pourrait supprimer les différences entre les majeurs protégés et ceux qui le sont moins.

2°) Le cas du majeur non soumis à un régime légal de protection

Le seul texte juridique qui fait référence à la situation du malade majeur non-protégé, est le Code de déontologie médicale. Selon l'article 7 alinéa 2 de ce Code : *"lorsque le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté ses proches doivent, sauf urgence ou impossibilité être prévenus et informés."* [4] Encore ne donne-t-il pas aux proches le pouvoir de représenter le patient et de consentir à sa place. La doctrine s'accorde néanmoins pour penser qu'il faut faire appel à une autorité de fait pour protéger le malade hors d'état de consentir personnellement.

Les proches sont les protecteurs naturels du malade incapable de fait. *"Le protecteur naturel du malade doit se déterminer d'après la variété des circonstances. Normalement l'époux vient en première ligne, puis s'il s'agit d'un célibataire majeur, les ascendants, et enfin les descendants. Mais cette hiérarchie des liens de droit peut être corrigée selon les cas par des liens de fait tissés par la vie. Le silence de la Loi laisse place ici à une sorte de droit naturel établi en équité. Les personnes qui assurent en fait (...) la protection du malade devront l'emporter sur des parents ou alliés plus proches juridiquement, mais indifférents dans leur conduite. Le médecin appréciera ces circonstances avec tact, sans oublier toutefois que dans le doute ce sont les liens de famille qu'il doit regarder comme les plus forts."* [5]

---

[1] SAVATIER R.et J., AUBY J.M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, précité, n°243, pp.219-220.

[2] Le Code civil attribue toutefois une attribution minime au Procureur de la République, celle de pouvoir visiter le majeur protégé (art.490-3 C.civ.). Sur ce "droit de visite", cf. FOSSIER Thierry et GUIHAL Dominique, *Un exemple de l'activité civile des parquets : la protection des majeurs*, J.C.P. 1990-I-3439, n°6.

[3] LABRUSSE-RIOU Catherine, *Servitudes, servitudes*, in *L'homme la nature et le droit*, Christian Bourgois 1988, p.369.

[4] Décret n°79-506 du 28 juin 1979 portant Code de déontologie médicale, art.7 al.2.

[5] GHESTIN Pierre, *Le consentement du malade au traitement*, précité, p.208.

Il faut constater que le médecin sera très embarrassé d'avoir éventuellement à choisir entre l'avis de l'épouse, de la concubine, de la voisine et de l'amie d'enfance. Il n'existe pourtant aucune règle plus précise en la matière.

L'incapacité de fait ne se transforme pas en incapacité de droit, et le médecin ne peut accomplir un acte médical non urgent. Il doit surseoir, soit jusqu'à ce que le malade soit en état de consentir, soit jusqu'à ce que l'un des protecteurs naturels exprime un consentement par "représentation".

Il est surprenant de constater que nulle règle normative ne distingue le consentement du protecteur naturel et le consentement du malade rapporté par un tiers. Dans le domaine des prélèvements d'organes post mortem, le législateur requiert que les tiers rapportent la volonté de l'intéressé avant sa mort. Ne serait-il pas possible de demander aux protecteurs naturels de l'incapable d'exprimer, lorsque cela est plausible, l'avis du malade avant qu'il soit devenu incapable de fait plutôt que de leur confier la lourde responsabilité morale de décider à sa place ?

Certains le pensent : "*lorsque, pour des raisons tenant à l'état du malade, ce dernier ne peut manifester sa volonté, le médecin ne devrait agir qu'avec le consentement des personnes habilitées ou qui, comme en matière de funérailles, sont en fait les mieux placées pour établir la volonté de l'intéressé.*" [1]

Cette absence de réglementation conduit à ne pas protéger correctement le patient qui va être soigné par des techniciens n'ayant aucun interlocuteur suffisamment "armé" sur le plan juridique pour être le contre-poids potentiel d'un projet thérapeutique.

C'est ce qui permet à certains médecins de décider seuls (hors urgence) après s'être inconsciemment attribué la qualité de protecteur naturel du malade. "*Il apparaît que l'incapacité de l'aliéné et l'incapacité générale du malade tendent à se rejoindre. De grands médecins en sont persuadés au point de se prétendre les tuteurs-nés d'une humanité qui deviendrait mineure du seul fait qu'elle recourt à eux pour se soigner. (...) Nous avons à plusieurs reprises souligné à la fois, l'éthique aristocratique qui inspire cette conception, les dangers qu'elle comporte et la méconnaissance qu'elle implique du contrat médical.*" [2]

C'est, entre autres raisons, pourquoi les régimes de protection juridique des incapables majeurs sont utiles et pourquoi l'existence d'un magistrat "protecteur" est souhaitable.

Conclusion du Chapitre 2

Le malade mental est un malade hors du droit commun en raison de la spécificité des troubles mentaux qui altèrent sa lucidité. La loi permet exceptionnellement qu'il soit privé de sa liberté et que, sur demande d'un tiers ou sur décision de l'administration, il soit hospitalisé sans son consentement. Cette permission repose principalement sur la constatation médicale des troubles mentaux ce qui attribue un pouvoir important au médecin certificateur. Le corollaire de ce pouvoir est de rendre le praticien pénalement responsable d'une privation illégale de la liberté s'il relate à tort des troubles mentaux.

La liberté est le principe et la privation de liberté, l'exception.

En ce qui concerne les soins psychiatriques, l'activité médicale est soumise aux conditions ordinaires de la justification pénale de l'acte médical par la permission tacite de la loi. Le médecin doit limiter ses interventions médicales aux actes ayant une finalité strictement thérapeutique, c'est-à-dire aux actes qui ont une utilité directe pour la santé personnelle du malade mental.

---

[1] LABRUSSE-RIOU Catherine, *Servitudes, servitudes*, précité, p.338.

[2] SAVATIER René, *Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine*, D.1958, chron. p.95, n°11.

Le malade mental doit consentir préalablement à tout acte médical car il n'existe aucune obligation légale de soins psychiatriques. Ce principe est riche de sens car il a pour corollaire qu'il n'existe pas d'obligation à la "normalité", laquelle est par ailleurs indéfinissable. Le droit pénal montre ici son caractère libéral. De même que la loi ne réprime pas l'évasion, par respect pour le besoin instinctif de liberté, elle permet au "fou" non dangereux de refuser qu'on le soigne pour le guérir de sa "folie". Peut être le législateur sait-il que : "*qui vit sans folie n'est pas si sage qu'il croit*" [1] ...

Lorsque le malade mental est hors d'état d'exprimer sa volonté la loi requiert tacitement le consentement d'un tiers : le protecteur naturel. C'est dans cette hypothèse que les soins au majeur incapable se distinguent nettement des soins au mineur, car il n'existe pas d'équivalent du juge pour enfants. Il faut souhaiter que le législateur crée un jour la fonction de juge protecteur de la personne du majeur incapable.

Le consentement personnel du soigné est le principe, la non-exigence du consentement personnel est l'exception. Il en est autrement dans les hypothèses où le législateur a décidé d'imposer un acte médical à des individus dont la liberté de consentement est ainsi considérablement limitée.

---

[1] La ROCHEFOUCAULD François Duc de (1613-1680), *Réflexions ou sentences et maximes morales*, connues sous le titre de Maximes, n°209, Livre de poche 1991, p.112.

Chapitre 3 : Les actes médicaux imposés

Lorsque la santé d'un individu concerne la santé publique, la société se dote de moyens juridiques d'incitation au traitement médical. Ces moyens ont pour principale caractéristique de faire pression sur la volonté de la personne afin qu'elle se fasse soigner. La puissance coercitive de ces dispositions est variable : elle va du conseil appuyé au traitement imposé par la force en passant par le chantage à l'emprisonnement.

Les actes médicaux peuvent être imposés directement par une loi spéciale (section 1), mais ils peuvent aussi résulter de décisions judiciaires, et le juge pénal lui-même a les moyens juridiques de contraindre certains délinquants à se soigner (section 2).

Section 1 : Les actes médicaux imposés par des lois spéciales

Des lois ont réglementé à diverses époques la lutte contre les maladies menaçant la santé publique sans qu'il n'ait jamais été conçu de législation globale. C'est pourquoi on trouve au gré de normes éparses, l'obligation de se soumettre à des actes de prévention, comme la vaccination (§1) ou l'incitation à faire cesser un danger lié à un trouble de la santé, c'est le cas en matière de traitement des alcooliques dangereux (§2) et même parfois l'obligation de se soumettre à des soins, en particulier en matière de maladies vénériennes (§3).

§1) La vaccination obligatoire : l'obligation de prévention

L'immense majorité des actes médicaux repose sur la liberté des intéressés. Chacun a la liberté de se soigner ou non et de choisir un médecin qui lui-même bénéficie d'une liberté thérapeutique. La volonté libre et éclairée est le fondement de la relation médicale tant que la société n'est pas intéressée. Or, en matière de vaccination, le législateur a estimé que la solidarité dans la prévention de certaines maladies était une valeur supérieure à la liberté individuelle. C'est pourquoi il a institué le régime des vaccinations obligatoires, assorti de sanctions. [1]

En matière de vaccination, il y a donc une négation de la liberté de choix (A), assortie de sanctions en cas de refus (B).

A) Une négation de la liberté de choix d'un acte médical

La loi impose certaines vaccinations alors même qu'elles n'offrent pas forcément une utilité pour la santé individuelle du sujet (1°). Est-ce à dire que la loi permet, le cas échéant, que l'on procède par force à la vaccination des réfractaires ? (2°)

1°) L'imposition légale d'un acte médical non strictement thérapeutique

La vaccination est un acte médical ordinaire chaque fois qu'elle est effectuée par un médecin sur une personne consentante après avoir jugé d'une indication médicale. Dans le domaine préventif, l'indication médicale repose sur la notion de facteur de risque. C'est ainsi que sont justifiées par la permission tacite de la loi toutes les vaccinations dites facultatives comme la vaccination contre l'hépatite B ou la méningite.

L'originalité du système des vaccinations obligatoires est de prescrire l'acte préventif d'une part, en dehors de toute indication médicale individuelle et d'autre part, en faisant pression sur le

---

[1] "En théorie, le principe du volontariat ou, selon la formule du «consentement libre et éclairé» pour l'accomplissement de tout acte licite sur le corps d'une personne, repose sur une conception individualiste et libérale du sujet, à laquelle on peut opposer une conception sociale, solidariste et égalitaire, justifiant des obligations ou des devoirs imposés malgré le refus de l'individu. On ne reprendra pas ici la querelle des vaccinations obligatoires.", LABRUSSE-RIOU Catherine, *Servitudes, servitudes*, précité, p.336.

consentement des sujets qui ne sont plus libres. C'est pourquoi le fait justificatif ordinaire de permission tacite de la loi ne peut plus s'appliquer, laissant la place à la permission expresse de la loi qui crée l'obligation vaccinale.

Au fur et à mesure de l'évolution de la biologie et de la santé publique, certaines vaccinations obligatoires disparaissent [1] et d'autres sont créées. Sont aujourd'hui obligatoires pour tous : la vaccination antidiphtérique [2], la vaccination antitétanique [3], la vaccination antipoliomyélitique [4] et, avec certaines particularités, la vaccination antituberculeuse par le B.C.G. [5]

D'autres vaccinations sont obligatoires, soit pour certaines catégories de professionnels [6], soit sur décision du Ministre de la santé dans certaines zones en fonction de la menace d'épidémie. [7]

Lorsque la loi déclare ces vaccinations obligatoires, elle contredit expressément les règles les plus élémentaires sur le consentement à l'acte médical. "*Tout acte médical suppose le consentement de la personne concernée (...). Ce consentement doit être «libre», en ce sens que le médecin engagerait gravement sa responsabilité s'il exerçait une pression anormale pour l'obtenir.*" [8] La pression médicale, d'ordinaire illicite, devient ici un principe légal. La liberté qui ne devait pas être menacée par le praticien est niée par le législateur. [9]

Cela permet-il de conclure que l'Etat impose la vaccination par tout moyen, y compris par la force ?

2°) L'illicéité d'une vaccination réalisée par la force

L'obligation légale de vaccination a pour premier intérêt de justifier pénalement un acte médical effectué sans projet d'utilité individuelle directe pour le vacciné. [10] L'Etat déclare collectivement thérapeutique un acte préventif dont il serait délicat de rapporter la preuve d'une finalité thérapeutique au niveau individuel.

Le second intérêt de l'obligation légale est de faire pression sur la volonté des individus pour les inciter très fortement à se soumettre personnellement [11] à l'acte que la société considère comme socialement utile.

Mais les différentes lois instituant des vaccinations obligatoires n'ont nullement prévu que la vaccination puisse être effectuée par la force ou la ruse. "*Malgré l'obligation légale de vaccination, il n'y a aucun moyen de passer outre au refus des parents, et aucun médecin ne peut vacciner*

---

1 La vaccination antivariolique, (art.L.5 C.S.P.), a été suspendue et non pas abrogée, par la loi n°79-520 du 2 juillet 1979.

2 Art.L.6 C.S.P.

3 Art.L.7 C.S.P.

4 Art.L.7-1 C.S.P.

5 Sont dispensées les personnes présentant des réactions tuberculiniques positives et les personnes de plus de 25 ans. Art.L.215 et s. C.S.P.

6 Le personnel des établissements de soins doit par exemple être vacciné contre l'hépatite B et le personnel des laboratoires d'analyses de biologie médicale contre la fièvre typhoïde. Loi n°91-73 du 18 janvier 1991, art.L.10 C.S.P.

7 Vaccination antityphoparatyphoïdique pour les sujets de 10 à 30 ans dans les territoires à risque d'épidémie de fièvre typhoïde, (DOM-TOM). art. L.8 C.S.P. Vaccination contre le typhus, art.L.9 C.S.P.

8 SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, Sauramps 1991, p.25, cf. supra 1ère Partie, Titre 1.

9 En contrepartie l'Etat assume financièrement les risques liés aux conséquences de la vaccination obligatoire. Loi n°64-643 du 1er juillet 1964, et Loi n°75-401 du 26 mai 1975, art.L.10-1 C.S.P. cf. MODERNE Franck, *La responsabilité administrative en cas d'accident de vaccination*, R.T.D.soc. 1974, p.650. cf. "En rendant certaines vaccination obligatoires, le législateur, en effet, cherche à garantir à tous les citoyens une meilleure protection de leur santé. Si le bienfait qui en résulte pour l'ensemble de la nation doit se payer de quelques accidents, si rares soient-ils au regard du nombre des vaccinations pratiquées, n'est-ce pas justice que les bénéficiaires se penchent avec sollicitude sur le sort des victimes ?", DELARUE Fernand, *L'intoxication vaccinale*, Seuil 1977, p.75.

10 Sauf pour la tuberculose avec le système de sélection des sujets par la détection des réactions tuberculiniques négatives. Art. L.216 C.S.P.

11 Ainsi que leurs enfants mineurs. "Les parents ou tuteurs sont tenus personnellement de l'exécution de ladite mesure, dont justification devra être fournie", formule quasi-sacramentelle figurant dans les dispositions légales. cf. art. L.6 C.S.P.

l'enfant contre leur gré." [1] Les citoyens sont astreints à se soumettre à la réglementation sans qu'il soit juridiquement organisé que la force publique puisse les y contraindre. [2]

Il est possible d'établir une comparaison avec le service national qui est légalement obligatoire, mais qui ne donne pas lieu à une exécution forcée en cas de non respect de la loi. Le contrevenant s'expose à des conséquences juridiques diverses, dont les sanctions pénales, mais il ne sera pas contraint par la force à se soumettre à l'obligation légale.

Aussi, comme nul ne porte l'uniforme par la force, peut-on affirmer que nul ne peut être vacciné par la force, saisi par deux gendarmes et conduit devant le médecin qui procèdera à la piqûre.

Le législateur n'a pas prévu la vaccination contrainte et forcée : c'est donc qu'il ne la permet pas. Or, comme toute atteinte à l'intégrité physique est une infraction pénale, sauf lorsqu'elle est permise par la loi, le médecin qui vaccinerait un individu contre son gré serait punissable de violences volontaires et ne pourrait bénéficier du fait justificatif de permission de la loi.

Si la loi ne prévoit pas d'exécution forcée en matière de vaccination, elle organise toutefois un système de sanctions très efficaces pour faire céder les vélléités de résistance des individus.

B) Les sanctions du refus de vaccination

Tout l'arsenal des sanctions juridiques est déployé en vue du respect de l'obligation vaccinale, ceci démontre l'importance que la société accorde à cet acte médical préventif dont l'intérêt scientifique réside d'ailleurs dans l'exhaustivité réelle des personnes vaccinées. Le droit pénal n'a pas été oublié : refuser un acte médical peut être un comportement délinquant. [3] Il convient d'étudier les sanctions non pénales (1°), puis les sanctions pénales (2°).

1°) Les sanctions non pénales

La première sanction du non respect de l'obligation vaccinale concerne les enfants à qui la non "soumission" aux vaccinations obligatoires va fermer la porte de "*toute école, garderie, colonie de vacances ou autre collectivité d'enfants*". [4]

La menace de la marginalisation repose d'une part, sur un choix scientifique car l'enfant non-vacciné est à la fois vulnérable et vecteur des maladies contagieuses et d'autre part, sur une volonté de sanction car la non-scolarisation de l'enfant entraîne la perte de la plupart des avantages sociaux dont les allocations familiales. Les collégiens, lycéens et étudiants de l'enseignement supérieur n'ont pas été oubliés et peuvent être l'objet de sanctions disciplinaires. [5]

Sur le plan civil il semble que le non-respect des dispositions légales constitue une faute au sens des articles 1382 ou 1383 du Code civil, que la non vaccination soit décidée consciemment ou soit le résultat d'une négligence.

La mise en cause de la responsabilité civile délictuelle sera toutefois subordonnée à la preuve que la non-vaccination est à l'origine d'un dommage réparable, c'est-à-dire que l'enfant non vacciné a été le vecteur d'une maladie contagieuse. L'assurance ne saurait couvrir la faute lorsque celle-ci

---

[1] De TOUZALIN Hubert, *Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort*, J.C.P. 1974-I-2672, n°3.

[2] Contra cf. "Dans l'Oise en juillet dernier, les gendarmes ont enlevé trois enfants pour les conduire en milieu hospitalier afin de les faire vacciner. On a même pratiqué des vaccinations non obligatoires. On peut donc présumer que des interventions de ce genre se produisent auprès de parents qui ne connaissent pas la Ligue pour la liberté des vaccinations, ou qui sont trop écrasés par la société pour se défendre.", DELARUE Fernand, *L'intoxication vaccinale*, précité, p.160.

[3] Le législateur a toutefois prévu l'hypothèse d'une contre-indication individuelle, en matière de vaccination antipoliomyélitique, art.L.7-1 C.S.P. L'exception de contre-indication a disparu pour le vaccin antituberculeux, (L. 7 juill. 1980).

[4] art.L.6 C.S.P.

[5] Décret n°59-326 du 21 février 1959, sur la vaccination antituberculeuse. Art.L.217-1 C.S.P.

résulte du non-respect de la loi. Mais la sanction la plus symbolique est incontestablement la sanction pénale.

2°) Les sanctions pénales

Selon l'article 48 du Code de la santé publique, le non respect de l'obligation légale de se soumettre aux vaccinations obligatoires est pénalement sanctionné en tant que contravention de police de la cinquième classe. [1] La portée de cette incrimination est plus symbolique que réellement répressive et le contentieux porté devant les tribunaux de police ne semble pas volumineux.

Le principe juridique est néanmoins fort : est coupable d'un fait de délinquance celui qui refuse un acte médical imposé par la loi. [2]

Mais l'existence d'une incrimination ne permet pas à un tiers, un médecin par exemple, de prendre l'initiative de vacciner systématiquement des enfants ou de se saisir de force ou par ruse d'un adulte pour le traiter.

Le législateur espère que la menace de sanctions suffira à effrayer les citoyens pour qu'ils se soumettent à sa décision de santé publique. La loi crée une énorme pression sur le consentement au point qu'il n'est plus possible de parler de consentement libre et éclairé comme on l'exige d'ordinaire (tacitement) pour tout autre acte médical.

La pression sur la volonté de l'individu pour qu'il consente à un acte médical s'accentue lorsque l'intérêt n'est plus seulement potentiel, comme l'éradication des maladies contagieuses, mais réel, lorsqu'un individu a montré que sa maladie créait un danger pour autrui. C'est le cas de certains alcooliques.

§2) Le traitement des alcooliques dangereux pour autrui : l'incitation à la désintoxication

L'alcoolique n'intéresse d'ordinaire le pénaliste qu'autant qu'il a commis une infraction. Soit qu'il s'agisse d'une infraction liée à la consommation d'alcool [3], soit qu'il s'agisse d'une infraction commise sous l'emprise de l'alcool. En matière de consentement à l'acte médical, la loi a prévu des règles d'incitation de certains alcooliques à se soumettre à des actes médicaux indépendamment de toute infraction pénale : "*la cure de désintoxication peut être ordonnée ante delictum*". [4]

La loi permet que l'on attente à la liberté de l'alcoolique dangereux (A), dans l'espoir que cela entraînera une désintoxication de fait (B).

A) La permission légale d'attenter à la liberté de l'alcoolique dangereux

L'alcoolisme n'est que rarement cumulé avec une maladie mentale, auquel cas la loi du 27 juin 1990 trouverait application. L'alcoolisme n'est pas une infraction pénale en soi, permettant une privation de liberté par décision du juge pénal. [5]

Or, l'alcoolique dangereux pour autrui doit pouvoir être isolé pour au moins ne pas nuire. "*Que l'alcoolisme puisse être potentiellement dangereux pour son entourage est une chose évidente. (...)*

---

[1] Décret n°73-502 du 21 mai 1973, art. L.48 C.S.P. Les peines sont moins graves vis-à-vis du vaccin antituberculeux, selon l'art.L.218 C.S.P., c'est une contravention de la première classe, cf. R.26 C.pén. 30 à 250 F d'amende.

[2] La Cour de cassation a statué sur un cas de poursuites en reconnaissant le défaut de base légale d'une condamnation pour refus de vaccination variolique par suite de la suspension de l'obligation vaccinale par la loi du 2 juillet 1979. Cass.crim.14 oct. 1980, J.C.P. 1981, IV, 5. Les faits avaient été commis avant la suspension de l'obligation.

[3] Ivresse publique, art.L.65 C.D.B., conduite d'un véhicule en état alcoolique, art.L.1, L.3, L.15 C.route.

[4] PRADEL Jean, *Droit pénal général*, 8ème éd°, Cujas 1992, n°540, p.555.

[5] Lorsqu'un délinquant, condamné à une peine privative de liberté, est alcoolique, une mesure de libération conditionnelle peut être subordonnée à l'engagement de "se soumettre à des mesures de contrôle, de traitement ou de soins médicaux, même sous le régime de l'hospitalisation, notamment aux fins de désintoxication" (art.D.536-3° C.P.P.), ainsi que de "ne pas fréquenter les débit de boisson et s'abstenir de tous excès de boissons alcoolisées" (art.D. 536-9° C.P.P.).

Prendre toutefois des mesures contraignantes à titre préventif en vue d'un risque possible mais incertain est une atteinte à la liberté individuelle. Aussi seule la loi pouvait organiser une restriction médicale à la liberté des personnes." [1] C'est pourquoi le législateur a institué, par la loi du 15 avril 1954 [2], un système de détection des alcooliques dangereux et un mécanisme de privation de liberté : une hospitalisation non consentie. [3]

L'information doit être dirigée vers l'autorité sanitaire : "*tout alcoolique présumé dangereux doit être signalé à l'autorité sanitaire par les autorités judiciaires et administratives.*" [4] Celle-ci, après enquête et tentative d'approche "à l'amiable", avec l'aide des services sociaux et des sociétés antialcooliques reconnues d'utilité publique, s'efforce de proposer au sujet une solution médicale à son problème. La loi donne ainsi une chance à la désintoxication consentie : "*chaque fois que le maintien de la liberté de l'alcoolique paraît possible, l'autorité sanitaire essaie par la persuasion de l'amener à s'amender.*" [5]

Les actes médicaux qui seraient liés à la désintoxication volontaire sont alors pénalement justifiés par la permission tacite de la loi puisque la désintoxication a une finalité thérapeutique directe et qu'elle est, par hypothèse, l'objet d'un consentement libre et éclairé.

Si la solution douce est inefficace, la loi prévoit une solution subsidiaire : "la manière forte".

B) La désintoxication forcée par la privation de liberté

"*Quand le maintien en liberté ne paraît pas possible ou en cas d'échec de la tentative de persuasion (...), l'alcoolique (...) peut être cité par le Procureur de la République devant le tribunal de grande instance siègeant en chambre du conseil. Le tribunal, s'il reconnaît que l'alcoolique est dangereux, peut ordonner son placement.*" [6] Si l'alcoolique refuse de se désintoxiquer volontairement, la loi donne au juge civil, garant des libertés individuelles, la possibilité de le priver de sa liberté pour être placé dans un établissement de soins.

Cette logique d'internement est déjà celle de la législation de lutte contre les maladies mentales, mais la compétence des magistrats de l'ordre judiciaire remplace ici l'autorité administrative que représente le préfet.

L'alcoolique étant légalement privé de sa liberté, peut-on le contraindre à subir des soins ? La loi du 15 avril 1954 permet-elle la désintoxication par la force ? Il n'y a pas lieu de le penser.

Exactement comme pour le malade mental en cas d'hospitalisation non consentie, tout acte médical sur le corps de l'interné doit être précédé de l'expression de son consentement libre et éclairé. S'il est hors d'état de s'exprimer, le corps médical doit solliciter le consentement de ses protecteurs naturels.

Mais l'enjeu médical est très différent dans la lutte contre l'alcoolisme car la privation d'alcool est à elle seule un acte utile au recouvrement de la santé. L'individu peut être traité par le sevrage. L'établissement de soins agit sur la santé de l'alcoolique au même titre que la cellule de dégrisement du commissariat [7] pour l'individu appréhendé ivre sur la voie publique, mais sur un plus long terme.

---

1 SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, précité, p.357.
2 Art. L.355-1 à L.355-13 C.S.P.
3 Sur ce point cf. BOULOC Bernard, *Pénologie*, Dalloz 1991, n°538, pp.366-367.
4 Art. L.355-2 al.1 C.S.P.
5 Art.L.355-3 C.S.P.
6 Art.L.355-4 C.S.P.
7 La jurisprudence tolère que certaines violences soient exercées par les policiers pour maîtriser un forcené en état d'ivresse robuste et violent afin que force reste à la loi ! Pour un cas de relaxe fondé sur la permission de la loi (art.327 C.pén.) parce que les prévenus n'avaient pas fait du recours à la force un usage excessif et abusif. C.A. Douai 29 nov. 1989, Jurisdata n°049604.

[1] *"L'internement de l'alcoolique dangereux a un but essentiellement curatif et vise par conséquent à provoquer la désintoxication et la rééducation de la personne qui en est l'objet."* [2]

Dans tous les cas, que la désintoxication soit ou non accompagnée d'actes médicaux, la loi ne permet pas d'agir sans le consentement de l'alcoolique ou de son protecteur naturel. Il n'y a pas d'obligation légale de traitement [3] mais seulement une mise "hors-circuit" de l'alcoolique parce qu'il est dangereux pour autrui et dans l'espoir que l'isolement lui fera perdre sa détestable habitude.

La situation est quelque peu différente pour le malade atteint de maladie vénérienne.

§3) La lutte contre les maladies contagieuses : la contrainte de soins du vénérien

Dans sa volonté de protéger la santé publique, le législateur a décidé d'inciter les vecteurs de maladies contagieuses dangereuses pour autrui à être traités médicalement. [4] Cette législation ne s'applique qu'aux maladies curables pour lesquelles des solutions thérapeutiques existent. [5] Le but est de limiter le péril en astreignant les malades à se soigner, au moins pour ne plus être contagieux. *"Toute personne atteinte d'accidents vénériens contagieux est tenue de se faire examiner et traiter par un médecin jusqu'à disparition de la contagiosité."* [6]

La loi permet tout d'abord une pression sur le consentement par une sorte de chantage (A) puis, si celui-ci n'est pas suivi d'effet, une véritable contrainte de soins (B).

A) La pression sur le consentement : le chantage à l'information de l'autorité

Dans l'arsenal des mesures destinées à prévenir la propagation de certaines maladies transmissibles, le législateur a inclu la déclaration du cas de maladie par le médecin à l'autorité sanitaire. [7] Les maladies vénériennes font l'objet de dispositions spéciales. [8] La déclaration obligatoire peut être anonyme ou nominale selon les cas.

La déclaration comportant le nom du malade peut être qualifiée de dénonciation médicale car la loi permet expressément une violation du secret professionnel. L'objectif social - la protection de la santé publique - justifie une atteinte à l'intimité de la vie privée du malade.

Mais le système de déclaration par le médecin est conçu de manière à fournir au praticien un moyen de pression individuel sur son interlocuteur malade afin de le persuader de se faire soigner. Il doit tout d'abord avertir le malade des dispositions légales. [9]

---

[1] "Le placement est ordonné pour six mois. Il peut, dans les conditions prévues à l'article L.355-4 être prolongé pour de nouvelles périodes inférieures ou égales à six mois. Il prend fin dès que la guérison paraît obtenue.", Art.L.355-6 C.S.P. On peut douter de l'efficacité d'une telle désintoxication par simple sevrage vu les difficultés psychologiques liées à la désintoxication chez l'individu totalement libre et celles rencontrées par les alcooliques en prison et en hôpitaux psychiatriques.

[2] MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°724, p.905.

[3] Contra cf. "la loi a prévu que l'alcoolique présumé dangereux pour autrui peut être soumis à une obligation de traitement", SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, précité, p.357.

[4] "On entend par maladie vénérienne, pour l'application du présent titre : la syphilis, la gonococcie, la chancrelle et la maladie de Nicolas-Favre.", Art.L.254 C.S.P.

[5] En matière de V.I.H. le législateur n'est intervenu, pour l'heure, que pour créer une consultation de dépistage gratuite et anonyme. Loi n°87-588 du 30 juillet 1987, Art.L.355-23 C.S.P. Nul doute que le jour où les chercheurs trouveront un vaccin et/ou un moyen de cure du SIDA, les dispositions préventives et coercitives concernant les maladies transmissibles deviendront applicables par une loi nouvelle. De ce fait, le SIDA n'est pas, à l'heure actuelle, classé comme maladie vénérienne.

[6] Art.L.255 C.S.P.

[7] Art. L.11 C.S.P. qui renvoie pour la liste des maladies à un décret du ministre de la santé. Actuellement Décret n°86-770 du 10 juin 1986. Choléra, peste, rage etc...

[8] Ordonnance n°60-1246 du 25 novembre 1960, modifiant le C.S.P. : "Titre 2 -Lutte contre les maladies vénériennes", art. L.254 à L.311 C.S.P.

[9] Matérialisation préventive du principe "nemo censetur ignorare legem". Le malade averti ne pourra plus prétendre ignorer la loi. Ce qui est de toute manière inopérant sur le plan juridique. Le rappel de la loi est pédagogique.

Ensuite la loi a construit une alternative. Soit le patient contagieux accepte de se soigner et montre la volonté de faire cesser le péril pour son entourage et la déclaration obligatoire du médecin aux autorités sanitaires départementales est anonyme. [1]

Soit le patient refuse l'acte médical destiné à faire cesser sa contagiosité ou montre une inconscience dangereuse dans le suivi d'un traitement et la déclaration du médecin est nominale. [2]

Ce chantage s'accentue encore avec la menace d'une sanction pénale pour délit de non-traitement.

La liberté du malade atteint de maladie vénérienne contagieuse est donc fortement bridée par un chantage médical organisé par la loi. Le médecin peut utiliser le colloque singulier qui l'unit au malade pour exciper de l'obligation légale de dénoncer les récalcitrants et les réfractaires à ses soins, lesquels sont des délinquants passibles de sanctions pénales.

On est loin du consentement libre et éclairé d'ordinaire prévu par la permission tacite de la loi [3] puisque le législateur a permis d'extorquer un consentement sous la menace. Mais la coercition peut encore s'aggraver si les menaces sont inefficaces.

B) La licéité d'un acte médical contraint et forcé

Dans un premier temps, le refus de se soigner est pénalement sanctionné. "*Tout agent contaminateur qui, se sachant atteint d'une maladie vénérienne, ne peut pas faire la preuve d'un traitement régulier est puni d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 2000 F à 30000 F ou de l'une de ces deux peines seulement.*" [4] Ne pas se soigner lorsque l'on est vénérien est un comportement délinquant au même titre que le non-respect de l'obligation vaccinale, mais avec une différence de degré puisque le vénérien est auteur d'un délit correctionnel alors que le non-vacciné ne commet qu'une contravention de police.

En dernier recours, si le malade ne se conforme pas à la loi malgré le coup de semonce exprimé par le médecin, la législation antivénérienne permet le traitement par la force. En cas d'échec de la menace d'action, il est permis d'agir : c'est la logique de toute dissuasion.

Certains affirment toutefois qu'il n'est généralement pas besoin de sévir car "*la valeur du système réside dans sa seule existence ; et le seul avertissement du médecin à son malade suffit, du moment que cet avertissement pourrait secondairement s'armer de mesures efficaces, et que, simultanément, l'organisation médico-sociale met à la disposition des malades des possibilités simples, efficaces et gratuites de soins. L'autorité est assez armée pour ne pas sévir.*" [5]

Mais la loi a prévu un moyen de contrainte directe. Le malade soupçonné d'avoir communiqué sa maladie à des tiers et donc d'avoir démontré sa dangerosité est particulièrement visé par la contrainte dès lors qu'il ne peut pas faire la preuve d'un traitement régulier. "*Si la personne présumée malade ne présente pas le certificat dans le délai prescrit, elle pourra être contrainte par la force publique, à la requête de l'autorité sanitaire compétente, de subir un examen médical.*" [6]

Pour la première fois, le législateur permet que l'on utilise la force pour se saisir d'un malade et qu'on lui fasse subir un acte médical. Ce qui signifie que les personnes qui exécutent l'ordre légal

---

1 Art.L.258 C.S.P.

2 "La déclaration nominale des maladies vénériennes en période contagieuse est obligatoire lorsque le malade se refuse à entreprendre ou à poursuivre le traitement. En outre, le médecin doit effectuer cette déclaration nominale s'il estime que le malade fait courir un risque grave de contagion à un ou plusieurs tiers.", Art.L.259 C.S.P.

3 "Le malade est toujours libre de refuser les soins. (...) le malade est libre en effet d'avoir recours ou non à un médecin.", SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, p.33.

4 Art.L.285 C.S.P.

5 SAVATIER R.et J., AUBY J.M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, précité, n°481, p.456.

6 Art.L.261 al.4, C.S.P.

donné par l'autorité sanitaire sont pénalement justifiées pour les actes d'atteinte à l'intégrité physique qu'elles peuvent commettre, par la permission expresse de la loi.

Il faudra toutefois se limiter aux strictes infractions nécessaires à l'exécution de la mission légale. Seule des violences légères et une privation temporaire de la liberté sont permises. [1] Des violences graves seraient disproportionnées et certainement illicites par dépassement de la loi. Quant à la privation de liberté de longue durée, elle est prévue à part, et permet d'instaurer une forme de quarantaine pour le malade contagieux réfractaire aux soins en le plaçant d'office dans un service hospitalier. La loi crée un système d'injonction au traitement et de preuve du traitement (art.L.275 C.S.P.) et, en cas de non-respect, la loi permet l'hospitalisation d'office par arrêté du préfet sur demande de l'autorité sanitaire. [2]

Quels actes médicaux peuvent être imposés par la force au malade vénérien contagieux, libre ou hospitalisé contre son gré ? La loi ne parle que d'examens médicaux. Il faut en déduire que sont autorisés les actes à visée diagnostique destinés à identifier la maladie afin d'en déduire les meilleurs moyens de protection contre la contagion.

La loi ne permet pas de traitements non consentis, elle autorise seulement des actes diagnostiques comme des prélèvements sanguins, des radiographies, etc..., et des mesures prophylactiques comme l'isolement, la désinfection des lieux et des vêtements, etc...

Il est hors de question d'envisager de traiter la maladie vénérienne sans le consentement libre et éclairé du malade parce que la loi ne permet l'usage de la force que pour lutter contre la contagiosité et non contre la maladie. La loi est "*essentiellement conçue pour la protection des tiers, puisqu'elle n'exige de traitement que tant que le malade est contagieux et non jusqu'à sa guérison*". [3]

Contrairement aux alcooliques dangereux que la loi ne permet que d'éloigner des victimes potentielles du danger (en souhaitant tacitement que l'hospitalisation d'office les guérisse de l'alcoolisme par sevrage), les malades vénériens peuvent subir une atteinte à leur intégrité physique par des actes médicaux autorisés par la loi sans leur consentement et y compris par la force.

Toutefois cette exception importante au principe de respect du consentement n'est pas fondée sur la volonté de soigner un malade contre son gré, mais sur la protection des tiers vis-à-vis d'un agent contaminateur qui refuse de maîtriser sa dangerosité.

La loi a ainsi instauré une permission de "blesser" le vénérien par une sorte de légitime défense préventive. Par le risque qu'il fait courir à la santé publique, le vénérien contagieux est une menace face à laquelle la loi permet à la société de répondre par une "quarantaine" et un examen médical forcé. Le malade n'est pas soigné de force, il est rendu inoffensif. Libre à lui, par la suite, d'accepter un traitement au vu de son intérêt, fortement dépendant du chantage à la liberté dont il est alors l'objet.

Cette pression sur le consentement peut provenir d'une décision du juge pénal qui peut être amené à inciter un délinquant à se soigner.

Section 2 : Les actes médicaux imposés par le juge pénal

La loi fournit parfois au juge pénal les moyens juridiques pour imposer à un délinquant qui est de surcroît un malade, de se soumettre à des soins. Il convient d'étudier le cas particulier de

---

[1] cf. La possible comparaison avec l'art.73 C.P.P. qui permet à tout citoyen d'appréhender l'auteur d'un crime ou d'un délit flagrant. On considère généralement que cette permission légale ne "couvre" que des atteintes légères à l'intégrité corporelle et à la liberté.

[2] Directeur départemental de la santé, art.L.278 à L.284 C.S.P.

[3] SAVATIER R.et J., AUBY J.M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, précité, n°481, p.455.

l'injonction thérapeutique au toxicomane (§1) et les mécanismes généraux de la procédure pénale, à l'égard de tous les délinquants (§2).

§1) L'injonction thérapeutique en matière de toxicomanie

Le législateur français incrimine la consommation de stupéfiants. Le choix d'incriminer la consommation n'est pas unanimement partagé dans les pays occidentaux. "*Madrid a récemment changé de cap en adoptant la loi du 21 février 1992, dite loi Corcuera, du nom du ministre de l'Intérieur, qui réprime notamment «la détention illégale, même si elle n'est pas destinée au trafic». D'autres pays continuent cependant, à l'image de l'Allemagne, de la Grèce, des Pays-Bas et du Portugal, à ne pas incriminer l'usage des stupéfiants.*" [1]

Aujourd'hui, en France, le drogué est un délinquant. Mais il est aussi malade, d'où le dilemme permanent entre la prison et les soins, entre traitement répressif et traitement judiciaire (A). Le juge pénal dispose des moyens procéduraux pour "échanger" la répression contre la désintoxication, il s'agit d'une pression sur le consentement aux actes médicaux (B).

A) La conception juridique du drogué : délinquant et malade

Le drogué est condamnable selon les dispositions du Code pénal et il peut être classé dans la catégorie des délinquants. [2] Certains textes juridiques laissent pourtant penser que la société le considère simultanément comme une personne malade : "*toute personne usant d'une façon illicite de substances ou plantes classées comme stupéfiants, est placée sous la surveillance de l'autorité sanitaire.*" [3] Ainsi peut-on lire également l'intérêt pour "*la recherche scientifique sur les éléments qui constituent les facteurs profonds en jeu dans les causes, la prévention ou le traitement des toxicomanies*" et la création d'une structure [4], ayant pour mission de "*a) définir les mécanismes d'action des drogues entraînant une dépendance, c'est-à-dire un comportement orienté vers la recherche et la consommation d'une drogue en quantité nuisible à la santé du consommateur et à la société ; b) définir les antidotes aux effets nocifs des drogues entraînant la dépendance ainsi que les meilleures méthodes pour traiter et réhabiliter les toxicomanes et les pharmacodépendants.*" [5] Autant de formulations qui s'appliquent plutôt à une personne à soigner qu'à une personne à punir. Les termes employés (dépendance, nuisible à la santé, effets nocifs, prévention et traitement...) appartiennent au vocabulaire médical plutôt que juridique.

Est-ce à dire que le législateur contemporain tend à dépénaliser le débat avant de dépénaliser les faits ? Cela n'apparaît pas dans le discours des autorités. Ainsi, "*un préfet (M.Robert Broussard) fait «redécouvrir à la France que haschich = héroïne, et promet à tous les rigueurs d'un système carcéral».*" [6] L'évolution des mentalités et des pratiques judiciaires et policières montre pourtant une certaine "médicalisation" de l'usager de drogue. Ainsi, une circulaire du 17 mai 1978 invitait les procureurs de la République, saisis d'une procédure d'usage illicite de cannabis, à adresser «une mise en garde» à l'usager et à l'inciter à se présenter lui-même, à une personne ou une institution pouvant lui apporter une aide. [7] Le pas avait été franchi par la loi du 31 décembre 1970 créant l'injonction thérapeutique.

---

1 Le Monde 21 avril 1993 article signé E.In.

2 Cf. supra 1ère Partie, les auto-intoxications, p.117 et s.

3 Art.L.355-14 C.S.P.

4 Institut national de l'enseignement, de la recherche, de l'information et de la prévention sur les toxicomanies.

5 Loi n°87-1157 du 31 décembre 1987, relative à la lutte contre le trafic de stupéfiant et modifiant certaines dispositions du Code pénal (J.O. 5 janv. 1988), art.1.

6 Le Monde 20 janv. 1993, p.28, article signé F.N.

7 Le Monde 21 avril 1993 article signé E.In.

B) L'injonction thérapeutique : le traitement ou la prison

Le mécanisme de l'injonction thérapeutique permet au juge pénal d'inciter le drogué à se soigner en lui évitant la rigueur de la répression. Il s'agit d'une sorte de chantage qui dénature le problème en obligeant à choisir entre la qualité de malade et celle de délinquant (1°), alors que le drogué est délinquant et malade. Mais la société préfère guérir que punir (2°).

1°) L'obligation de choisir entre maladie et délinquance

"*Le procureur de la République pourra enjoindre aux personnes ayant fait usage illicite de stupéfiants de subir une cure de désintoxication ou de se placer sous surveillance médicale (...). L'action publique ne sera pas exercée à l'égard des personnes ayant fait un usage illicite de stupéfiants, lorsqu'il sera établi qu'elles se seront soumises, depuis les faits qui leur sont reprochés, à une cure de désintoxication ou à une surveillance médicale (...). Les dispositions prévues aux alinéas 2 et 3 ci-dessus ne seront applicables que lors de la première infraction constatée.*" [1]

Le ministère public peut donc marchander avec le drogué un traitement médical contre l'abandon des poursuites. La société accepte de ne pas punir celui qui accepte de se soigner. C'est la meilleure preuve de la reconnaissance officielle que le toxicomane est un malade.

Or, si le toxicomane souffre d'une altération de sa santé, cela ne dépend pas de son statut pénal. Pourtant, la loi induit une sorte d'alternative : ou bien vous êtes malade et vous vous soignez sans aller en prison, ou bien vous êtes délinquant et vous allez en prison sans être soigné. Ce qui est faux et dangereux tant pour l'individu que pour la société. [2] Le toxicomane est sans aucun doute un délinquant mais il est aussi un malade.

Ces deux "qualités" ne sont pas alternatives, elles sont cumulatives. Ce qui signifie que le toxicomane doit toujours pouvoir accéder à des soins médicaux ; que la société estime ou non qu'il doit être emprisonné est un autre problème.[3]

Il est plus cohérent de reconnaître que la société préfère que le drogué se soigne afin de guérir (choix à long terme), plutôt que de le punir (choix à court terme).

2°) La société préfère guérir que punir

Il apparaît que la loi du 31 décembre 1970 relative aux mesures de lutte contre la toxicomanie et le trafic de stupéfiants comporte une exception à la répression en ce qui concerne le drogué parce qu'il est malade. "*A côté de son volet répressif et judiciaire, la loi de 1970 prévoit un important volet curatif et médical. L'usager y est traité comme un malade, et soumis à traitement.*" [4] Toutes les solutions qui tendent à la désintoxication sont favorisées. "*Le législateur encourage en effet les toxicomanes à se faire soigner (...). En dehors de l'autorité judiciaire, l'initiative peut être le fait de l'intéressé ou de l'autorité sanitaire.*" [5]

La désintoxication est plus importante pour la société que la répression. "*Il est manifeste cependant que le législateur préfère voir appliquer le traitement médical à la mesure pénale dont le*

---

[1] Art.L.628-1 C.S.P. (Loi n°70-1320 du 31 décembre 1970).

[2] "Le risque de mortalité du toxicomane sortant de prison est deux fois supérieur à celui d'un toxicomane du même groupe n'ayant pas été emprisonné. (...) L'antenne de toxicomanie de Lyon avance dans ses statistiques portant sur les toxicomanes incarcérés que 47% d'entre eux ont fait plusieurs tentatives de suicide. La récidive est indépendante du temps passé en prison et de la durée du sevrage obligé. L'incarcération est peut-être le châtiment du trafiquant, mais en aucun cas elle ne peut représenter un mode de traitement de la toxicomanie.", GONIN Daniel Dr., *La santé incarcérée. Médecine et conditions de vie en détention*, éd° L'archipel, 1991, p.212.

[3] Ce raisonnement peut être étendu à d'autres situations humaines, prostitution, délinquance, immigration clandestine : "Un malade, qu'il soit en infraction ou en règle avec la loi, doit être soigné.", article anonyme, "MSF (médecins sans frontières) dénonce l'exclusion des soins d'une partie de la population", Le Monde 16 juin 1993, p.7.

[4] CABALLERO Francis, *Droit de la drogue*, Dalloz 1989, n°400, p.507.

[5] BOULOC Bernard, *Pénologie*, Dalloz 1991, n°544-545, pp.371-373..

rôle est surtout celui d'une menace." [1] C'est pourquoi le ministère public doit d'abord procéder à l'injonction thérapeutique (proposer la désintoxication) avant d'engager des poursuites. Par la suite, si le délinquant accepte de se soigner et suit le traitement, le parquet "perd" la possibilité de mettre en mouvement l'action publique. *"Si les intéressés se sont conformés au traitement prescrit et l'ont poursuivi jusqu'à son terme, «l'action publique ne sera pas exercée à leur égard» ; autrement dit, le parquet perd définitivement le droit d'agir par la voie pénale contre les personnes visées."* [2]

L'injonction thérapeutique est une autorisation légale d'exercer une pression sur le consentement du drogué, mais il ne s'agit en aucun cas d'une autorisation de procéder à des actes médicaux sans son consentement. *"Cette injonction thérapeutique ne doit d'ailleurs pas être confondue (...) avec une obligation de soins."* [3]

Il n'existe qu'une seule exception autorisant un acte médical sur la personne du toxicomane sans son consentement, y compris par la force. Il s'agit d'une disposition créée par la loi du 31 décembre 1987 (art. 60 bis du Code des douanes) qui permet des actes d'investigations sur le corps d'une personne soupçonnée de trafic de stupéfiants. *"Lorsque des indices sérieux laissent présumer qu'une personne franchissant les frontières transporte des produits stupéfiants dissimulés dans son organisme, les agents des douanes peuvent la soumettre à des examens médicaux de dépistage après avoir préalablement obtenu son consentement exprès. En cas de refus, les agents des douanes présentent au président du tribunal de grande instance territorialement compétent ou au juge délégué par lui une demande d'autorisation. Celle-ci est transmise au magistrat par tous moyens. Le magistrat saisi peut autoriser les agents des douanes à faire procéder aux examens médicaux. Il désigne alors le médecin chargé de les pratiquer dans les meilleurs délais."* [4] Le médecin qui pratique les gestes médicaux autorisés par le juge est alors justifié par le commandement de l'autorité légitime. [5]

En dehors de cette exception, tout traitement de force serait illicite, comme en matière de vaccination ou de traitement des alcooliques.

Les responsables d'établissements de désintoxication et les médecins qui soignent les toxicomanes savent depuis longtemps que la lutte contre la dépendance à la drogue ne peut être imposée. La dimension psychologique de l'auto-intoxication écarte l'efficacité d'éventuels soins forcés, auxquels les praticiens préfèrent aujourd'hui la notion de "contrat de désintoxication", terme qui reflète la libre adhésion du malade aux soins. [6]

En plus de l'hypothèse de l'injonction thérapeutique, le juge pénal dispose d'autres moyens d'incitation au traitement des délinquants-malades.

---

[1] PRADEL Jean, *Droit pénal général*, 8ème éd°, Cujas 1992, n°543, p.556.

[2] MERLE et VITU, *Procédure pénale*, précité, n°287, p.340.

[3] INGOLD François-Rodolphe, *Ethique, loi et toxicomanie*, in *Ethique médicale et droits de l'homme*, Actes-Sud 1988, p.184.

[4] Cette obligation de soumission à l'acte médical d'examen est assortie de sanctions. "Toute personne qui aura refusé de se soumettre aux examens médicaux prescrits par le magistrat sera punie d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 500 F à 15 000 F", art. 60 bis Code des douanes, in fine.

[5] Le médecin qui refusait de déférer à la réquisition de pratiquer les examens serait coupable de l'infraction prévue à l'article L.367 du C.S.P.. Sur ce point cf. O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, T.2, p.1262.

[6] "Est-ce bien ou est-ce mal de soigner un drogué contre sa volonté, (...). On citera également la pratique du «contrat» dans les centres de soins, pratique qui vise notamment à veiller sur la libre adhésion du patient au programme thérapeutique qui lui est proposé.", INGOLD François-Rodolphe, *Ethique, loi et toxicomanie*, précité, p.186.

§2) Le juge pénal et l'obligation faite à un délinquant de se soumettre à un acte médical

Lorsque le délinquant est traduit devant le juge pénal pour répondre de l'infraction commise, il s'expose à un certain nombre de réponses légales et judiciaires à la violation de la norme sociale. La loi pénale prévoit en effet différentes réactions juridique pour "rémunérer" la culpabilité du fautif.

La sanction pénale classique, qu'elle soit privative de liberté ou financière, a ses limites, ce qui explique que la société ait développé des moyens stratégiques nouveaux pour lutter contre la délinquance. L'éducation et la prévention sont des moyens d'anticipation du passage à l'acte infractionnel, l'ajournement et la dispense de peine sont des moyens de suspension de la répression de l'acte infractionnel.

Lorsque le délinquant est jugé simultanément malade, il peut être déclaré irresponsable si sa maladie a supprimé son imputabilité pénale. [1] Lorsque l'individu délinquant et malade est imputable, il peut être souhaitable qu'il se fasse soigner. Si la juridiction pénale estime qu'il mérite une peine, il sera soigné médicalement par l'administration pénitentiaire. Mais le juge pénal peut préférer placer le délinquant devant une alternative : ou se soigner ou être puni. Il a alors, de par la loi, les moyens juridiques de faire pression sur le délinquant pour qu'il consente à se soigner.

Il s'agir du principe d'une "épreuve médicale" (A) dont nous exposerons quelques applications (B).

A) Le principe d'une épreuve médicale

Dès le stade de l'instruction préparatoire, le juge d'instruction ou le juge des enfants, peut inciter un individu mis en examen (présumé innocent) à se soigner, par l'institution du contrôle judiciaire. "*Le contrôle judiciaire peut être ordonné par le juge d'instruction si l'inculpé (mis en examen) encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave. Ce contrôle astreint l'inculpé (mis en examen) à se soumettre, selon la décision du juge d'instruction, à une ou plusieurs des obligations ci-après énumérées : (...) 10° Se soumettre à des mesures d'examen, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation, notamment aux fins de désintoxication*". [2]

Cela signifie que le suspect reste libre de ne pas se soigner mais que le refus de respecter l'obligation fixée par le juge d'instruction, dans le cadre du contrôle judiciaire, risque de lui faire perdre sa liberté d'aller et venir. A défaut de consentir aux actes médicaux ordonnés par le juge, le suspect sera placé en détention provisoire. La loi donne au juge d'instruction la possibilité de soumettre un innocent à une "épreuve médicale".

Or, il convient sur ce point de rapprocher le contrôle judiciaire de l'institution du sursis car : "*l'assistance qu'entraîne le contrôle judiciaire préfigure la mesure de traitement et légitime le parallèle qu'on peut faire avec le sursis probatoire.*" [3]

Le sursis est une institution de suspension de la peine à la réalisation d'une condition. [4] En cas de sanction pénale assortie du sursis simple, la condition sera la non réitération d'un comportement infractionnel pendant un certain délai ; lorsqu'il s'agit d'un sursis avec mise à l'épreuve, la suspension de la peine est de surcroît subordonnée à l'accomplissement d'une ou plusieurs épreuves. Il s'agit donc d'un délinquant condamné pénalement, dont la peine est temporairement suspendue.

---

1 Art.64 C.pén., art. 122-1 N.C.pén.

2 Art.138 C.P.P. Sur ce point cf. MERLE et VITU, *Procédure pénale*, précité, n°412, p.480 ; PRADEL Jean, *Procédure pénale*, Cujas 6ème éd° 1992, n°440, p.455 ; BOULOC Bernard, *Pénologie*, Dalloz 1991, n°311, p.219.

3 MERLE et VITU, *Procédure pénale*, précité, n°383, p.449.

4 "L'exécution de la peine principale assortie du sursis avec mise à l'épreuve est suspendue pendant un délai qui, contrairement au délai d'épreuve du sursis simple, est variable au gré du juge entre les limites minima 3 ans et maxima 5 ans fixées par l'article 738 du Code de procédure pénale.", MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°827, p.1001.

En cas de réalisation de la condition suspensive, le sursis est révoqué et le condamné effectue sa peine sans qu'il soit besoin de le rejuger.

En matière de sursis avec mise à l'épreuve, l'article R. 58 (4°) du Code de procédure pénale et l'article 132-45 (3°) du nouveau Code pénal affirment une règle identique : la juridiction de condamnation ou le juge de l'application des peines peuvent imposer au condamné l'observation d'une obligation telle que : "*se soumettre à des mesures d'examen médical, et de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation.*"

L'obligation de se soumettre à des soins médicaux peut également assortir une décision de libération conditionnelle ou une mesure de semi-liberté. [1] Le nouveau Code pénal accroît encore les moyens pour le juge pénal de faire pression sur le consentement d'un délinquant-malade par l'institution de l'ajournement de peine avec mise à l'épreuve. [2] Ce mécanisme permet de déclarer la culpabilité d'un délinquant sans prononcer de peine.

S'il se soumet à "l'épreuve médicale" pendant une durée maximale d'un an, la juridiction peut, lors de l'audience de renvoi, le dispenser de peine.

B) Des applications de "l'épreuve médicale"

Il n'est pas surprenant que les juridictions pénales utilisent le mécanisme du sursis avec mise à "l'épreuve médicale" lorsque le délinquant condamné montre une "pathologie classique", telle que la toxicomanie, l'alcoolisme ou la maladie mentale (1°). Il est plus étonnant que ce principe soit étendu à des comportements dont nul n'a pu démontrer l'origine pathologique, ce qui est le cas en matière d'infractions sexuelles (2°).

Notre étude de l'application concrète du sursis avec mise à l'épreuve, consistant à l'obligation de se soumettre à un acte médical, se fonde essentiellement sur l'analyse d'une banque de données juridiques. [3]

1°) Application de l'épreuve médicale aux "pathologies classiques"

Sont au premier rang des délinquants-malades les coupables d'infractions liées à l'alcool dont les conducteurs sous l'empire d'un état alcoolique. [4] C'est pourquoi on trouve, au gré des rédacteurs des abstracts des décisions jurisprudentielles, des formules telles que : "*obligation de se soumettre à tous examens et traitements médicaux nécessités par son état et éventuellement à une cure de désintoxication et à l'adhésion à une association d'anciens buveurs*" [5] ou encore "*obligation de suivi*

---

[1] Cf. "Tableau des obligations susceptibles d'être imposées à certains condamnés ou inculpés traités en milieu ouvert", MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°725, p.907.

[2] Art.132-63 à 132-65 N.C.pén. A distinguer de l'ajournement de peine avec injonction (art.132-66 à 132-70 N.C.pén.) qui vise à astreindre l'auteur d'une infraction d'omission à se conformer aux prescriptions légales.

[3] Intitulé de la question posée le 30 juin 1993 à Jurisdata : "SURSIS MISE EPREUVE ETP MEDECIN* OU CHIRURGIEN*". La banque de données affiche alors 53 réponses dont 25 correspondant directement à notre étude. Les autres réponses comportent les mots "sursis avec mise à l'épreuve" et "médecin ou chirurgien", sans qu'ils soient liés entre eux. Exemples. C.A. Aix-en-Provence 21 févr. 1986, Jurisdata n°045739. Individu s'étant déguisé en médecin pour commettre un attentat à la pudeur. Condamnation à 2 ans d'emprisonnement ferme avec révocation d'un précédent sursis avec mise à l'épreuve. C.A. Paris 10 juill. 1989, Jurisdata n°024682, prévenu médecin condamné pour attentat à la pudeur sur un mineur de quinze ans, peine 30 mois avec sursis et mise à l'épreuve. C.A. Orléans 17 déc. 1990, Jurisdata n°048427, Prévenu condamné pour violence ayant entraîné une intervention chirurgicale de castration, 1 an d'emprisonnement dont 6 mois avec sursis avec mise à l'épreuve etc...

[4] Sur ce point cf. BOULOC Bernard, *Pénologie*, Dalloz 1991, n°537, p.366.

[5] Conduite sous l'empire d'un état alcoolique, défaut de carte grise, défaut d'assurance et délit de fuite, 8 mois d'emprisonnement, C.A. Paris 8 mars 1985, Jurisdata n°021068.

d'un traitement médical, interdiction de fréquentation des débits de boissons" [1] ou, plus sobrement, "*obligation de traitement médical*". [2]

La rechute pendant le délai d'épreuve montre souvent le non-respect de l'obligation de soins, ce qui peut entraîner la révocation du sursis : "*refus de suivre un traitement médical sérieux, constatations conformes aux observations du délégué de la probation. (...) Doit être totalement révoqué le sursis dont bénéficiait le prévenu condamné de nouveau pour conduite en état d'ivresse manifeste car ce fait démontre que cette bienveillante mesure d'assistance n'avait aucun effet sur lui*". [3]

Sont parfois visés par les juridictions pénales les alcooliques qui commettent des infractions de droit commun telles que des violences [4] ou un port d'arme prohibé. [5]

Le sursis avec mise à "l'épreuve médicale" est également utile dans le domaine de la toxicomanie pour inciter les personnes poursuivies pénalement à un autre titre que l'usage de stupéfiants pour lesquelles ne peut s'appliquer le système de l'injonction thérapeutique. Ainsi est-ce le cas pour celui qui vole pour acheter de l'héroïne [6], pour le complice d'une importation en contrebande de stupéfiants [7] ou pour celui qui provoque à l'usage illicite de drogue. [8]

Devant l'absence de précision concernant la nature du traitement médical, il faut envisager que la juridiction vise surtout la désintoxication avec accompagnement psychologique des prévenus par le corps médical.

La deuxième grande famille des délinquants-malades est constituée des personnes atteintes de troubles psychologiques qui, sans être démentes, méritent d'être soignées plutôt que d'être punies. Les auteurs de faits de violence se voient souvent astreindre à un "*suivi médical*" ou à "*un traitement médical*" [9], en particulier lorsque les gestes agressifs ont eu des enfants pour victimes.

Commettre des infractions de violence contre des mineurs de moins de quinze ans semble pour le juge pénal relever parfois du traitement médico-psychologique plutôt que de la sanction pénale. [10] Il s'agit de délinquants dont le comportement ne justifie pas une demande d'hospitalisation d'office au préfet. La loi du 27 juin 1990 ne réserve cette solution qu'aux malades mentaux dangereux.

---

1 Conduite sous l'empire d'un état alcoolique en état de récidive légale, 6 mois d'emprisonnement, C.A. Metz, 9 août 1989, Jurisdata n° 046118.

2 Conduite sous l'empire d'un état alcoolique, défaut de permis de conduire, 10 mois d'emprisonnement. C.A. Metz, 30 sept. 1992, Jurisdata n°047618.

3 C.A. Caen, 16 févr. 1987, Jurisdata n°050368.

4 Coups et blessures volontaires sur la mère adoptive, éthylisme chronique du prévenu depuis l'âge de 12 ans, "réadaptation sociale préférable à une peine d'emprisonnement (...) Obligation de suivi d'un traitement médical.", C.A. Metz 22 nov. 1989, Jurisdata n°049922. Coups et blessures volontaires et tapage nocturne, ivresse publique et manifeste, "obligation de suivi médical", C.A. Metz, 7 mai 1992, Jurisdata n°047730.

5 Prévenu en état d'ivresse tirant en l'ait avec un pistolet à grenaille, ayant des difficultés psychologiques, il est condamné à trois mois d'emprisonnement assortis du sursis avec mise à l'épreuve comportant l'obligation de "suivi médical". C.A. Metz, 29 juill. 1992, Jurisdata n°047613.

6 "Cure de désintoxication (...) Contrôle médical obligatoire", 6 mois d'emprisonnement. C.A. Bourges, 4 févr. 1988, Jurisdata n°042588.

7 "Obligation de soins médicaux", 3 ans d'emprisonnement. C.A. Metz, 13 mars 1991, Jurisdata n°043702.

8 "Obligation de soumission à des mesures d'examen de contrôle de traitement et soins médicaux", 4 ans d'emprisonnement. C.A. Paris 23 févr. 1987, Jurisdata n°023177.

9 Altercation entre deux femmes, coups et blessures avec arme, "obligation de suivi d'un traitement médical", 18 mois d'emprisonnement. C.A. Metz 23 août 1989, Jurisdata n°046120. Séquestration d'un voisin dans un but de vengeance, personnalité psychopathique, "obligation d'exercice d'une activité professionnelle et de suivi médical". C.A. Metz 17 oct. 1991, Jurisdata n°048805.

10 Coups et blessures sur une victime âgée de 2 ans, "obligation de suivre un traitement médico-psychologique", 2 ans d'emprisonnement. C.A. Poitiers 14 mai 1987, Jurisdata n°041647. Coups et blessures par une mère sur son fils, "personnalité fragile mal structurée, absence de dangerosité psychiatrique, (...), obligation de travailler et de suivre un traitement médico-psychologique." 18 mois d'emprisonnement. C.A. Paris 27 mai 1988, Jurisdata n°024540. Tentative de strangulation de la fille de sa concubine, "prévenu individu au psychisme fragile, (...), soumission à un traitement médical adapté.", 30 mois d'emprisonnement. C.A. Toulouse 27 avril 1989, Jurisdata n°044714.

Or le juge pénal est souvent confronté à des individus dont le passage à l'acte a été l'unique manifestation de dangerosité. Ainsi pour le cas d'un père de famille ayant porté des coups entraînant moins de 8 jours d'I.T.T. sur son fils de 9 ans, "*coups consécutifs au vol par le fils dans le portefeuille de son père, extrême nervosité du père*", il n'était pas à craindre que les facteurs de déclenchement de l'ire paternelle se reproduisent souvent. Le juge pénal a néanmoins prononcé une peine d'un an d'emprisonnement dont 9 mois avec sursis avec mise à l'épreuve : "*obligation de se soumettre à un traitement médical eu égard à son extrême nervosité.*" [1]

La décision de suspendre l'application de la peine pour lui préférer l'accomplissement d'une démarche médicale fait partie des attributions du juge pénal dans sa mission d'individualisation de la sanction. En incitant le délinquant à se soigner, les magistrats pensent mieux protéger les intérêts de la société qu'en infligeant une sanction pénale parfois plus désocialisante qu'utile. Ce raisonnement ne peut se comprendre qu'autant que le délinquant-malade peut être pris en charge par le corps médical, et que celui-ci peut lui proposer des actes à finalité thérapeutique directe. Désintoxication de l'alcoolique ou du toxicomane, stabilisation de l'humeur du violent, etc... Il est plus surprenant que le juge pénal applique le sursis avec mise à "l'épreuve médicale" aux délinquants sexuels.

2°) Application de l'épreuve médicale aux délinquants sexuels

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la légalité d'une décision condamnant un prévenu pour attentat à la pudeur sur mineur de moins de quinze ans à une peine assortie sur sursis avec mise à l'épreuve consistant à "*se soumettre à toute cure d'hygiène mentale et tous soins qui conviendraient à son état.*" [2]

Pour la Haute Juridiction, la détermination de la peine relève de l'appréciation souveraine des juges du fond dans les limites fixées par la loi. Ce qui signifie que l'obligation de se soumettre à des soins médicaux n'est pas critiquable devant la Cour de cassation dès lors que les conditions légales d'octroi du sursis probatoire et les règles de choix de l'épreuve sont conformes à la loi.

Depuis, les juridictions du fond ont utilisé largement cette possibilité d'inciter le délinquant sexuel à se soigner, en particulier la catégorie des auteurs d'attentat à la pudeur [3] et parmi eux tout spécialement les auteurs d'attentat à la pudeur commis sur des enfants. [4] De même trouve-t-on quelques décisions préconisant le traitement médical d'auteurs d'outrages publics à la pudeur. [5] Il n'est par contre pas surprenant qu'aucun violeur n'ait à notre connaissance bénéficié de cette mesure. Le viol étant un crime, il faudrait qu'une Cour d'assises fasse jouer le mécanisme des circonstances atténuantes pour prononcer une peine correctionnelle assortie du sursis avec mise à l'épreuve.

---

[1] C.A. Orléans 25 sept. 1987, Jurisdata n°044042.

[2] Cass.crim. 26 janv. 1983, rejet C.A. Reims 28 mai 1982, Jurisdata n°000600.

[3] Tentative d'attentat à la pudeur avec violence, "l'auteur des faits faisant l'objet de bons renseignement mais ayant déjà connu des symptômes semblables relevant d'une coloration médicale (...), obligation de suivre un traitement médico-psychologique", 18 mois d'emprisonnement, C.A. Aix-en-Provence 22 janv. 1986, Jurisdata n°045737.

[4] Attentat à la pudeur par un ascendant, prétexte d'éducation sexuelle de sa fille mineure de moins de quinze ans, "obligation de suivre des soins médicaux nécessités par son état de santé", 3 ans d'emprisonnement, C.A. Aix-en-Provence 21 févr. 1986, Jurisdata n°045736. Attentat à la pudeur sans violence sur une mineure de moins de quinze ans, "obligation de suivre un traitement médical", 3 ans d'emprisonnement, C.A. Pau, 6 sept. 1989, Jurisdata n°044539. Attentat à la pudeur sans violence sur un mineur de moins de quinze ans, "obligation spéciale de suivre un traitement médical", 3 ans d'emprisonnement, C.A. Pau, 7 mars 1990, Jurisdata n°041440. Attentat à la pudeur sur un mineur de moins de quinze ans par le médecin et ami de la famille, "obligation spéciale de se soumettre à des examens, contrôles ou soins médicaux", 3 ans d'emprisonnement, C.A. Paris 11 mai 1990, Jurisdata n°023510. Attouchements sans pénétration sur une fillette de 7 ans, "obligation de se soumettre à un traitement médical", 18 mois d'emprisonnement, C.A. Paris 23 nov. 1990, Jurisdata n°025227.

[5] Fait de baisser son pantalon dans un véhicule de transport en commun, "obligation de suivre un traitement médical", 3 ans d'emprisonnement, C.A. Pau, 7 mars 1990, Jurisdata n°041444. Prévenu se montrant nu aux passants à sa fenêtre, "traitement médical", 8 mois d'emprisonnement, C.A. Nancy, 14 févr. 1992, Jurisdata n°041727.

Il faut déduire de cette jurisprudence le fait que le juge pénal renvoie certains délinquants sexuels vers le corps médical dans le but de les soigner. [1] Ce qui sous-entend que la cause du passage à l'acte est pathologique. L'agresseur libidineux et l'exhibitionniste sont-ils des malades ou des délinquants ? Dans certains cas, ils sont délinquants et malades et peuvent être soignés plutôt que punis. S'il ne se soignent pas volontairement, ils seront punis.

La suspension de la sanction pénale dont l'exécution est subordonnée au respect de son obligation par le probationnaire est une incontestable menace pour le condamné. Il y a lieu de parler d'une pression considérable sur le consentement qu'il peut exprimer vis-à-vis de l'acte médical.

Quel acte médical les médecins peuvent-ils licitement proposer au délinquant qui désire respecter l'obligation prononcée par le juge ? La réponse est simple.

Etant donné que la loi n'a pas permis de déroger à l'exigence tacite de la finalité thérapeutique, les seuls actes médicaux licites sont ceux qui offrent une utilité directe pour la santé individuelle dont les risques sont inférieurs aux avantages escomptés. [2] Cela exclut dans la plupart des cas les actes chirurgicaux pour ne tolérer que les thérapies psychologiques. [3]

Pour prendre l'exemple d'une mutilation très symbolique en matière de délinquance sexuelle, il ne fait aucun doute que la castration est illicite [4], fut-elle demandée par le délinquant lui-même. [5] La liberté de consentement, prévue par la permission tacite de la loi pour tout acte médical, est affaiblie mais la nécessité d'une finalité thérapeutique conserve son rôle de critère de licéité.

Le juge pénal peut donc proposer ou imposer au délinquant d'échanger sa peine contre un acte médical curatif. Cette proposition est déséquilibrée et incite fortement le condamné à se soumettre à l'obligation médicale dont dépend le plus souvent sa liberté.

Il peut toutefois refuser de consentir et personne ne pourrait lui faire le reproche de préférer une sanction pénale.

Dans tous les cas, les actes médicaux qui peuvent lui être proposés sont soumis aux critères ordinaires de licéité des actes à finalité thérapeutique. Le sursis avec mise à l'épreuve a pour principal avantage de cumuler l'intérêt individuel de la santé du délinquant-malade et de la société sans supprimer la possibilité de répression. Il faut approuver une institution qui fait coexister la protection de la santé publique et de l'ordre public.

---

1 A l'expression populaire "aller se faire pendre ailleurs" le sursis avec mise à "l'épreuve médicale" substitue : "votre délinquance elle se soigne !"

2 "La stérilisation des délinquants sexuels (...), la chirurgie du cerveau et la chimiothérapie, susceptibles pourtant de réduire les risques de délinquance, ne peuvent être utilisées qu'à titre purement médical, un tribunal ne pouvant jamais les ordonner puisqu'aucun texte ne les admet.", PRADEL Jean, *Droit pénal général*, précité, n°540, p.554.

3 "La médecine joue en matière de traitement pénitentiaire un rôle important, notamment à l'égard des malades mentaux, psychotiques, névrosés, pervers sexuels, etc. Un traitement chimiothérapique à base de neuroleptiques, permet de diminuer l'agressivité de certains individus et de faciliter la mise en œuvre de méthodes psychopédagogiques. En revanche les techniques chirurgicales (castration ou stérilisation), ou psychochirurgicales (lobotomie, thalomotomie, etc.), dont l'emploi soulève de délicats problèmes d'ordre moral, ne semblent plus jouir de la faveur des spécialistes. Parallèlement les thérapeutiques médico-pédagogiques sont largement utilisées : psychothérapie rationnelle, psychanalyse, psychothérapie de groupe, psychodrame, etc.", MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°712, p.895.

4 "Le médecin qui procéderait, sans impérieuse raisons médicales, à une castration, même demandée par un malade, serait responsable civilement et pénalement. (...) A plus forte raison que les volontés d'un malade, les instructions d'une autorité quelconque ne pourraient couvrir un médecin qui porterait à la santé humaine une atteinte non justifiée. C'est ce qui a fait la culpabilité des médecins nazis des camps de concentration.", SAVATIER, AUBY et PEQUIGNOT, *Traité de droit médical*, précité, n°274, pp.248-249.

5 Parce que le but curatif est absent et que l'efficacité scientifique elle-même est relative et variable : "Le professeur Lhermitte nous a parlé de l'expérience américaine qui permet par une opération de psycho-chirurgie de détruire toutes pulsions sexuelles. C'est peut-être en effet une solution aux problèmes de délinquance sexuelle. On ne peut cependant s'empêcher de penser à l'époque des lobotomies dont ensuite on nous a dit qu'on s'était trompé sur les indications. On pense également à la castration des délinquants sexuels. On nous avait affirmé que c'était une solution imparable. Les expériences faites par la suite ont démontré le contraire.", NEAU Jean-Philippe, *Personne humaine et neuroscience*, in *La personne humaine face au développement des sciences biomédicales*, Pub.Un.Poitiers, Litec 1990, p.59.

Conclusion du Chapitre 3

La protection de la santé publique explique que le législateur ait institué certains moyens de pression sur le consentement des citoyens pour qu'ils consentent individuellement à des actes médicaux qui intéressent la collectivité. La loi impose des actes médicaux obligatoires (vaccinations) ou des hospitalisations non consenties (alcooliques dangereux, toxicomanes, vénériens), mais la loi ne permet pas pour autant qu'il soit porté atteinte à l'intégrité physique des individus par la force, fût-ce au nom du respect d'une obligation légale.

Le législateur a enfin délégué au juge pénal le pouvoir de transiger avec le délinquant malade pour échanger son consentement aux soins contre l'absence de répression pénale.

Le médecin bénéficie dans chacun de ces cas d'une confiance importante de la société qui dirige vers lui des individus plus ou moins astreints à consentir. Il lui faut faire preuve de conscience morale et de prudence juridique car la frontière est ténue entre l'obligation légale au traitement qui rend l'acte médical licite, sous réserve de consentement du sujet, et la contrainte de soins forcés qui est presque toujours illicite.

Le Code de déontologie doit être le guide du médecin chaque fois que son interlocuteur est un malade affaibli dans son corps et dans sa liberté. "*Un médecin sollicité ou requis pour examiner une personne privée de liberté ou pour lui donner des soins ne peut, directement ou indirectement, serait-ce par sa seule présence, favoriser ou cautionner une atteinte à l'intégrité physique ou mentale de cette personne ou à sa dignité. S'il constate que cette personne a subi des sévices ou des mauvais traitements il doit, sous réserve de l'accord de l'intéressé, en informer l'autorité judiciaire.*" [1]

Au vu du principe de la notion "d'épreuve médicale", il faut se demander si la frontière entre la délinquance et la maladie, entre la répression et la thérapie est bien précise. "*Certaines sociétés n'isolent pas l'acte de transgression, considéré davantage comme le signe d'une anomalie, le délinquant étant alors traité comme un malade qu'il faut «guérir» et réintégrer, de gré ou de force, à la communauté.*" [2] Commettre une infraction peut, en effet, être qualifié d'acte pathologique ; car, dès lors qu'un individu s'expose à un désagrément il y a quelque part une tendance ou masochiste ou suicidaire. La délinquance et la maladie ont pour point commun d'être des comportements jugés comme anormaux par la société qui édicte des normes juridiques ou scientifiques en fonction de la représentation majoritaire.

L'individu normal est celui que la société représente, l'anormal est celui qui diffère de la majorité. "*Chaque société possède ses agents mandatés pour reconnaître la nature de la déviance : ils décident si tel individu est possédé du démon, dominé par un dieu, empoisonné, puni pour ses péchés ou victime d'un sort jeté par une sorcière. Les agents en question peuvent appartenir à l'ordre juridique, religieux, militaire ou médical. (...) La définition de la déviance varie d'une culture à l'autre. Chaque civilisation crée ses propres maladies. Ce qui dans l'une est maladie peut être crime, manifestation de sainteté ou péché dans une autre.*" [3]

---

[1] Décret n°79-506 du 28 juin 1979 portant Code de déontologie médicale, art.8.
[2] DELMAS-MARTY Mireille, *Les grands systèmes de politique criminelle*, P.U.F. Thémis 1992, p.61.
[3] ILLICH Ivan, *Némésis médicale*, Points-Seuil 1981, pp.77-78.

Conclusion du Titre 2

La dérogation à l'exigence du consentement personnel du soigné est une exception à une des conditions de justification de l'activité médicale, autorisée par la permission tacite de la loi : le consentement.

Pour l'acte médical accompli sur une personne incapable de fait ou de droit, en vertu des règles du droit civil, le consentement est donné par un "protecteur naturel" du sujet. Mais la protection du mineur est accrue par l'existence du juge des enfants qui a le pouvoir de contrôler les décisions des parents et de les "censurer" indirectement lorsqu'elles mettent la santé de l'enfant en danger. Un tel contrôle pourrait être envisagé à l'avenir pour la protection des majeurs incapables.

En ce qui concerne les malades susceptibles d'être dangereux pour autrui et spécialement les malades mentaux, la loi permet expressément qu'ils puissent être hospitalisés sans leur consentement. Cette dérogation ne s'étend pas à l'assentiment aux actes médicaux qui doivent être autorisés par un "protecteur naturel". Nul ne peut être traité de force.

Quant au délinquant-malade, "l'épreuve médicale" est un signe du renoncement du juge pénal qui constate l'inutilité relative de la peine. La loi permet au juge de reconnaître que la personne poursuivie est d'abord malade et que des soins médicaux auront plus d'utilité, tant sociale qu'individuelle, qu'une sanction pénale.

Il faut alors relever le rôle social du médecin dont la mission s'éloigne largement du colloque singulier qui visait autrefois uniquement la santé personnelle du malade. Le médecin acquiert une fonction de protection de la santé publique. Or, il serait dangereux que cette nouvelle fonction s'accomplisse au détriment de la mission originelle. Il ne faut pas sacrifier l'intérêt du malade à l'intérêt de la collectivité.

Mais il convient d'approuver et d'encourager l'évolution qui permet au médecin contemporain de protéger simultanément et l'individu dans sa santé et la société dans sa sécurité. La loi est le moyen juridique d'instaurer un garde-fou pour préserver l'intérêt de la personne face au pouvoir scientifique en général et médical en particulier. "*C'est donc à propos des atteintes au corps humain nécessitées par un intérêt de santé que peut se poser la question de la mesure des pouvoirs que peuvent exercer des tiers, sur une personne autonome, sans sa volonté. Les tiers qui pourraient éventuellement exercer ces pouvoirs sont tout désignés : ce sont les médecins. Hautement qualifiés, ils peuvent mieux que la personne elle même, apprécier la nature et le degré des atteintes rendues nécessaires pour la sauvegarde de sa vie et de sa santé. Leur fonction leur confère une véritable vocation à soigner et guérir leurs semblables, abstraction faite des rapports contractuels noués avec ceux-ci, individuellement. Ne parle-t-on pas du «ministère médical» ? Or, dans l'état actuel du Droit français, et sauf dans certaines hypothèses limites, peut-être, tout pouvoir de soigner une personne capable en droit et en fait, sans son consentement, est refusé au médecin.*" [1]

Mais l'exigence du consentement personnel du soigné, comme d'autres conditions de justification de l'activité médicale, sont parfois perturbés par un événement exceptionnel : l'urgence (Titre 3).

---

[1] DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, L.G.D.J. 1960, n°503, pp.356-357.

Titre 3 : Les dérogations aux conditions ordinaires de justification liées à l'urgence

Il nous semble vain de chercher à définir précisément l'urgence.

Selon Monsieur JESTAZ : "*définir l'urgence d'une façon rigoureuse est une entreprise vouée à l'échec. La plupart des auteurs qui s'y sont essayés n'ont abouti qu'à des formules imprécises qui gravitent toutes autour de l'idée d'un préjudice dans le retard*". [1] Ce constat est toujours vrai :"*il n'existe pas de définition juridique couramment admise du secours médical d'urgence, - le vocabulaire n'est pas même fixé et varie au gré des textes et des opinions doctrinales. La notion d'urgence revêt, il est vrai, même appliquée spécialement au traitement des blessés et des malades, un caractère pour le moins fluctuant, qui oblige à la plus extrême prudence dans l'emploi du terme.*" [2]

Il nous suffit de préciser que l'urgence implique "nécessité d'agir vite" et qu'une urgence en médecine, c'est "un malade à soigner sans délai" (Le Petit Robert), un malade dont on doit s'occuper sans délai. Ce qu'il faut analyser plus en détail et plus utilement, ce sont les conséquences de cette urgence. [3]

La situation d'urgence modifie considérablement les règles juridiques applicables à l'activité médicale, en raison de la contrainte de temps qu'induit la pression du danger. Le comportement du médecin ne peut plus être apprécié avec les mêmes critères lorsque l'enchaînement des faits appelle une réaction rapide de sa part. C'est pourquoi l'urgence médicale est un contexte de fait qui suscite des normes juridiques différentes de celles applicables à l'activité médicale plus posée de la médecine "classique".

L'urgence perturbe profondément la qualification juridique de la relation médicale en interférant à la fois sur le libre consentement des parties (le soignant et le soigné) et en limitant la liberté thérapeutique du médecin. Il n'y a plus de contrat lorsque l'urgence supprime la liberté de contracter. Sur le plan pénal, l'urgence attente aux critères de licéité de l'acte médical en limitant la liberté des individus quant à leur santé.

La société impose des devoirs nouveaux au médecin (chapitre 1) mais elle lui fournit symétriquement des pouvoirs nouveaux pour affronter la situation de crise (chapitre 2). Ces devoirs et ces pouvoirs constituent des dérogations à la justification de l'acte médical par la permission tacite de la loi. Le droit commun régit des relations humaines "communes", l'urgence de fait explique l'édification d'un droit d'exception.

---

[1] JESTAZ Philippe, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, L.G.D.J. 1968, , n°9, p.7.

[2] CHENILLET Philippe et PRETOT Xavier, *Le secours médical d'urgence. Eléments pour une clarification*, R.T.D.soc. 1983, p.669. cf. également, "caractère d'un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'y est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable, sans cependant qu'il y ait nécessairement péril imminent.", CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Urgence*, p.829.

[3] Sur l'aspect civil de la nature de la relation médicale liée en situation d'urgence et l'hésitation entre gestion d'affaires et enrichissement sans cause, cf. notamment MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°443-448 pp.293-294.

Chapitre 1 : L'urgence et la création d'un devoir de secours à la charge du médecin

La vie en société impose à chacun de tenir compte de l'existence d'autrui, dont la liberté et l'intégrité sont des limites infranchissables. C'est pourquoi le droit pénal sanctionne prioritairement les atteintes illicites à la personne d'autrui, au nom des principes fondamentaux de la liberté et de l'égalité. Il a fallu attendre la seconde partie du XX^{ème} siècle pour que le droit pénal vienne appuyer le respect du troisième principe qu'est la fraternité. [1]

Sa fonction désigne le médecin comme l'homme de tous les recours en cas de péril. Présumé spécialiste dans l'identification des dangers, il peut assister et donner des soins urgents ou bien seulement épauler psychologiquement, mais dans tous les cas il sait ce qu'il faut faire puisque sa vocation est d'aider son prochain. [2] En sanctionnant certaines inactions à l'égard d'autrui, le législateur a institué une obligation pénalement sanctionnée de solidarité, pesant largement sur le médecin (section 1). Certaines abstentions restent toutefois impunissables (section 2).

Section 1 : L'interdiction pénale de l'inaction du médecin

L'activité médicale est altruiste par nature parce que le thérapeute est toujours celui qui met son intelligence et son savoir au service de l'homme et du groupe social. [3] Le médecin est l'interlocuteur naturel de celui qui souffre, y compris et surtout lorsque le demandeur souffre d'une affection qui le met en situation de danger. La disponibilité que l'on peut légitimement attendre du médecin devient un devoir lorsque le besoin de ses services est urgent. "*Lorsqu'une personne est en danger immédiat et que ce danger est du ressort médical, tout médecin, à portée de la secourir, lui doit ce secours. (...) Il faut y voir alors une manifestation du ministère de service public, inclus dans la mission du médecin, même privé. Ce devoir a été reconnu par la jurisprudence civile avant la rédaction du Code de déontologie et avant que le droit pénal ne le sanctionnât.*" [4]

Ce devoir a dépassé la simple obligation morale [5] ou déontologique [6] par l'incrimination du refus de porter secours à une personne en péril. Ce simple devoir d'humanité [7] est aujourd'hui un devoir pénalement sanctionné dont le médecin est particulièrement tenu. "*Le médecin ne doit pas seulement être considéré comme servi mais aussi asservi par son monopole.*" [8]

L'infraction d'omission de porter secours, encore appelée infraction de non assistance à personne en danger, est une infraction moderne, qui s'applique à tout citoyen, mais particulièrement au médecin. L'article 63 alinéa 2 du Code pénal prévoit que : "*sera puni des mêmes peines (3 mois à 5 ans d'emprisonnement, 360 à 20 000 F d'amende) quiconque s'abstient volontairement de porter à*

---

1 "L'évolution fut probablement hâtée par la guerre et l'occupation et cette prise de conscience collective traduisit un sentiment profond de solidarité. L'individualisme et l'esprit d'indépendance firent place aux idées de fraternité. A l'indifférence des jours de paix, on opposa l'engagement. Il fallait prendre parti.", SALVAGE Philippe, *Abstentions délictueuses*, J.-Cl.pénal, art.62 et 63, 1991, n°11.

2 "Le secours médical d'urgence, c'est une réponse médicalisée à une situation de détresse. La notion de détresse recouvre la sensation aiguë, mais parfois confuse, d'un danger d'ordre physique.", CHENILLET Philippe et PRETOT Xavier, *Le secours médical d'urgence. Eléments pour une clarification*, précité, p.671.

3 "le médecin, au service de l'individu et de la santé publique (...)", Décret n°79-506 du 28 juin 1979 portant Code de déontologie médicale, art.1.

4 SAVATIER R.et J., AUBY J.M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, précité, n°254, p.232.

5 "L'exercice de la médecine est un monopole, aussi le médecin doit toujours se déplacer (bien que les appels urgents non fondés soient fréquents), car le médecin a l'obligation de se dévouer. C'est la grandeur et la servitude de la profession.", SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, Masson 1989, p.511.

6 "Un médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou informé qu'un malade ou un blessé est en péril doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires.", Décret du 28 juin 1979, précité, art.4. "L'infirmier ou l'infirmière est tenu de porter assistance aux malades ou blessés en péril.", Décret n°93-221 du 16 février 1993 relatif aux règles professionnelles des infirmiers et infirmières, art.6, J.O. 18 févr. 1993, p.2646.

7 Décret du 28 juin 1979, précité, art.39.

8 SAVATIER René, note J.C.P. 1965-II-1371, n°14.

une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ni pour les tiers, il pouvait lui prêter, soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours", alors que l'article 223-6 alinéa 2 du nouveau Code pénal dispose que "*sera puni des mêmes peines (5 ans d'emprisonnement, 500 000 F d'amende) quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours.*" [1] Les définitions de l'infraction sont identiques ; seules les peines changent, l'amende augmentant.

Le médecin n'est pas à l'abri de poursuites pénales pour refus d'assistance à personne en péril comme l'avaient préconisé certains auteurs qui préféraient une responsabilité disciplinaire en lieu et place d'une responsabilité pénale. "*Je ne suis pas partisan de la réforme proposée par les congrès susvisés tendant à laisser aux seuls Conseils de l'Ordre le soin d'apprécier le manquement à l'obligation professionnelle de porter secours. Les médecins bénéficient, nous l'avons vu d'un monopole et d'un fait justificatif qui leurs sont propres dans les domaines les plus délicats et les plus intimes intéressant la personne humaine. Faut-il leur accorder en outre un privilège quasi-sacerdotal ?*" [2] Le médecin est même ici un délinquant "naturel" en raison de sa particulière conscience du danger menaçant les personnes en péril et de ses moyens privilégiés de porter secours.

La médecine est un métier à risques, et parmi ceux-ci apparaît la possibilité d'être sanctionné pour avoir refusé de porter secours. [3] La mise en œuvre de la répression suppose une personne en péril (§1), un comportement punissable (§2), et une intention coupable (§3).

§1) L'urgence : une personne en péril

La loi pénale condamne l'égoïsme de celui qui est confronté à une personne (A), qui est en péril (B). Plus qu'une prohibition de l'individualisme [4], cette incrimination crée un véritable devoir de secours [5] dont le médecin est un débiteur privilégié. [6]

A) La personne

La loi pénale sanctionne le refus de secourir une "personne", ce qui exclut à l'évidence les biens et les animaux. La jurisprudence a logiquement affirmé qu'il n'y avait pas de personne, pénalement secourable, avant la naissance et après la mort. Ce qui pose à nouveau la question de l'existence de la personne aux confins de la vie.

Or, conformément à ce que nous avons affirmé en matière d'atteinte (positive) à l'intégrité de la personne humaine, le droit pénal protège à titre principal la "valeur" : être humain vivant et viable après la naissance. Pour les infractions de commission, comme pour les infractions d'omission, c'est

---

1 La rédaction des art.63 al.2 C.pén. et 223-6 al.2 N.C.pén. est quasi-identique si ce n'est la ponctuation et la conjonction "ni pour les tiers" remplacée par "ou pour les tiers".

2 LEVASSEUR Georges, *La responsabilité pénale*, In 2ème *Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, T1, p.66.

3 "Certains tribunaux ont fait application à des médecins de l'article 63 du Code pénal, qui a portée générale et n'était pas spécialement fait pour eux (...). Certes, le médecin plus que tout autre doit porter secours. Mais l'application de cet article à tous les «appels d'urgence» est une arme redoutable contre les médecins, et qui risque d'être injuste.", VILLEY Raymond, *Déontologie médicale*, Masson 1982, p.37, note 1.

4 L'individualisme peut parfois confiner avec d'autres infractions telles que la discrimination. cf. Le refus d'un médecin de porter secours à l'enfant d'un adversaire politique, (T.corr. Charleville 6 févr. 1952, D. 1952, p.481.), ou le refus de se déplacer pour soigner un nord-africain pour des motifs racistes en déclarant : "il peut crever !", (T.G.I. Saint-Dié, 11 déc. 1952, D. 1954, D.1954, p.224.).

5 Devoir de s'interposer face à un danger qu'on n'a pas contribué à faire naître. cf. CONTE Philippe et MAISTRE de CHAMBON Patrick, *Droit pénal général*, Masson 1990, p.167.

6 "C'est à ce titre que des poursuites ont été exercées contre des médecins, c'est-à-dire contre des personnes dont la carrière implique un dévouement particulier envers leurs semblables, et qui d'autre part sont plus à même que qui que ce soit d'intervenir pour soulager une détresse physique.", LEVASSEUR Georges, *La responsabilité pénale*, précité, p.63.

la personne humaine qui est l'objet de la plus grande protection par le droit pénal. L'infraction de porter secours suppose une "personne" en péril

Le fœtus n'est pas encore une personne [1], le cadavre ne l'est déjà plus. [2] Le mourant, par contre, doit être secouru même si son état est désespéré. [3]

L'attitude du médecin sera analysée par le juge pénal avec d'autant plus de soins que le médecin est le professionnel le plus à même de distinguer la personne humaine des "états voisins".

B) Le péril

Les textes ne précisent pas ce qu'il faut entendre par la notion de péril. [4] La doctrine s'accorde pour affirmer qu'il s'agit d'une menace pour la vie ou la santé de la personne, d'une mise en cause de son intégrité corporelle. [5] "*Le droit au secours n'est encore garanti par la société que lorsque la vie ou l'intégrité physique sont menacées de façon certaine.*" [6] L'origine de la menace est indifférente et elle peut aussi bien émaner d'un comportement infractionnel [7] que d'un acte humain licite [8] ou d'un fait de la nature [9], toutes situations auxquelles le médecin est confronté quotidiennement de par sa fonction. [10]

Concernant la gravité du péril, la chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé, dès le premier pourvoi portant sur l'interprétation de l'article 63 alinéa 2 du Code pénal, que le danger "*doit être imminent et constant et de nature à nécessiter une intervention immédiate.*" [11] La loi crée un devoir d'assistance en cas d'apparence de péril grave, ce qui inclut les situations où le danger n'est qu'apparent et où la suite des événements permet de montrer que la personne s'est rétablie d'elle-même sans intervention. [12] "*L'appréciation de cette gravité relève des tribunaux, qui doivent a posteriori contrôler les conditions dans lesquelles s'est trouvé le prévenu quand il a dû décider d'intervenir ou de s'abstenir.*" [13] Ce que condamne la loi, c'est le comportement passif de l'individu confronté à un danger réel et sérieux qui menace une personne humaine vivante. [14]

---

1 Cf. supra 2ème Partie, Titre 1 le statut de l'œuf humain en droit pénal, p.281 et s.

2 MERLE et VITU, *Droit pénal spécial* , précité, T.2, n°1802, p.1460.

3 C.A.Bordeaux 28 oct. 1953, J.C.P. 1953-II-7857.

4 Contrairement à la loi du 25 octobre 1941 qui définissait le danger comme "le péril de perdre la vie ou de souffrir une grave lésion corporelle".

5 MELENNEC Louis, *Traité de Droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.62.

6 MAYER Danièle, *La charité mesurée de l'article 63 alinéa 2 du Code pénal*, J.C.P. 1977-I-2851.

7 En particulier des atteintes involontaires à l'intégrité corporelle résultant des accidents de la circulation. Sur la non-limitation aux périls d'origine infractionnelle, cf. HUGUENEY Louis, *chronique de jurisprudence*, R.S.C. 1948, p.743 et R.S.C. 1949, p.79.

8 Comme une blessure grave subie au cours d'une épreuve sportive ou d'une intervention médicale pénalement justifiée telle qu'un accouchement. Cass.crim. 23 juin 1955, D.1955, p.575.

9 Chavirage d'une embarcation à la suite d'un coup de vent, C.A. Paris 8 juill. 1952, R.S.C.1952, p.611.

10 Par contre, le fait d'être interné ou hospitalisé ne prouve pas l'existence d'un péril. "On ne peut considérer les aliénés comme étant en état de péril d'une manière permanente du seul fait de leur internement.", Cass.crim. 13 janv. 1955, Bull.crim. n°37, à propos d'un infirmier psychiatrique gréviste.

11 Cass.crim. 31 mai 1949, J.C.P. 1949-II-4945.

12 "La loi ne prend pas en considération les circonstances ultérieures qui démontreraient soit que le péril n'était pas si grave qu'il ne put être conjuré sans assistance, soit au contraire qu'il était tel que le secours eut été inefficace.", Cass.crim. 21 janv. 1954, J.C.P. 1954-II-8050. Condamnation d'un médecin bien que la victime se soit rétablie ultérieurement à son refus d'agir, sans soins. Mais le péril doit exister réellement au moment de l'abstention délictueuse. "Le péril doit avoir existé objectivement ; il ne suffit pas que, trompé par l'apparence, le prévenu ait pu croire que la personne secourue était en péril. Il faut encore qu'elle ait été réellement en péril.", SALVAGE Philippe, *Abstentions délictueuses*, précité, n°116.

13 MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1805, p.1462.

14 Si le danger a disparu au moment de l'abstention du prévenu, les conditions légales ne sont plus réunies et il doit être relaxé. Cass.crim. 10 Mars 1993, Droit pénal 1993, n°7, juill. 1993, n°151. Pour l'abstention d'une puéricultrice et d'une assistante sociale eu égard à des attentats à la pudeur passés.

§2) Le comportement punissable : l'omission d'intervenir

Ce que la loi punit, c'est l'attitude passive (A), qu'il ne faut pas confondre avec une action maladroite (B).

A) L'attitude passive : l'inaction

La loi prévoit deux moyens de satisfaire à l'obligation d'assister la personne en péril : l'action personnelle de secours et la provocation des secours. Il appartient à l'individu confronté à un danger de choisir entre ces deux solutions. "*En principe, la loi pénale sanctionne seulement l'inaction totale en face de la situation devant laquelle elle impose d'agir. (...) Le principe est donc certain que l'intervenant dispose du choix des moyens à mettre en œuvre et que n'importe quelle forme d'intervention suffit à le justifier.*" [1]

Il semble néanmoins que la jurisprudence exige [2], surtout pour les médecins, que l'intervention des tiers soit une solution subsidiaire. L'action personnelle du médecin est préférée. "*La prééminence de l'intervention personnelle a été fréquemment rappelée aux membres du corps médical ; la sévérité jurisprudentielle en cette matière a parfois même soulevé, de la part de ces derniers, de véhémentes protestations.*" [3] Cette tendance s'explique par la présomption de capacité d'action personnelle du médecin dont la formation et l'expérience sont censés montrer une compétence à agir. Toutefois l'action personnelle ne sera pas forcément suffisante. "*Il conviendra d'opter pour la forme d'intervention la plus utile et la plus efficace, et au besoin cumuler les deux.*" [4]

Le médecin a les moyens intellectuels et matériels de "bien" réagir face au danger. Il peut souvent agir, soit pour faire personnellement cesser le danger, soit pour orienter la personne en péril vers les secours les plus efficaces eu égard à son état. [5] Mais l'absence d'efficacité potentielle n'est pas un obstacle à la répression car la loi condamne l'inaction et préconise l'intervention, mais elle ne réclame aucunement que l'assistance soit efficace ou qu'elle supprime le danger qui menaçait. On a pu dire à ce sujet que la loi "*met à la charge de l'intervenant une obligation de moyen et non de résultat.*" [6] Le médecin doit prêter assistance, y compris dans les situations désespérées dans lesquelles son intervention sera un secours moral ou psychologique.

Sachant que pour apprécier son comportement la jurisprudence utilise la comparaison avec un individu comparable dans l'exercice de "*son devoir d'humanité*" [7], le médecin est beaucoup plus exposé que le citoyen ordinaire puisque son vécu professionnel est fondé sur l'assistance à autrui. La loi sanctionne l'égoïsme de tous, mais la jurisprudence exige plus du médecin en cas d'urgence parce qu'il est un professionnel du secours quotidien non-urgent. [8]

C'est pourquoi il sera difficile à un médecin de refuser une intervention personnelle, sauf à prouver son inutilité totale par rapport à la pertinence des secours provoqués.[9] A défaut de

---

1 MELENNEC Louis, *Traité de Droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.66.

2 Pour un avocat à qui il est reproché de ne pas avoir agit en faveur d'une vieille dame séquestrée et privée de soins malgré l'existence de visites par des médecins, cf. Cass.crim. 30 oct. 1990, Jurisdata n°003837.

3 MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1807, p.1464.

4 VERON Michel, *Droit pénal spécial*, Masson, 3ème éd° 1990, p.131.

5 "Le médecin appelé ne peut renvoyer le blessé sur un médecin de garde ou sur tel hôpital ou subordonner son action à celle du médecin traitant habituel. On ne peut se contenter de provoquer des secours que si l'on ne possède pas soi-même les capacités ou les connaissances nécessaires pour faire face au péril par son action personnelle.", VERON Michel, *Droit pénal spécial*, précité, p.131.

6 MELENNEC Louis, *Traité de Droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, *précité*, p.66. MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1808, p.1465, SALVAGE Philippe, *Abstentions délictueuses*, précité, n°141.

7 SALVAGE Philippe, *Abstentions délictueuses*, précité, n°183.

8 L'égoïsme choque plus lorsqu'il émane d'un professionnel de la santé comme une sage-femme. "Défaut de surveillance pendant une nuit entière d'une femme enceinte sur le point d'accoucher, (...) attitude anormale de la prévenue ayant laissé sans surveillance ni secours une femme en proie à de vives douleurs et à une profonde angoisse.", C.A. Paris 7 janv. 1986, Jurisdata n°024141.

9 "En se rendant auprès du malade sans posséder à son domicile de médicaments adaptés, le Docteur X. aurait effectué une démarche parfaitement inutile qui n'aurait eu pour résultat que de retarder une action efficace, ce qui lui aurait peut-être été reproché par la suite. En conseillant à la personne qui l'appelait d'urgence, un confrère généraliste susceptible d'intervenir, quant à lui aussitôt avec les médicaments adéquats, le Docteur X. a provoqué le secours le mieux approprié, ce faisant il a satisfait à ses obligations légales sans

possibilité d'action personnelle, le médecin satisfait à l'obligation légale d'assistance en orientant la personne en péril vers les secours, à condition de s'informer de leur réalité. En fonction des informations reçues il pourra décider d'agir personnellement si nécessaire ou de s'abstenir si l'intervention des tiers suffit. [1]

Le comportement incriminé consiste donc toujours à ne pas avoir agi et provoqué des secours.

B) L'attitude erronée : l'action maladroite

Il ne faut pas confondre l'inaction punissable et l'action néfaste. Une mauvaise décision, un traitement inadapté, une faute de diagnostic [2], peuvent constituer des fautes d'imprudence dont l'auteur peut être poursuivi au titre de l'homicide et les blessures involontaires. Le mauvais choix est déjà une action, ce n'est pas une abstention. [3]

L'incrimination de l'abstention délictueuse vise à sanctionner un comportement passif et non un comportement actif malheureux, "*car une attitude passive cache une indifférence délibérée ou même un refus malveillant*" [4], alors que les infractions d'imprudence montrent un défaut de qualité dans l'action. En raison du péril le médecin doit agir, mais les règles régissant son acte médical restent identiques à celles analysées précédemment, à savoir : un acte de qualité conforme au données actuelles de la science et, dans la mesure du possible, un acte consenti.

"*L'élément matériel réside dans un acte négatif qui consiste à ne pas accomplir ce que la loi commande de faire dans l'intérêt général.*" [5] Cela est nettement distinct de l'acte positif licite au cours duquel une faute d'imprudence de l'intervenant crée un préjudice. "*On ne peut assimiler l'incompétence à la volonté délibérée de porter secours.*" [6]

En raison de sa compétence, le médecin est destiné à être un spécialiste du secours à autrui, ce qui augmente le risque de voir un médecin, plutôt que tout autre citoyen, être poursuivi pour avoir refusé de secourir.

§3) L'intention coupable

L'élément intentionnel de l'infraction d'omission de porter secours suppose la conscience du danger (A), ce qui pose la question de l'erreur dans l'appréciation du danger (B).

A) La conscience du danger : vers une obligation de se renseigner à la charge du médecin

Le prévenu doit avoir personnellement connaissance du danger sans quoi nul ne pourrait juger d'une mauvaise réaction de sa part. "*La connaissance du péril grave et la nécessité d'une intervention immédiate imposées par la même jurisprudence, vont être considérées comme*

---

faillir à son honneur de médecin.", C.A. Dijon 28 févr. 1986, sur renvoi après Cass.crim.3 juill. 1985, inédit, cité par SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, p.65.

[1] "Aucun reproche ne peut être adressé au prévenu, qui, une fois informé par le médecin résident a prescrit l'appel à l'anesthésiste réanimateur, que dès lors il avait l'unique obligation de s'assurer que les soins médicaux avaient été prodigués avant de juger nécessaire ou non son éventuelle intervention, et que pendant ce temps il n'y avait aucune nécessité pour le chirurgien d'être auprès du malade, qu'on ne peut lui faire grief de n'avoir pas porté secours à celui-ci.", C.A. Nîmes 24 févr. 1977, inédit cité par SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, p.174.

[2] Pour l'erreur de "diagnostic" d'une situation de péril cf. la relaxe d'employés d'une boite de nuit n'ayant pas conscience que la personne expulsé était victime d'une overdose. C.A. Paris 18 mars 1993, Jurisdata n°020405.

[3] "Nul ne songera néanmoins à poursuivre le maladroit bien intentionné du chef de défaut d'assistance : il n'est pas resté indifférent, il ne s'est pas abstenu.", SALVAGE Philippe, *Abstentions délictueuses*, précité, n°143.

[4] JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal général*, Domat-Montchrestien, 2ème éd° 1991, n°232, p.259.

[5] STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges et BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, Dalloz, 14ème éd° 1992, n°172, p.172.

[6] SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, p.171.

particulièrement aisées pour le médecin... puisqu'il est médecin !" [1] Cette connaissance du danger peut être le fait soit d'une perception personnelle (1°), soit d'une information par un tiers (2°).

1°) Le médecin et la perception personnelle du danger

L'infraction "*doit traduire un véritable refus de porter secours ou de prêter assistance, refus opposé consciemment et volontairement par celui qui a connaissance du péril.*" [2] Pour le juge pénal, les membres des professions de santé sont présumés compétents pour identifier un danger qui menace la vie ou la santé des personnes. "*L'abstention délictueuse était réalisée en l'espèce dès lors que le médecin dont le concours était demandé ne pouvait se méprendre sur la gravité du péril que courait l'enfant.*" [3] Le rôle de la justice est de porter un regard postérieur à l'événement pour analyser si le médecin a eu, lors de cet événement, l'attitude que la société attend de lui.

Le médecin doit réagir au péril et il est sur le moment le seul maître des décisions à prendre en phase d'urgence. Il doit cependant savoir qu'ultérieurement, la justice pourra examiner son attitude, son comportement, et tirer les conséquences d'un comportement jugé contraire à la loi. [4]

2°) La création jurisprudentielle d'une obligation de s'informer sur le danger

L'évolution de la jurisprudence montre la création à la charge du médecin d'une véritable obligation de s'informer sur la nature exacte du danger dont un tiers lui fait part. Sa compétence professionnelle lui impose non seulement de percevoir spontanément le danger, mais aussi de se donner les moyens d'évaluer la situation potentiellement dangereuse. [5]

Est condamnable comme une abstention fautive le fait de ne pas vouloir savoir ou de ne pas poser les "bonnes questions" ou les questions "utiles". [6] "*Le médecin est l'exemple-type de la personne qui n'a du danger qu'une connaissance médiate ; la jurisprudence (...) exige de lui qu'il s'informe avec précision de la situation et elle retient contre lui un refus de porter secours aussi bien parce qu'il a négligé de se renseigner, que parce qu'il a refuse de venir une fois dûment averti ; la marge de manœuvre du médecin est donc relativement réduite.*" [7]

En pratique, cela pose la question des moyens de transmission de l'information car le médecin est très souvent joint par un coup de téléphone ou un message qui est parfois ambigu ou laconique. [8] La jurisprudence fait peser sur le médecin l'obligation de lever le doute en s'informant. "*Les*

---

[1] SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, p.83.

[2] MELENNEC Louis, *Traité de Droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.67.

[3] Cass.crim. 15 mars 1961, Bull.crim. n°162. Présomption de perspicacité et de lucidité appliquée aux membres des professions paramédicales. "Il était impensable qu'une personne ne puisse se rendre compte du danger dans lequel elle (la malade) se trouvait, à plus forte raison la prévenue qualifiée infirmière.", Cass.crim. 4 avril 1964, rejet du pourvoi contre l'arrêt de condamnation, C.A. Aix-en-Provence, 4 oct. 1963, D.1964, somm.p.58.

[4] "Attendu que le médecin dont le concours est demandé, est en principe seul à même d'apprécier la gravité du péril ; que toutefois s'il est sur le moment le souverain arbitre de cet état de péril, les Tribunaux ont le pouvoir de juger sa décision en tenant compte de tous les éléments extérieurs leur permettant de déterminer objectivement qu'elle était la situation de fait.", C.A.Colmar, 12 mai 1960, Gaz.pal. 1960, p.112.

[5] "La Cour de cassation, progressivement, accru ses exigences à l'égard des médecins. (...) Dès qu'un péril se manifeste par quelque signe extérieur, celui qui en a connaissance doit intervenir, que ce soit par connaissance directe, par indications fournies par des tiers ou à la suite d'investigations personnelles.", MELENNEC Louis, *Traité de Droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité p.68.

[6] "Si le praticien ne voulait pas courir immédiatement au chevet de la victime qui gisait à moins de 300 mètres de son cabinet (266 mètres), il avait pour le moins le devoir impérieux de s'informer sur son état, pour apprécier l'urgence de son intervention ; qu'en refusant son intervention sans s'être au préalable assuré comme il pouvait le faire, que le péril ne requérait pas son secours immédiat, C. s'est bien rendu coupable du délit d'omission de porter secours.", C.A. Nancy 27 oct. 1965, D.1966, p.30.

[7] MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1809, p.1466.

[8] Ce qui est légèrement différent lorsque l'information est filtrée par un médecin régulateur des secours. "Le cri d'alarme qui a été lancé par un quidam signifie qu'il y a un «péril présumé» mais à ce stade premier la présomption reste simple par contre le cri répercuté, nous pourrions dire amplifié par le médecin régulateur après que celui-ci ait effectué l'interrogation nécessaire aboutirait à une présomption irréfragable : le péril existe assurément.", BODIN J. et LHOMMEAU J.C., *Non-assistance à personne en péril et l'urgence*, L.p.aff.16 avril 1993, n°46.p.4.

médecins doivent se résigner à l'application de l'article 63 du Code pénal. Qu'ils sachent que les magistrats tiennent compte des difficultés de leur profession et des appels abusifs auxquels ils sont soumis mais ce n'est point trop demander que d'exiger d'eux de se faire décrire avec le maximum de précisions l'état du malade et de se rendre à son chevet lorsque les circonstances du moment l'exigent." [1]

Accepter le doute, c'est déjà refuser d'agir : "*attendu que le médecin mandé près d'un malade, ce tiers qui ne voit rien, qui ne constate rien a cependant une vocation professionnelle pour apprécier le péril particulier pour lequel on l'alerte, que dès lors l'appel au secours qui lui est adressé, ce cri d'alarme signifie qu'il y a un péril présumé. (...) Attendu que dès qu'il est alerté, le médecin ne peut rester indifférent devant cette apparence de péril, attendu qu'il doit s'informer pour pouvoir apprécier l'urgence de son intervention, attendu que s'il ne le fait pas, il se dérobe, il est en faute.*" [2]

Déjà astreint à un devoir de secours, le médecin est de plus contraint de prendre l'initiative de s'informer sur l'existence d'un danger susceptible de déclencher son devoir d'intervention. Il ne lui suffit plus d'agir lorsqu'il est témoin direct d'un péril, il lui faut de plus se renseigner lorsqu'il en est le témoin indirect. [3] Ces lourdes exigences proviennent sans aucun doute de la nature altruiste de sa fonction quotidienne et surtout de sa compétence présumée pour comprendre et pour agir. [4]

B) L'erreur d'appréciation du danger

Le principe de la légalité criminelle impose pour pouvoir condamner un délinquant que soit prouvée sa perception personnelle du péril. En cas de doute, le prévenu sera relaxé.[5] Il en sera de même si le prévenu s'est trompé sur l'existence du péril en raison d'une erreur de diagnostic.[6]

N'avoir pas perçu le danger en raison d'une erreur de diagnostic n'est pas équivalent au fait de refuser d'agir face à un danger apparent. [7] "*Les magistrats en l'occurence ne reprocheront pas l'erreur initiale de diagnostic, et même le défaut d'évaluation du pronostic, mais considéreront a posteriori que ce dernier aurait dû avoir davantage conscience d'une nécessaire vigilance lorsqu'il lui a été rapporté de façon alarmante une modification du tableau clinique qui n'aurait pas dû le surprendre, toujours en raison de sa spécialité d'Homme de l'Art de l'assistance parfois déjà sollicité.*" [8]

Cette tolérance pour certaines erreurs d'appréciations ne sera toutefois retenue qu'autant que le médecin aura employé les moyens normalement diligents pour évaluer le danger.

D'autre part, si l'erreur de diagnostic a eu un rôle causal dans la survenue du décès, la répression sera mise en œuvre, non plus sur le fondement d'une omission de porter secours, mais sur la base de l'homicide par imprudence. [9]

---

1 T.G.I. Bethunes 22 mars 1963, J.C.P. 1963-II-386.

2 C.A. Rouen 15 déc. 1983, inédit, cité par SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, p.86.

3 "La gravité, l'anxiété, l'insistance, des personnes chargées de l'appel, sont considérées comme des moyens de démonstration de la perception de la conscience du péril par le médecin à travers le filtre des intermédiaires qui constituent son entourage.", SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, p.96.

4 Il est d'autant plus reprochable en cas de refus de secours lorsque l'appel l'informant du péril provient d'un autre médecin, cf. C.A. Montpellier 10 mars 1986, Jurisdata n°000069.

5 "Compte tenu du premier diagnostic établi (légère bronchite), de la carence du laboratoire et de la contrariété des témoignages, il n'était pas prouvé que le prévenu ait eu connaissance de l'état de péril dans lequel se trouvait la malade.", C.A. Aix-en-Provence 27 nov. 1979, et rejet du pourvoi contre l'arrêt de relaxe, "Il n'est pas établi avec certitude que le docteur X ait eu auparavant conscience de la gravité du péril encouru par la malade.", Cass.crim. 17 avril 1980, décisions citées par SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, pp.61-62.

6 "En l'espèce, l'attitude du prévenu ne pouvait constituer qu'une simple erreur et non une abstention de porter secours.", Cass.crim. 26 nov. 1969, Gaz.pal. 1970, p.82.

7 L'erreur de diagnostic pourra toutefois être poursuivie comme infraction involontaire si elle est à l'origine d'un préjudice subi par la victime.

8 SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, p.85.

9 Cf. supra 1ère Partie, Titre 2, la faute médicale d'imprudence, p.247 et s.

Par sa formation, le médecin est censé pouvoir discerner le danger et intervenir pour secourir, c'est pourquoi la loi et son application jurisprudentielle limitent strictement les hypothèses dans lesquelles un médecin pourra impunément refuser d'agir.

Section 2 : La tolérance exceptionnelle de l'inaction du médecin

Le devoir de secours n'est pas une obligation surhumaine et la loi ne l'impose que sous réserve que l'assistance ne soit pas synonyme d'une prise de risques inconsidérée. "*Le législateur n'impose pas l'héroïsme, mais il condamne l'indifférence : seul justifiera l'abstention un risque certain, sérieux et imminent.*" [1] L'inaction du médecin peut être licite lorsqu'il existe un risque. Le risque est alors un fait justificatif spécial, mais un risque pour qui ? (§1) En dehors de cette hypothèse d'inaction admise en cas de risque, certains faits justificatifs généraux viennent parfois paralyser la répression et justifier l'inaction (§2).

§1) La justification de l'inaction par l'existence d'un risque

Le texte d'incrimination ne punit le refus d'assistance que lorsque le prévenu pouvait agir "*sans risque pour lui ni pour les tiers*". [2] L'existence d'un risque est donc un cas de non répression de l'infraction puisque la situation de fait ne correspond pas à la définition légale du comportement prohibé. En cas de risque pour le médecin prévenu (A), pour les tiers (B) ou même pour la victime (C), le refus de porter secours à la personne en péril peut être justifié.

A) Le risque pour le médecin

"*Que faut-il entendre par absence de risque ? Certainement pas l'absence totale de risque, sinon aucune intervention ne serait obligatoire.*" [3] Admettre, en effet, que l'existence d'un risque quelconque permette au médecin de ne pas être auteur de l'infraction de refus de porter secours aboutirait à autoriser l'indifférence généralisée sous les prétextes les plus futiles. "*Le risque qui justifie la non-intervention paraît être «celui qui ferait reculer l'homme honnête et pondéré, placé dans les mêmes circonstances.»*" [4] Mais il faut admettre que le médecin doit supporter des risques inhérents à son métier. Aussi la jurisprudence opère-t-elle des distinctions.

Concernant les risques pour la santé personnelle du médecin appelé, ont été écartés par la jurisprudence la fatigue, une simple angine [5], une blessure à la main [6], ou la prise préalable de médicaments calmants. [7] Le risque de contagion représenté par la maladie de la personne à secourir n'excuserait pas le médecin : il s'agit d'un risque du métier. [8]

Sont des risques exonératoires les risques liés à l'état de santé gravement perturbé du médecin, ainsi par exemple, le fait pour un médecin âgé d'être atteint de polyrhumatisme et d'une

---

1 MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1806, p.1463.

2 "Sans risque pour lui ni pour les tiers", art.63 al. 2 C.pén. "sans risque pour lui ou pour les tiers", art.223-6 al.2 N.C.pén.

3 MELENNEC Louis, *Traité de Droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.65.

4 SALVAGE Philippe, *Abstentions délictueuses*, précité, n°183. Citation de Rapp.LEVASSEUR G., in Journées franco-belgo-luxembourgeoise de science pénale 1951.

5 T.corr. Béthune 19 oct. 1950, J.C.P. 1951-II-5990, le tribunal relève que son état n'était pas aussi grave qu'il le prétendait "puisqu'il avait pu rester la nuit, assez longuement sur un balcon pour répondre à la personne qui faisait appel à lui".

6 Un anthrax au dos de la main n'empêche pas un médecin de secourir une parturiente, surtout si une sage-femme est déjà au chevet de la gestante (sic), l'assistance pouvant consister à donner des ordres. cf. SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, p.166.

7 "Prise d'un neuroleptique à dose élevée, ordonnée par un confrère pour un état dépressif en rapport avec d'importantes perturbations conjugales.", cf SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, p.167.

8 SAVATIER R.et J., AUBY J.M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, précité, n°254, p.234, note 83. "Un médecin ne pourrait refuser de porter secours à une personne atteinte d'une maladie contagieuse sous prétexte qu'il risque lui-même d'être contaminé.", SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, p.87.

cervicobrachialgie [1], le fait d'être en convalescence après une hospitalisation récente et sous médicaments empêchant la conduite d'un véhicule. [2]

Les tribunaux ont refusé que puissent être retenus comme des risques exonératoires, le risque lié aux contraintes professionnelles, comme le déplacement lorsque la distance est raisonnable, le risque lié à l'horaire même au milieu de la nuit, et bien évidemment le simple risque de désorganisation des consultations. [3] Un risque réel et sérieux d'agression, tel qu'un guet apens apparent [4], pourrait éventuellement exonérer un médecin mais il n'est, par contre, pas dispensé de secourir le patient agité qui l'agresse sous l'effet d'une intoxication par drogue ou alcool. [5]

L'appréciation des magistrats se fonde sur une comparaison avec le comportement qu'aurait dans la même situation un médecin "moyen" et non un citoyen "moyen". [6] Or, le médecin voit les exigences légales être augmentées parce que son métier est l'altruisme. [7] La société attend du médecin qu'il prenne certains risques qu'elle n'exige pas du citoyen ordinaire, parce que sa fonction sociale est d'être un professionnel de l'assistance à autrui. [8] "*Il apparaît avec certitude dans la jurisprudence que la possibilité d'un risque d'ordre physique pour le médecin apparemment prévue par le législateur constitue un moyen de défense bien aléatoire pour un médecin poursuivi pour non-assistance, ce qui a pu faire affirmer de façon excessive que, même mourant, le médecin doit se rendre au chevet d'une personne dont la situation de péril est évoquée auprès de lui !*" [9]

Le corps médical prétend trop souvent que la jurisprudence est excessivement rigoureuse à son égard. [10] Or, il apparaît que le critère réel tient à la normalité ou à l'anormalité du risque pour le professionnel. Le médecin doit supporter les risques du métier, le dérangement (même la nuit), le déplacement (même l'hiver), le risque de contagion, l'agitation éventuelle du malade, etc... Mais les tribunaux n'imposent pas juridiquement l'intervention héroïque face à des risques anormaux, tels que soigner un tireur fou ou soigner les brûlés dans la maison en flamme, l'intervention du médecin suivra alors celle du G.I.G.N. ou des pompiers.

B) Le risque pour les tiers

A parfois été invoqué le cas du médecin atteint d'une maladie contagieuse qu'il risque de communiquer à des tiers. [11] Ce risque de contagion pourrait être un cas de risque grave et sérieux, surtout en matière de maladies infectieuses ou de virus dangereux. Aucune jurisprudence n'a pour

---

1 C.A. Poitiers 31 janv. 1952, J.C.P. 1952-II-6932.

2 T.G.I. Valence 26 oct. 1982, inédit cité par SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, p.166.

3 C.A. Bordeaux 28 oct. 1953, J.C.P. 1953-II-7857.

4 Tel que celui dont a été la victime une femme médecin "spécialiste" des soins aux marginaux, en 1992.

5 C.A. Besançon 16 déc. 1975, D.1976, p.166.

6 "Le risque est quelques chose de vague, qui s'apprécie selon les circonstances : il faut se demander si une autre personne, possédant les mêmes moyens d'action et des capacités personnelles identiques aurait tenté d'agir dans des circonstances semblables. La notion est donc variable selon les personnes ou les situations : un sapeur-pompier, un nageur-sauveteur, un policier doivent intervenir là où le simple citoyen pourrait licitement s'abstenir.", MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1806, p.1463.

7 "Une certaine proportion doit s'établir entre le péril qui menace et le danger auquel on s'expose : la vie d'un homme vaut bien le risque rencontré en sortant sur les routes en hiver, par temps de brouillard. (...) C'est pourquoi les tribunaux semblent exiger beaucoup de ceux dont le métier leur fait obligation d'affronter le danger, pompiers ou policiers, ou des médecins dont l'intervention sera d'une plus grande efficacité dans la plupart des cas.", VERON Michel, *Droit pénal spécial*, précité, pp.131-132.

8 "Il est certain que les tribunaux ont une tendance naturelle à exiger beaucoup de ceux dont le métier leur fait obligation d'affronter le danger - pompiers, gendarmes - et de ceux dont l'intervention sera d'une grande efficacité, compte tenu de la nature du péril couru par la personne en danger, ce qui est presque toujours le cas des médecins.", MELENNEC Louis, *Traité de Droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.66.

9 SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, p.167.

10 Où l'on retrouve un certain sentiment de persécution...

11 T.corr. Béthune 19 oct. 1950, J.C.P. 1951-II-5990. Ainsi, un médecin atteint d'une angine a pu prétendre qu'il risquait de compromettre la santé de la parturiente accouchant en urgence, mais le tribunal a estimé qu'il ne rapportait pas la preuve d'un risque réel et l'a condamné.

l'heure fait mention d'un médecin invoquant sa séropositivité pour justifier son refus de secourir autrui, mais l'hypothèse pourrait survenir.

En dehors de la contagion, les risques qui peuvent menacer des tiers à l'occasion du secours d'une personne en péril sont relativement rares. Une décision relève toutefois le risque de laisser seuls trois enfants en bas âge pour expliquer le refus d'intervenir, à la condition qu'il n'y ait pas eu de moyen de garde temporaire. D'autres refusent d'accepter comme cause de justification de l'abstention, le prétendu risque pour les tiers que représente l'hospitalisation de l'auteur d'une tentative de suicide. [1]

Dans tous les cas d'urgence, pour analyser la portée justificative des risques, les juridictions saisies pourront s'appuyer sur le raisonnement développé par M.VERON. Celui-ci préconise une évaluation comparée des risques en présence, méthode qui n'est pas sans rappeler la théorie de la raison proportionnée. "*Seul un risque sérieux, apprécié dans chaque circonstance par les tribunaux, est de nature à dispenser un médecin d'intervenir. Peut-être faut-il procéder par comparaison entre le péril encouru par la personne à secourir et le risque auquel s'expose le sauveteur.*" [2] Cette comparaison des valeurs en conflit ressemble étrangement au concept d'état de nécessité.

Peut-on extrapoler ce raisonnement aux hypothèses où la victime elle-même court un risque ?

C) Le risque pour la victime

Dans certains cas, le médecin refuse d'agir parce qu'il estime que son intervention fait courir des risques excessifs à la victime du danger. Ainsi voit-on se développer un contentieux de l'opportunité de tel ou tel acte médical. Tel malade du SIDA menace de poursuivre le ministre de la santé s'il ne laisse pas vendre un nouveau produit comme l'A.Z.T. ; tel transsexuel menace de poursuivre un chirurgien s'il refuse de l'opérer ; telle femme enceinte menace de poursuivre le médecin qui ne veut pas pratiquer l'avortement, etc...

Le médecin peut arguer de l'existence d'un risque lié, non plus au danger de son intervention pour les tiers ou pour lui-même, mais d'un risque pour la victime du "péril". Il faut alors comparer le risque de l'action au risque de l'inaction. Le critère de licéité de l'attitude du médecin sera, une nouvelle fois, celui d'une balance avantages / risques.

Si le médecin s'abstient et qu'il peut démontrer que le risque opératoire est nettement supérieur au gain espéré, il doit être relaxé en cas de poursuites pour omission de porter secours. Son inaction est justifiée par l'existence d'un risque "anormal" en cas d'action.

Si, au contraire, le médecin s'abstient alors que le risque opératoire est inférieur au gain raisonnablement espéré, il a tort. Il doit être condamné. Son inaction n'est pas justifiée par l'existence d'un risque "normal" en cas d'action.

Son seul recours pour éviter la répression sera alors de démontrer l'existence d'un fait justificatif général.

---

1 SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, pp.168-169.

2 MELENNEC Louis, *Traité de Droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.66.

§2) L'infraction de refus de porter secours et les faits justificatifs généraux

Le médecin peut être pénalement justifié de l'infraction objectivement commise lorsque le refus de porter secours résulte d'une décision imposée par les autorités ou par la nécessité de trier entre plusieurs personnes en péril. Il s'agit souvent d'une hypothèse d'urgence collective primant l'urgence individuelle. Dans le premier cas, son abstention est le fruit de son devoir d'obéissance (A), dans le second cas, il s'agit d'une omission mûrement réfléchie mais socialement utile (B).

A) Le refus de porter secours ordonné par l'autorité légitime

Il est des hypothèses dans lesquelles une autorité requiert l'action du médecin qui ne peut se dérober à ce devoir d'obéissance. Or, en acceptant de déférer à l'ordre qui lui est donné le médecin peut être amené à abandonner temporairement un ou plusieurs malades, refusant ainsi de leur porter secours. Cette situation exceptionnelle est expressément prévue par le code de déontologie : "*le médecin ne peut pas abandonner ses malades en cas de danger public sauf sur ordre formel donné par une autorité qualifiée, conformément à la loi.*" [1] Mais ce devoir d'obéissance dépasse l'obligation déontologique puisque le Code de la santé publique affirme : "*tout médecin est tenu de déférer aux réquisitions de l'autorité publique.*" [2] Le non respect de ce devoir légal est sanctionné par une peine d'amende. [3]

Encore faut-il distinguer selon le degré d'urgence de la situation car la plupart des réquisitions publiques ne méritent pas que soient contredits les principes élémentaires de disponibilité professionnelle.

Le Code de déontologie rappelle à ce sujet : "*(...) quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée.*" [4] Ce qui laisse supposer que le médecin doit, avant d'obéir, prendre les dispositions utiles à faire assurer par d'autres que lui la continuité des soins. Abandonner des malades en péril sans avoir prévu de solution de substitution pour eux serait alors constitutif d'un refus de porter secours. Il en est ainsi pour toutes les réquisitions dont l'exécution peut être temporairement reportée, comme la plupart des constatations et examens scientifiques et toutes les recherches sur les causes de la mort. [5]

Il en va autrement des circonstances d'urgence absolue, dans lesquelles l'exécution de la réquisition ne peut souffrir aucun délai. Toutes les catastrophes collectives peuvent donner lieu à des réquisitions des professionnels de la santé. [6]

Pour les épidémies, les autorités sanitaires et administratives locales [7] peuvent enjoindre à un médecin de procéder à des opérations de prévention et de lutte contre l'extension de la contagion ou lui ordonner de participer au traitement et à l'évacuation sanitaire de groupes de population.

---

1 Décret du 28 juin 1979, précité, art.40.

2 L.n°76-1288 du 31 décembre 1976, art.L.367 C.S.P. Ce devoir d'obéissance pèse également sur les infirmiers. "L'infirmier ou l'infirmière auquel une autorité qualifiée fait appel soit pour collaborer à un dispositif de secours mis en place pour répondre à une situation d'urgence soit en cas de sinistre ou de calamité, doit répondre à cet appel et apporter son concours.", Décret n°93-221 du 16 février 1993 relatif aux règles professionnelles des infirmiers et infirmières, art.22, J.O. 18 févr. 1993, p.2646.

3 Art.R.30-12 C.pén., refus d'obéir à des réquisitions, contravention de police de 2ème classe, (250 F à 600 F), art. R.642-1 N.C.pén.

4 Décret du 28 juin 1979, précité, art.39, al.2, in fine.

5 "S'il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques qui ne peuvent être différés, l'officier de police judiciaire a recours à toutes personnes qualifiées.", art.60 C.P.P. "En cas de découverte d'un cadavre, (...). Le procureur de la République se rend sur place s'il le juge nécessaire et se fait assister de personnes capables d'apprécier la nature des circonstances du décès.", art.74 C.P.P. La recherche des causes de la mort n'est jamais si urgente qu'elle puisse permettre de faire courir un péril au malade ayant besoin du médecin requis. cf. également art.60 bis du Code des douanes (L. 31 déc. 1987) pour la réquisition d'examens médicaux en matière d'importation illicite de stupéfiants.

6 L'Ordre des médecins affirme que l'article 40 du code de déontologie vise principalement ces hypothèses. "Cet article est écrit pour les cas de guerre, cataclysme ou épidémie.", O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, T.1, p.149.

7 Cf. PAMBOU-TCHIVOUNDA G., *Recherche sur l'urgence en droit administratif français*, Revue de droit public 1983, p.81.

Il en est de même en matière de médecine des catastrophes, qu'elles soient naturelles ou accidentelles. [1] Dans le cadre de l'organisation collective des secours, le préfet territorialement compétent peut requérir individuellement toutes personnes utiles ou déclencher les plans de sauvetages prédéfinis (plan O.R.S.E.C., plan Rouge, etc...). [2] Ces ordres officiels constituent sans aucun doute le commandement de l'autorité légitime prévu par la loi pénale. [3]

Le commandement de l'autorité légitime justifie pénalement les infractions commises pour obéir à la réquisition, parmi lesquelles le refus volontaire de porter secours à la clientèle ordinaire, voire à certaines personnes en péril parmi les victimes de la catastrophe lorsqu'un choix sélectif est nécessaire.

B) Le refus de porter secours en état de nécessité

Monsieur LEVASSEUR a démontré que l'état de nécessité permettait de justifier un médecin qui refusait de se déplacer pour un malade potentiel parce qu'il était en train de soigner un malade en danger réel. Sa démonstration avait pour but de mettre fin à la rumeur selon laquelle un médecin devait se déplacer au moindre appel sur tout le territoire. "*Le droit positif admet que l'état de nécessité constitue un fait justificatif (il faut comprendre par là que la sauvegarde de certains intérêts supérieurs peut justifier l'inobservation de certaines règles ; on peut commettre une infraction quand cela vous permet de rendre à la société un service incontestable). Il est donc ridicule de prétendre qu'un médecin devait abandonner un malade en danger pour voler au secours d'un blessé hypothétique, ou se transporter à l'autre bout de la France en mettant en péril sa propre clientèle ; ce sont là des propos démagogiques qui ne tiennent aucun compte du droit positif.*" [4]

L'état de nécessité peut justifier identiquement le médecin qui refuse un secours réclamé par un particulier, alors qu'il en train de réaliser une intervention délicate [5] et celui qui refuse de déférer à une réquisition publique, pour la raison qu'il est en train de soigner un malade en état de péril. [6]

A l'inverse, l'état de nécessité permet de justifier le médecin qui délaisse son client pour secourir un tiers placé devant un plus grand péril. Abandonner au cabinet un malade victime d'une fracture pour secourir un passant victime d'une crise cardiaque est licite.

La comparaison des urgences, et donc des risques, en présence permet de déterminer vers quelle nécessité le médecin doit orienter son action lorsqu'il faut choisir. "*Le choix de l'urgence la plus pressante apparaît sans aucun doute comme un des problèmes les plus difficiles à régler pour le médecin qui devra, comme cela apparaît dans plusieurs jurisprudences, démontrer a posteriori, qu'en s'abstenant d'assister, ou tout au moins en repoussant son intervention auprès d'une personne en danger qu'il ne connaissait pas, il allait au plus pressé.*" [7] La réorganisation des services des urgences dans les hôpitaux, actuellement étudiée par le Ministère de la santé, s'oriente en large partie vers des distinctions selon la nature des urgences.

---

[1] Eruption volcanique, raz de marée, avalanche, inondation, tremblement de terre ou bien accident ferroviaire, aérien, nucléaire etc... Le nouveau Code pénal emploie le terme de sinistre cf. art.R.642-1 N.C.pén.

[2] Sur les structures et les plans de secours cf. CHENILLET Philippe et PRETOT Xavier, *Le secours médical d'urgence. Eléments pour une clarification*, précité, pp.659-687.

[3] Art.327 C.pén., art 122-4 N.C.pén., art.R.642-1 N.C.pén.

[4] LEVASSEUR Georges, *La responsabilité pénale*, précité, p.68.

[5] Pour le cas d'un médecin refusant de secourir la victime d'un malaise cardiaque dans un immeuble voisin justifié par le fait qu'il était au moment même en train de pratiquer une électrocoagulation du col utérin sur une table d'examen de gynécologie. cf. C.A. Bordeaux 28 oct. 1953, J.C.P. 1953-II-7857.

[6] "Peut échapper aux poursuites, le médecin qui refuse de déférer à un appel parce qu'il est retenu au chevet d'un malade qui exige des soins constants et dont l'état est manifestement plus grave que celui de la personne en faveur de laquelle son intervention est sollicitée, car, en pareille hypothèse, la cause de justification se trouve dans l'état de nécessité.", CONSTANT J., *La répression des abstentions coupables*, R.I.D.P. 1961-1962, p.199.

[7] SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, p.169.

Cette obligation de faire face à l'urgence en opérant un choix sélectif du patient à traiter en priorité se retrouve dans les cas d'accidents de la circulation mêlant plusieurs victimes. Le médecin arrivé le premier sur les lieux doit évaluer la situation en hiérarchisant les urgences pour éventuellement abandonner temporairement un blessé en situation de péril moindre au profit d'un blessé en situation de péril supérieur. Il est placé devant la nécessité de trier. [1]

La décision de porter secours à tel accidenté au détriment de tel autre à qui il refuse ses soins sera éventuellement et a posteriori justifiée sur le plan pénal si le choix du médecin a porté sur l'action la plus urgente au sacrifice de l'intervention moins urgente.

Cette configuration se retrouve également dans le domaine de la médecine militaire en temps de guerre ou de conflit.

Les équipes médicales ont pour première mission de classer les victimes en fonction de la gravité de leurs blessures, afin de hiérarchiser les priorités en fonction de la rapidité d'intervention nécessaire. [2] Cette sélection peut avoir pour effet de refuser momentanément des secours à une ou plusieurs personnes en péril. L'urgence justifie alors ce que d'ordinaire on qualifierait de manœuvre dilatoire. [3]

Mais l'urgence peut aussi justifier que l'on répartisse entre les blessés les médicaments ou les soins contingentés. Lorsqu'il ne reste plus qu'une dose de morphine, il faudra l'injecter à un blessé et en priver tous les autres. Le médecin doit choisir, trier, sélectionner, sachant qu'il sera justifié s'il a sauvegardé une valeur supérieure à la valeur sacrifiée. [4] Dans l'absolu, cela permet de sacrifier un blessé pour en sauver plusieurs en vertu de la même justification qui conçoit que l'on puisse sacrifier un naufragé pour pouvoir sauver les occupants du radeau.

Il apparaît que cette justification du tri nécessaire entre plusieurs valeurs protégées est au cœur du principe de la "raison proportionnée". Ce que la société attend du médecin, c'est qu'il fasse toujours les choix individuellement utiles, mais lorsque le contexte d'urgence l'amène à devoir trier.

Conclusion du Chapitre 1

Bien que certains médecins l'affirment, il est excessif de prétendre que le délit d'omission de porter secours est "une épée de Damoclès" qui menace spécialement les praticiens. [5] Le droit pénal interdit l'égoïsme de tout citoyen sans jamais imposer l'héroïsme, même au médecin.

Si un médecin est parfois condamné, c'est parce qu'il est censé être un professionnel de l'analyse du danger - un connaisseur - et parce qu'il a les moyens d'intervenir utilement : il est un acteur naturel face aux situations dangereuses. L'obligation de porter secours est et reste une "obligation relative" pour tous et il n'y a pas lieu de penser qu'elle soit une "obligation absolue" pour le médecin.

En situation d'urgence, le droit crée une obligation juridiquement sanctionnée d'assister autrui. Ce devoir nouveau est simultanément accompagné de pouvoirs nouveaux, afin que chacun puisse respecter la loi. Pour le médecin, ces pouvoirs nouveaux consistent essentiellement en des

---

[1] C'est aussi le rôle du médecin régulateur. "Le régulateur quant à lui va devoir apprécier l'utilité et l'urgence de l'intervention.", BODIN J. et LHOMMEAU J.C., *Non-assistance à personne en péril et l'urgence*, précité, n°46.p.4.

[2] Les médecins-militaires distinguent généralement 5 groupes de blessés. 1) extrême urgence, danger de mort immédiat - 2) première urgence, danger de mort avec possibilité de différer l'intervention pendant 6 h sous réserve de réanimation intensive - 3) deuxième urgence, à traiter dans les 18 h - 4) troisième urgence, à traiter dans les 36 h, - 5) éclopés.

[3] "En vingt jours, il réussit à mener à bien plus de deux cent cinquante interventions chirurgicales d'urgence. Cela tenait du prodige.", GRAUWIN Médecin-Commandant, *J'étais médecin à Dien-Bien-Phu*, éd° France-Empire, 1954, p.242.

[4] "Trier n'est pas aussi scandaleux qu'il y paraît au premier abord, car cela revient à optimiser l'utilisation des moyens dont on dispose pour le plus grand profit non d'un seul blessé mais de l'ensemble de ceux-ci. Il est important de souligner qu'en temps de guerre, les agents agressifs s'additionnent, le traumatisme initial entraînant souvent des blessures multiples auxquelles peuvent s'ajouter en cas d'explosion atomique des effets d'irradiation se surajoutant aux écrasements et aux effets de souffle.", SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, p.218.

[5] SOUTOUL Jean-Henri, *Le délit de non-assistance à personne en danger : une épée de Damoclès permanente pour le médecin*, Méd&Dt 1993, p.16.

dérogations aux conditions ordinaires de justification des actes médicaux non urgents. Les conditions de licéité sont perturbées lorsque les faits commandent d'agir vite.

Chapitre 2 : L'urgence et la création d'un pouvoir d'action pour le médecin

Le Code pénal ne contient pas de dispositions spécifiques concernant la situation d'urgence permettant au médecin de déroger au droit commun. Ce qui signifie que pour l'exercice de son art en situation d'urgence comme en situation non urgente, le médecin commet des atteintes à l'intégrité physique qui peuvent être qualifiées d'infractions. Il faut donc rechercher les causes de justification pénale des infractions commises à l'occasion d'urgences médicales (section 1), avant d'étudier les dérogations aux règles de justification de l'acte médical non urgent (section 2).

Section 1 : Le fondement de la justification pénale des infractions commises à l'occasion d'urgences médicales

Pour l'acte médical non urgent, la répression est écartée si se vérifient les conditions de justification pénale par la permission tacite de la loi que nous avons dégagé en 1ère Partie. Or, lorsqu'une personne est en situation de péril, la loi crée, comme nous venons de le voir, l'obligation pour tout citoyen, et particulièrement pour le médecin, d'intervenir. Si des infractions sont commises au cours de cette intervention d'urgence, sont-elles justifiées par l'ordre de la loi, c'est-à-dire l'article 63 alinéa 2 du Code pénal ou l'article 223-6 alinéa 2 du nouveau Code pénal (§1) ou bien faut-il chercher dans la notion plus générale d'état de nécessité la raison de l'impunité ? (§2)

§1) L'article 63 du Code pénal (art. 223-6 al.2 N.C.pén.) crée-t-il une permission légale ?

L'enjeu de cette question est considérable car s'il l'on reconnaît à l'infraction d'omission de porter secours le rôle d'un ordre de la loi permettant d'intervenir, cet argument sera invoqué par des médecins mais aussi par d'autres personnes. Les guérisseurs et autres charlatans en particulier, invoqueront l'article 63 du Code pénal pour justifier des actes d'exercice illégal de la médecine.

Il apparaît, bien que certains auteurs aient pu l'affirmer, que l'article 63 alinéa 2 du Code pénal ne crée aucun fait justificatif pouvant être qualifié d'ordre ou de permission de la loi. (A) La confusion provient du fait que le péril, élément constitutif de l'infraction de refus de porter secours, est un événement de fait identique au danger, condition d'existence du fait justificatif d'état de nécessité (B).

A) L'absence de fonction de justification de l'article 63 alinéa 2 du Code pénal (art. 223-6 al.2 N.C.pén.)

La loi pénale a défini un comportement d'abstention punissable en incriminant le refus de porter secours à une personne en péril. Nous en avons déduit que l'inaction étant une infraction : la loi crée une obligation d'agir.

Certains auteurs prolongent le raisonnement en affirmant que si la loi impose l'action, elle justifie par suite les infractions qui pourraient être commises à l'occasion de l'accomplissement de l'intervention. "*Si la loi impose, sous des sanctions pénales, de porter secours à autrui en danger, cet ordre constitue nécessairement un fait justificatif. L'obéissance à cet impératif légal est une raison suffisante pour justifier l'intervention, même si elle revêt une forme qui serait d'ordinaire délictueuse : «la fin justifie les moyens», et l'on ne peut se dérober.*" [1]

Or, cette analyse semble critiquable dans la mesure où il s'agit d'une déduction très extensive de la volonté du législateur. Il est très délicat de placer sur un pied d'égalité une disposition expresse d'une loi spéciale qui prévoit et justifie par avance la commission d'une infraction, comme par

[1] SALVAGE Philippe, *Abstentions délictueuses*, précité, n°155.

exemple la violation licite du secret professionnel en cas de sévices à enfant [1], et l'extrapolation, à partir d'un cas envisagé par une disposition légale, d'une justification de tous les actes délictueux accomplis à l'occasion de son application. "*N'importe quelle injonction légale n'est pas nécessairement justificative d'une infraction pénale ; et n'importe quel citoyen n'est pas autorisé à exécuter de sa seule initiative, ou n'importe comment, n'importe quelle prescription de la loi.*" [2]

Accorder à l'article 63 alinéa 2 du Code pénal (art. 223-6 al.2 N.C.pén.) le rôle de fait justificatif est d'autant plus délicat que le texte légal ne donne aucun ordre, ne prescrit aucun comportement, ne préconise aucune action spécifique. L'obligation de porter secours est une notion déjà issue d'une extension intellectuelle qui provient de la constatation que la loi prohibe le refus de porter secours. L'article 63 du Code pénal incrimine une abstention qui est, par définition, une omission d'agir.

La doctrine précitée déduit de la punition légale de l'omission l'obligation légale d'agir et de l'obligation d'agir la permission légale de commettre des infractions en agissant, ce qui est une interprétation exagérément téléologique. Il n'a jamais été envisagé de faire de toutes les infractions sanctionnant des comportements négatifs des faits justificatifs de comportements positifs infractionnels. Ce qui aboutirait, par exemple, à déclarer que celui qui veut éviter de tomber sous le coup de la qualification de non-représentation d'enfant pourrait commettre des violences sur le mineur pour satisfaire à l'obligation légale [3], ou à affirmer que, pour ne pas être accusé de déni de justice, un magistrat peut s'affranchir des dispositions procédurales concernant la composition de la juridiction ou commettre un faux en écriture publique. [4]

La lecture du texte d'incrimination ne permet pas cette suite de déductions. La loi punit l'inaction, la passivité délibérée face au danger, elle ne "couvre" pas par avance toutes les infractions que l'action pourrait entraîner. [5] Si certaines confusions ont pu apparaître elles proviennent sans doute des nombreux points communs entre l'obligation de porter secours et l'état de nécessité.

B) Le péril visé à l'article 63 alinéa 2 du Code pénal (art. 223-6 al.2 N.C.pén.) et la notion d'état de nécessité

Il est utile de comparer l'obligation de porter secours créée par la loi pénale et la notion d'état de nécessité, car les deux concepts apparaissent comme voisins. Il s'agit dans les deux cas d'appréhender juridiquement le comportement d'un individu confronté à une urgence pour en tirer des conséquences sur le plan de la répression. Le contexte de fait, préalable à toute qualification juridique des agissements poursuivis est, selon nous, strictement identique en matière d'obligation de secours et en matière d'état de nécessité, comme d'ailleurs en matière de légitime défense. "*Le secours médical répond, en principe, à des situations de détresse, mettant en cause l'existence même, la survie de la personne intéressée. Telle quelle, elle se rapproche de la notion de péril utilisée par le droit pénal, par exemple pour la définition de la légitime défense.*" [6]

Les faits peuvent être qualifiés alternativement, péril, danger, urgence ou détresse. [7] Ils révèlent toujours le cas d'une personne dont l'état de santé nécessite une action médicalisée rapide.

---

1 Art.378 C.pén. et art.226-13 N.C.pén.

2 MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°415, p.534.

3 Art.357 C.pén., art.227-5 N.C.pén. "La Cour de cassation n'a jamais hésité à étendre l'article 357, considérant qu'il appartient au gardien d'user de son influence sur le mineur pour que soit exactement obéie la décision judiciaire, (...). Cette jurisprudence sévère comporte cependant des limites. Un adolescent à la personnalité déjà affirmée ne peut être contraint, comme un jeune enfant, à obéir strictement aux injonctions parentales.", MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°2165, p.1757.

4 Art.185 C.pén.

5 Cf. supra à propos de la qualité de l'acte et la qualification éventuelle de coups et blessures involontaires, 1ère Partie, p.254 et s.

6 CHENILLET Philippe et PRETOT Xavier, *Le secours médical d'urgence. Eléments pour une clarification*, précité, p.661.

7 A ne pas confondre avec deux notions voisines que sont la contrainte et la force majeure. cf. ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, L.G.D.J. 1992, n°128, p.93 note 25. CARTIER Marie-Elisabeth, *Contrainte et nécessité*, in Ann.Fac.Toulouse 1982, T.XXX, p.27.

Le critère de licéité du comportement observé, c'est-à-dire de la réaction du sujet face au péril qui touche autrui, est dans les deux hypothèses fondé sur l'appréciation de l'utilité du choix réalisé. Pour l'infraction de refus de porter secours, la comparaison des valeurs en présence résulte du texte qui incite à l'action sauf en cas de risque, alors que pour l'état de nécessité, la comparaison des valeurs résulte de la permission d'accomplir l'acte nécessaire qui suppose une valeur sauvegardée supérieure à la valeur sacrifiée.

Dans les deux cas, l'individu confronté au péril doit soupeser deux solutions pour n'en choisir qu'une. [1] Agir ou s'abstenir, par rapport à la personne en péril qui sollicite un secours, s'abstenir ou commettre une infraction pour lutter contre un péril, pour l'état de nécessité.

"*L'article 63 alinéa 2 du Code pénal sur l'omission de porter secours à personne en péril autorise le débiteur du secours à commettre une infraction (...). On pourrait aussi invoquer ici l'état de nécessité.*" [2] Le comportement du sujet sera déclaré licite s'il fait le choix le plus utile sur le plan social.

L'article 63 alinéa 2 du Code pénal (art. 223-6 al.2 N.C.pén.) est, à notre avis, une forme légale de l'état de nécessité, avec pour particularité d'être incitatif a priori, au contraire de l'état de nécessité qui est traditionnellement un raisonnement juridique a posteriori.

"*C'est en réalité, l'état de nécessité qui justifie la perpétration de l'infraction rendue indispensable pour que la personne en péril puisse recevoir l'aide que la loi ordonne de lui apporter, et c'est au Juge qu'il appartient de rechercher a posteriori, si la personne qui a porté secours a fait une juste appréciation de la hiérarchie des impératifs sociaux, et a eu effectivement la conduite qu'imposaient les circonstances.*" [3]

La différence entre les deux notions est que l'infraction de l'article 63 alinéa 2 du Code pénal (art. 223-6 al.2 N.C.pén.) a pour but d'inciter les citoyens à une réaction en incriminant l'indifférence, c'est-à-dire en punissant l'absence de réaction, alors que l'état de nécessité a pour but d'exonérer a posteriori le citoyen qui aura commis une infraction [4] (mauvaise action) pour pouvoir être utile à autrui (bonne action). L'article 63 punit l'inaction, c'est le "bâton" qui menace les citoyens égoïstes, l'état de nécessité justifie les "bonnes" infractions, c'est la "carotte" qui exonère les citoyens altruistes.

Ce n'est donc pas par une simple référence à l'article 63 alinéa 2 du Code pénal que l'on doit justifier le comportement de certains médecins conduits à commettre des infractions pour secourir autrui. Mais c'est par référence aux conditions du fait justificatif général de l'état de nécessité ; nous allons le vérifier.

---

1 Curieusement, Monsieur Salvage, après avoir attribué à l'article 63 la vertu de fait justificatif de permission de la loi, applique les critères de l'état de nécessité. "Il est bien évident, cependant, que l'article 63 ne saurait ainsi justifier toutes les infractions. L'immunité ne jouera que dans la mesure où l'acte s'inscrit raisonnablement et nécessairement dans l'entreprise de secours, et où il n'apparaît pas disproportionné au péril à conjurer.", SALVAGE Philippe, *Abstentions délictueuses*, précité, n°157.

2 PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Cujas, 8ème éd° 1992, n°295, p.325.

3 CONSTANT J., *La répression des abstentions coupables*, R.I.D.P. 1961-1962, p.244.

4 "Lorsqu'une personne est menacée d'un dommage imminent, dans sa vie, son intégrité physique, ou son patrimoine, il semble que ceux qui ont la possibilité de lui venir en aide doivent le faire, dans des limites qui restent à déterminer (...) : l'état de nécessité.", DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, L.G.D.J. 1960, n°238, p.162.

§2) L'urgence médicale justifie-t-elle toujours par un état de nécessité ?

Comme nous l'avons déjà constaté, le droit pénal connait un fait justificatif qui a pour but de donner aux magistrats chargés de l'application de la norme un moyen d'écarter l'incrimination lorsque l'infraction commise est socialement utile ; il s'agit de l'état de nécessité, que certains ont défini comme un "*correctif général des règles de droit, en vue de les assouplir et de les adapter aux diverses situations qui peuvent se présenter.*" [1]

Il apparaît qu'en cas d'urgence médicale, il faut parfois adapter ou corriger les règles ordinairement applicables ne serait-ce que pour tenir compte de la contrainte de temps qui pèse sur les décisions médicales. Cette correction des règles de droit justifie certaines infractions rendues "nécessaires" pour secourir autrui (A), mais elle ne saurait justifier globalement l'activité médicale d'urgence (B).

A) La nécessité de commettre parfois des infractions pour secourir autrui

Bien que certains auteurs fondent la justification de tout acte médical sur le concept de nécessité [2], nous avons écarté cette argumentation à titre principal. [3] Il apparaît néanmoins clairement que l'état de nécessité est parfois invoqué par des médecins ayant commis des infractions à l'occasion d'une démarche médicale.

Chaque fois que l'urgence médicale est telle qu'un péril menace les personnes et qu'un médecin commet une infraction moins grave sur le plan des valeurs protégées que le péril qu'il permet d'écarter, l'état de nécessité peut être retenu. Le danger créé par l'intervention médicale d'urgence est justifié s'il est inférieur au péril encouru par la victime.

Ainsi est justifié le médecin qui commet un excès de vitesse (danger) s'il peut démontrer que son imprudence était compensée par la nécessité de secourir un malade en péril de mort. [4] Le bénéfice de la justification dépend principalement de la preuve d'une urgence réelle menaçant les personnes [5] et de l'utilité des faits délictueux [6], sans quoi l'infraction n'est pas nécessaire et est injustifiée.

Il est concevable que soient justifiés par ce mécanisme un vol de drap pour panser ou bander la victime d'une hémorragie, ou la violation de domicile pour téléphoner en urgence, ou encore la destruction de biens mobiliers pour accéder au contenu salvateur d'une armoire à pharmacie. Ces actes sont d'ordinaire punissables, mais le fait qu'ils soient accomplis pour parer un péril pressant les rend nécessaires et donc pénalement justifiés.

Encore ne s'agit-il que d'infractions commises à l'occasion de la démarche de secours. Nous pensons que l'acte médical qui est accompli en situation d'urgence ne peut pas, dans la plupart des cas, trouver sa justification dans le concept d'état de nécessité.

---

1 PALLARD Roger, *L'exception de nécessité en droit civil*, Thèse Droit Poitiers 1947, L.G.D.J. 1948, n°73, p.118.

2 FORIERS Paul, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles Bruylant 1951, p.200,.HEGER-GILBERT F. et GLORIEUX P., *La nécessité un critère de l'acte médical*, Premier Congrès International de Morale Médicale, Paris O.N.M., 1955, vol.2, p.80, SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, précité, p.37.

3 Cf. supra 1ère Partie, Titre 2, le but curatif.

4 Relaxe sur le fondement de l'état de nécessité d'un anesthésiste appelé d'urgence qui viole le Code de la route, C.A. Nancy 6 févr. 1990, Jurisdata 052168. Sur ce point voir cependant les hésitations de la jurisprudence belge et les commentaires de Monsieur Puech : "Le cas du médecin qui commet un excès de vitesse pour se rendre au chevet d'un malade a été tranché de manière divergente : relaxe (Trib.pol. Soignies, 26 oct. 1972 : Gaz.pal.1975, I, 317) ou condamnation (Trib. pol. Charleroi, 27 sept. 1974 : Gaz.pal. 1975, I, 317, jurisp. belge). L'opportunité de cette dernière solution n'est pas douteuse : l'imprudence du médecin ne fait-elle pas naître autant sinon plus de péril que celui qu'il prétend conjurer ?", PUECH Marc, *Droit pénal général*, Litec 1988, n°818, p.289.

5 Condamnation d'un médecin pour franchissement d'une ligne continue, absence de justification par l'état de nécessité par défaut de preuve de l'urgence, C.A. Paris 10 janv. 1985, Jurisdata 020747.

6 "En ce qui concerne la conduite en état d'ébriété, compte tenu du risque qu'elle peut constituer pour des tiers non engagés dans l'action d'assistance, il a pu être conseillé à des praticiens par une revue professionnelle sollicitée dans un courrier de lecteurs, de faire appel à toute forme de transport utilisable (taxi, voiture de louage, même éventuellement véhicule de police ou de gendarmerie).", SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, pp.127-128.

B) L'inadéquation de la référence à l'état de nécessité pour justifier globalement l'activité médicale d'urgence

Si l'état de nécessité peut justifier certaines infractions accomplies en marge de l'acte médical lorsqu'une urgence peut être démontrée, il faut repousser l'idée selon laquelle l'urgence suffirait à justifier l'acte médical lui-même. L'impunité de l'activité médicale ordinaire s'explique par la permission tacite de la loi. (cf. supra Partie 1) Or, le secours médical d'urgence est une forme exceptionnelle de l'activité médicale ; il est logique d'affirmer que l'urgence modifie, "corrige" les règles de droit commun sans toutefois exclure les conditions habituelles de justification de l'activité médicale.

L'urgence ne permet pas d'abolir tous les principes de licéité de l'activité médicale, sans quoi seules l'évaluation du danger et l'utilité des actes seraient examinées par la justice pénale. Or, l'acte médical accompli en situation d'urgence est analysé de prime abord selon les règles classiques, ensuite de quoi la prise en compte du contexte exceptionnel entraîne certaines dérogations. C'est ce que montre clairement la réponse juridique apportée à "la question des guérisseurs", dont il sera prochainement question.

L'acte médical rendu nécessaire par l'urgence reste donc principalement régi par la permission tacite de la loi. L'état de nécessité permet seulement de déroger à certaines des conditions exigées d'ordinaire sans supplanter totalement le droit commun. Comme l'écrit Monsieur JESTAZ : "*si l'on peut, de lege ferenda, envisager l'urgence comme un correctif universel, l'étude du droit positif montre en revanche que la notion n'infléchit que certaines règles. Tout le problème est de savoir pourquoi ces règles plutôt que d'autres cèdent devant l'urgence et quelle est la mesure exacte de cet infléchissement. (...) Définie par son but, qui est d'éviter un préjudice, la notion s'explique moins par les causes qui la font naître que par les effets qu'elle entraîne.*" [1]

Les effets dérogatoires de l'urgence en médecine se font ressentir sur chacune des conditions de la licéité de l'acte médical sans remettre en cause le fond commun des conditions ordinaires de licéité de l'acte médical. "*Une loi d'incrimination n'est pas absolue et n'a pas vocation à s'appliquer sans discrimination. (...). Toute loi a sa raison d'être. Lorsque cette raison disparaît, la loi s'efface tout naturellement, sans que cela rejaillisse sur sa validité générale.*" [2]

En matière médicale la validité de la loi qui permet tacitement d'attenter au corps humain n'est que partiellement modifiée par l'état de nécessité, nous allons le constater.

---

[1] JESTAZ Philippe, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, précité, n°13, p.11.

[2] ROUJOU de BOUBEE Gabriel, *Essai d'une théorie générale de la justification*, in Ann.Fac.Toulouse 1982, T.XXX, p.20.

Section 2 : L'urgence et les dérogations aux conditions ordinaires de justification de l'acte médical

La permission tacite de la loi définit une sphère de justification pénale qui comporte implicitement les conditions à respecter pour qu'un acte médical soit pénalement considéré comme licite. L'urgence perturbe l'ordonnancement de ces conditions. L'impact et la portée dérogatoire de l'urgence sur chacune des exigences légales tacites ne peuvent être évalués que ponctuellement et a posteriori. "*En principe, l'autorisation, de la loi est accordée in abstracto en considération d'une situation objective donnée, tandis que l'état de nécessité ne correspond qu'à une autorisation conditionnée de la loi dépendant des conditions concrètes qui devront permettre de caractériser l'urgence et la nécessité.*" [1]

L'urgence provoque des dérogations à trois conditions requises habituellement : la condition de compétence (§1), la condition de consentement (§2), et la condition de qualité de l'acte médical. [2] En revanche l'urgence ne permet pas de dérogation à la finalité de l'acte médical qui reste un acte à but strictement curatif. Certes, la panoplie des actes accomplis en médecine d'urgence est différente puisque de nombreux gestes ont un but conservatoire : on parle, par exemple, de conditionnement ou de préparation des blessés pour le transport. Mais ces actes conservent comme finalité l'intérêt exclusif de l'amélioration de la santé du sujet.

§1) L'urgence et les dérogations aux exigences de la compétence

L'urgence qu'il y a à porter secours à une personne en danger peut entraîner de la part du sauveteur la commission d'un acte nécessaire pour lequel il n'est d'ordinaire pas compétent. C'est ainsi que tout citoyen peut être amené à accomplir un acte médical d'atteinte au corps humain (A), mais la question se pose particulièrement pour le guérisseur poursuivi pour exercice illégal de la médecine (B) et marginalement pour le dépassement de compétence d'un professionnel de la santé (C).

A) La tolérance de certains actes médicaux accomplis par des "non-médecins"

La loi prévoit quelquefois la permission expresse d'accomplir en phase d'urgence un acte d'ordinaire interdit. C'est ainsi que tout citoyen peut appréhender et retenir l'auteur d'un délit à condition qu'il soit flagrant. [3] La pression du temps donne à l'individu des prérogatives que des circonstances ordinaires lui refusent. La flagrance attribue à tout citoyen des pouvoirs quasi-policiers pour contribuer au respect de l'ordre public. Ce même mécanisme dérogatoire trouve une application particulière dans le cadre des compétences exigées pour l'exercice des professions de santé, sans que la loi ne l'ait expressément prévu.

La tolérance d'une dérogation à la condition de compétence pour effectuer un acte médical licite peut bénéficier à tout citoyen, non membre d'une profession de santé. Il est indéniable que sont pénalement justifiés les individus qui accomplissent des actes d'exercice illégal de soins lorsqu'ils sont nécessaires au sauvetage. Le maître-nageur sauveteur qui entreprend la réanimation d'un noyé, le policier qui pratique un massage cardiaque en cas d'accident sur la voie publique ou le secouriste

---

[1] CONTE Philippe et MAISTRE de CHAMBON Patrick, *Droit pénal général*, précité, p.149.

[2] Sur la question de l'impact de l'urgence sur la condition de qualité de l'acte médical cf. supra 1ère Partie, Titre 2 : état de nécessité et faute d'imprudence, p.264 et s.

[3] Art.73 C.P.P.

occasionnel qui effectue une respiration artificielle sur un blessé de la route [1] commettent objectivement une infraction parce que la loi réserve le monopole exclusif de ces actes aux médecins.

Ces sauveteurs seront heureusement justifiés par l'état de nécessité qui explique que face au danger grave et imminent ils aient choisi d'agir hors compétence pour tenter de sauver autrui.

La nature des actes que le sauveteur amateur peut accomplir reste toutefois strictement proportionnée à la gravité du péril. Il s'agira le plus souvent des actes de premiers secours (point de compression, ventilation artificielle, massage cardiaque, éventuellement garrot). Le secouriste ne serait pas justifié au cas où il prendrait l'initiative d'un acte médical sophistiqué comme un accouchement ou une trachéotomie, sauf en cas d'urgence extrême et d'absolue nécessité. Ces hypothèses rarissimes se trouvent dans les cas d'isolement ou de dénuement total (montagne, bateau, camp de concentration, etc...). C'est ainsi que la presse mentionne parfois l'accomplissement par un néophyte d'un acte médical complexe, réalisé sur les directives radio d'un médecin situé à des milliers de kilomètres.

Il faut toutefois préciser que le contentieux pénal épargne le citoyen de bonne foi qui occasionnellement va pratiquer un acte médical parce qu'il est nécessaire pour sauver autrui. L'infraction d'exercice illégal est, en effet, une infraction d'habitude qui suppose, pour être consommée, l'exécution d'au moins deux actes illicites. [2] Le secouriste qui, sur le bord de la route, diagnostique un arrêt cardio-respiratoire et pratique une ventilation artificielle ne peut donc pas être condamné pour exercice illégal de la médecine, sauf s'il réitère par la suite un tel acte de sauvetage.

Le sauvetage justifié lorsqu'il est socialement utile. C'est cette argumentation que développent les guérisseurs pour détourner le bras de la répression. [3]

B) La question particulière des guérisseurs

Les ancestrales querelles d'école entre la médecine officielle et les médecines "hérétiques" [4] ont tourné en faveur de la première qui s'ait vu reconnaître un monopole exclusif pour le diagnostic et le traitement des maladies humaines. [5] Le respect du monopole est assorti de sanctions pénales puisque le Code de la santé publique punit l'exercice illégal de la médecine. [6] Celui qui pratique la médecine sans en avoir "le droit" commet une infraction pénale. Vouloir soigner autrui sans être habilité par les règles juridiques est une forme de délinquance.

Les guérisseurs, personnages typiques de nos campagnes que la cité moderne voit resurgir sous de nombreux masques [7], invoquent parfois l'obligation de porter secours à une personne en péril et la nécessité d'agir sans diplôme pour se justifier. Or, l'article 63 alinéa 2 du Code pénal

---

[1] Il faut noter que la préparation de la réaction à urgence commence avec la formation et l'examen des connaissances des secouristes. L'existence d'un brevet national de secourisme (et d'une mention annexe réanimation) comme l'organisation des brigades de sapeurs-pompiers volontaires et bénévoles, est un signe de l'utilité sociale de la préparation à la solidarité.

[2] "Exerce illégalement la médecine : Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement des maladies, (...).", art.L.372 C.S.P. première phrase.

[3] "N'est-il pas significatif que les concurrents illégaux des médecins soient appelés guérisseurs ? L'opinion publique au XIX° siècle refuse de faire coïncider le diplôme et la faculté de guérir. La notion même d'exercice illégal de la médecine prête à sourire. Dans le peuple, ce n'est pas le titre, c'est la réussite qui fait la différence. On devine un jugement de valeur, à front renversé, comme si les médecins ne guérissaient pas souvent.", LEONARD Jacques, *Médecins, malades et société dans la France du XIX° siècle*, éd° Sciences en situation, 1992, p.63.

[4] Titre d'un ouvrage célèbre : CARREL Alexis Dr, LUMIERE Auguste et autres, *Médecine officielle et médecines hérétiques*, Plon-présences, 1945. cf. "En dépit des écoles passagères, on peut dire de l'art médical comme de l'Art tout court : *Ars una, species mille.*", p.28.

[5] La frontière ne protège pas les médecins eux-mêmes, certains étant susceptibles de verser vers les médecins alternatives, médecines douces, médecines parallèles etc... "Les médecins ne peuvent proposer aux malades ou à leur entourage, comme salutaire ou sans danger, un procédé illusoire ou insuffisamment éprouvé. Toute pratique de charlatanisme leur est interdite.", Décret du 28 juin 1979, précité, art.30.

[6] Art. L.372 C.S.P. Sur ce point cf. supra 1ère Partie, Titre 1, le diplôme.

[7] Marabouts, magnétiseurs, rebouteux par minitel et autres thaumaturges des temps modernes.

(art.223-6 al.2 N.C.pén) ne peut pas être retenu (1°), mais l'état de nécessité justifie parfois les guérisseurs (2°).

1°) L'absence de justification sur la base de l'article 63 alinéa 2 du Code pénal (art. 223-6 al. 2 N.C.pén.)

Les guérisseurs et leurs détracteurs ont longtemps débattu de la crédibilité scientifique des pratiques "officieuses". [1] Sur le plan pénal, les guérisseurs arguent de l'obligation de porter secours, imposée par la loi, pour justifier leur activité. "*Un médecin frappé d'une interdiction d'exercer ou un guérisseur peuvent-ils refuser de faire un acte médical pour secourir une personne en danger, en alléguant qu'ils entendent ne pas être poursuivis pour exercice illégal de la médecine ? En pratique, la question s'est posée différemment : un guérisseur poursuivi pour exercice illicite de la médecine peut-il invoquer comme fait justificatif l'article 63 (al. 2) qui l'oblige à secourir les malades qui s'adressent à lui ? La jurisprudence s'est montrée hostile à cette argumentation, sauf quand le prévenu démontrait qu'il intervenait auprès de clients abandonnés par leurs médecins et pour qui la médecine officielle ne pouvait plus rien.*" [2]

L'article 63 alinéa 2 du Code pénal (art.223-6 al.2 N.C.pén.) punit l'inaction, il ne justifie pas les infractions commises à l'occasion de l'action. [3]

L'infraction d'exercice illégal de la médecine vise essentiellement les habitués du traitement illicite : les soignants semi-amateurs que sont les guérisseurs. Lorsque l'infraction est constituée la justification pénale peut émaner de l'ordre de la loi ou du commandement de l'autorité légitime pour le cas exceptionnel où une autorité requiert un guérisseur d'agir. [4] Il est plus plausible d'envisager la justification par l'état de nécessité.

2°) La justification exceptionnelle du guérisseur par la référence à l'état de nécessité

Pour justifier son activité par le fait justificatif d'état de nécessité, il faudra alors pour le guérisseur démontrer que, confronté à un danger grave et imminent, il a choisi de commettre l'infraction d'exercice illégal de la médecine pour sauvegarder une valeur sociale plus importante que le respect du monopole médical. Cette démonstration sera à l'évidence très difficile à rapporter. Ainsi, le bandage d'une entorse, la réduction d'une fracture et tous les soins des foulures, luxations et autres blessures articulaires pratiqués par les rebouteux, ne sont pas justifiés par l'état de nécessité : il n'y a pas vraiment de péril imminent et suffisamment grave.

D'autre part, en supposant que le guérisseur démontre un péril grave et imminent, la justification ne pourra profiter qu'aux actes strictement nécessaires. Or, les guérisseurs dépassent très souvent la notion de nécessité pour poursuivre des traitements de longue durée, et suivre des

---

[1] MESSEGUE Maurice, *Le guérisseur cet inconnu. L'espoir rendu aux incurables*, Secrétan 1949, ROSTAND Jean, *Science fausse et fausses sciences*, Gallimard-Nrf 1958, MELLOR Alec, *Le problème des guérisseurs*, La colombe 1958, D'AUTREC C.V., *Les charlatans de la médecine*, La table ronde 1967.

[2] MERLE et VITU, *Droit pénal spécial*, précité, n°1806, pp.1463-1464. Le fait que le guérisseur intervienne en désespoir de cause comme alternative à la médecine officielle impuissante n'est pas une justification, comme le montre la condamnation d'un guérisseur présenté comme un bon samaritain. "Attendu que dans plusieurs cas l'inculpé a soigné et guéri des malades en péril imminent de mort, pour lesquels les médecins ne pouvaient plus rien (...) Attendu qu'on ne peut reprocher à l'inculpé dans le traitement des maladies, aucun fait de charlatanisme ni aucun fait contraire à la probité ou à l'honnêteté ; qu'il agit souvent sans esprit de lucre et même avec générosité, (...) Attendu que dans la très grande majorité des cas, les malades ne se sont adressés à l'inculpé qu'après avoir épuisé toutes les ressources de la médecine, (...) le condamne à la peine de 10 000 F d'amende.", T.corr. Orléans 29 nov. 1950, D.1951, p.246.

[3] Pour le commentaire de l'affaire Solomides, (Cass.crim. 2 juill. 1975 Jurisdata n°000173, rejet du pourvoi contre l'arrêt de condamnation d'un guérisseur invoquant l'article 63 C.pén. pour se justifier.), cf. SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, pp.221-222 et MERLE et VITU, *Droit pénal général*, précité, n°416, p.535. Ces derniers voient dans cette défense des guérisseurs : "d'ingénieuses et spécieuses argumentations qui tendent à construire de toute pièces des conflits apparents de devoirs.", note 2.

[4] Il faut alors imaginer une commune très reculée dans laquelle le maire requerrait un administré rebouteux de soigner un malade, en l'absence de professionnels de la santé...

malades sur une longue période, mais aussi pour donner des traitements (crèmes, onguents, etc...) à de multiples personnes.

Le guérisseur est un citoyen ordinaire : en cas d'accomplissement d'actes médicaux, il ne peut être pénalement justifié qu'à condition de démontrer qu'il a agi en état de nécessité.

C) L'urgence et le dépassement de compétence

Le dépassement de compétence peut être réalisé par un membre d'une profession para-médicale et même par un médecin.

Le décret du 15 mars 1993, relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession d'infirmier (ère) réglemente l'hypothèse de l'accomplissement par un infirmier d'un acte médical nécessaire, en situation d'urgence. Il appartient au professionnel non-médecin d'identifier l'urgence, de mettre en place les moyens prévus à l'avance pour y faire face, d'accomplir les actes nécessaires, même hors compétence, à charge d'en rendre compte. [1]

Le texte reconnaît tacitement que l'infirmier peut être amené à pratiquer un acte qui entre normalement dans le champ de compétence exclusive du médecin, comme le diagnostic et le traitement des maladies humaines. L'accomplissement d'un acte d'exercice illégal de la médecine par un infirmier placé seul devant une urgence médicale est pénalement justifié par l'état de nécessité.

En ce qui concerne la situation des médecins, il faut rappeler le principe de l'omnivalence du diplôme qui permet à tout médecin d'accomplir n'importe quel acte médical. Toutefois, les conditions liées au mode d'exercice (médecin militaire, médecin en arrêt de maladie, médecin hospitalier en vacance, etc...) et les conditions de spécialisation, peuvent être écartées en cas d'urgence. Un psychiatre peut être amené à pratiquer un accouchement ou un dermatologue à effectuer une trachéotomie.

C'est sur le plan de l'appréciation juridique de la qualité de l'acte médical accompli que la situation d'urgence modifie les conditions ordinaires de justification. Car l'état de nécessité justifie que pour parer un péril grave le médecin s'affranchisse de certaines règles de prudence et en particulier des règles retenues d'ordinaire strictement, sur la compétence réelle de chacun. [2]

L'urgence perturbe également la condition de consentement libre et éclairé, exigée habituellement pour justifier un acte médical.

---

[1] "En l'absence du médecin, l'infirmier est habilité, après avoir reconnu une situation comme relevant de l'urgence, à mettre en œuvre des protocoles de soins d'urgence préalablement écrits, datés et signés par le médecin responsable. Dans ces cas, l'infirmier accomplit les actes conservatoires nécessaires jusqu'à l'intervention du médecin. Ces actes doivent obligatoirement faire l'objet de sa part, dès que possible, d'un compte rendu écrit, daté signé et remis au médecin. Lorsque la situation d'urgence s'impose à lui, l'infirmier décide des gestes à pratiquer en attendant que puisse intervenir un médecin. Il prend toutes mesures en son pouvoir afin de diriger le patient vers la structure de soins la plus appropriée à son état.", Décret n°93-345 du 15 mars 1993, J.O. 16 mars 1993.

[2] Cf. supra 1ère Partie, Titre 2, Le diplôme.

§2) L'urgence et les dérogations par rapport au respect du consentement

La situation d'urgence médicale apporte plusieurs confirmations à la validité de notre démonstration visant la permission tacite de la loi comme fait justificatif de l'activité médicale ordinaire. D'une part, en ce qui concerne l'insuffisance du consentement pour justifier pénalement le médecin, l'urgence montre que le consentement du soigné n'est pas l'unique fondement de l'impunité médicale puisque le médecin peut pratiquer certains gestes médicaux sans avoir obtenu de consentement préalable du soigné. D'autre part, en ce qui concerne l'exigence du respect de la volonté du soigné, l'urgence montre qu'il est tout a fait marginal que le corps médical puisse passer outre au consentement des individus.

Ainsi il apparaît que l'urgence ne permet qu'exceptionnellement de se dispenser de ce consentement (A) et qu'en principe la volonté du malade reste, même dans des situations d'urgence, une des conditions de la licéité de l'acte médical (B).

A) Les dispenses exceptionnelles de consentement du malade en raison de l'urgence

L'urgence est la seule situation dans laquelle il est licite d'accomplir un geste médical sur une personne sans avoir préalablement obtenu une expression libre et éclairée de sa volonté. L'urgence permet de déroger aux conditions ordinaires du consentement à la relation médicale (1°) et aux conditions ordinaires de l'assentiment à l'acte médical (2°).

1°) Urgence et absence de consentement à la relation médicale

Contrairement aux règles élémentaires de constitution de la relation médicale, le malade ou le blessé en situation d'urgence va être introduit dans une relation médicale sans l'avoir choisie. C'est le cas de la victime d'un infarctus sur la voie publique ou de l'accidenté de la route ; ils sont pris en charge par les services d'urgence mobiles et hospitalisés sans l'avoir décidé. La liberté de choisir d'être ou non soigné, la liberté de choisir tel ou tel médecin comme interlocuteur, la liberté d'être hospitalisé vont céder du fait de l'urgence.

Le soigné est pris en charge par le système des secours médicaux d'urgence sans avoir exprimé sa volonté. "*C'est la consécration du principe de consentement obligatoire du malade à l'acte médical, principe auquel les tribunaux ne reconnaissent donc qu'une exception : le cas où il s'agit d'un acte immédiatement nécessaire au salut d'un patient hors d'état de prendre une décision. Seule la notion de nécessité peut faire échec à l'exigence du consentement du malade et joue en quelque sorte un rôle comparable à celui de la contrainte ou de la force majeure.*" [1]

Mais cette atteinte à la liberté de consentir à la relation médicale ne peut être que temporaire. Elle dure uniquement le temps de l'urgence absolue, c'est-à-dire le laps de temps au cours duquel il y a nécessité de "médicaliser" la victime sans obtenir son accord. Dès que le danger grave et imminent - le péril de mort en fait - est passé, la personne recouvre son entière liberté de décider de poursuivre ou non la relation médicale commencée en phase d'urgence.

Ce principe s'applique particulièrement en matière d'hospitalisation : nul ne peut retenir contre son gré une personne hospitalisée sans son consentement hormis dans les conditions prévues expressément par la loi [2] et ce, même si la fin de l'hospitalisation crée un danger pour le sujet. La loi ne prévoit d'hospitalisation forcée que pour les individus dangereux pour autrui ; elle ne connaît pas d'autorisation d'hospitaliser contre leur gré les personnes dont la propre santé est seule en cause.

---

[1] VIELLES M., *Le respect de la personne du malade dans l'acte médical*, Thèse Droit Nancy, 1956, p.42.

[2] Cf. supra 2ème Partie, Titre 2, l'hospitalisation non-consentie, p.448 et s. et p.471 et s.

C'est pourquoi il faut être vigilant et critiquer certains propos tenus par des médecins. "*Les décisions thérapeutiques en réanimation relèvent (...) le plus souvent de l'urgence, voire de l'extrême urgence, situation incompatible avec une réflexion satisfaisante. Le danger est souvent tel que le médecin n'a matériellement pas le temps ou la possibilité de s'inquiéter du consentement du malade ni de ses proches. (...) Le consentement éclairé est, sauf exception, un concept vide de sens en réanimation.*" [1]

Dès lors que la personne peut exprimer un consentement libre et éclairé, elle peut décider de mettre fin à la relation médicale suscitée par l'urgence. S'opposer à sa volonté est contraire aux règles déontologiques [2], aux règles administratives [3] et surtout au Code pénal qui punit la séquestration. Aucun fait justificatif ne permet de contraindre l'individu à poursuivre sa médicalisation dès lors que celle-ci n'est plus strictement nécessaire. Le principe s'étend à l'exigence de l'assentiment à tout acte médical.

2°) Urgence et dispense de l'assentiment à l'acte médical

L'urgence n'annihile pas l'exigence d'un assentiment ponctuel pour tout acte médical, conformément aux règles ordinaires. [4] Elle permet seulement de ne pas solliciter la volonté du patient lorsque la situation est telle que l'intervention médicale ne peut souffrir aucun retard.

Ce qui signifie, et ce point est fondamental, que la recherche de la volonté du sujet dure un certain temps, sous entendu qu'elle n'est pas possible dans l'instant parce que l'individu n'est pas conscient. "*L'urgence va remplacer le consentement que le patient est, sur l'instant, dans l'incapacité de donner. L'urgence autorise donc le médecin à porter atteinte au principe de l'intégrité physique de son malade et de l'obligation de recueillir le consentement de ce dernier avant toute intervention en suppléant à ce consentement : on présume que si le malade avait été conscient il aurait donné son accord à l'opération ainsi pratiquée.*" [5]

Cette question du dilemme entre l'attente du "réveil" du patient et l'accomplissement immédiat du geste médical est celle de la découverte d'une nouvelle indication médicale au cours d'une intervention consentie. "*Théoriquement, le chirurgien qui, au cours d'une opération, s'aperçoit de la nécessité de pratiquer une intervention beaucoup plus importante, doit en différer l'exécution, (...) Mais cette exigence cède devant l'urgence. Le plus souvent, le chirurgien est confronté à des difficultés de fait telles, au cours de l'intervention, qu'il ne peut demander l'avis du malade (qui est sous anesthésie), ni même de sa famille. Il convient donc de n'exiger le consentement qu'avec prudence dès que l'intervention se heurte à des difficultés qui nécessitent une décision immédiate.*" [6]

Pour la jurisprudence, est licite le fait d'opérer et d'extraire sans retard une tumeur cancéreuse alors que le médecin avait diagnostiqué un ulcère et que le patient n'avait pas donné son accord pour l'ablation. [7] Une juridiction a même approuvé un médecin d'avoir enlevé, sans le consentement du

---

1 TEMPE J.D. Pr., *Le consentement éclairé en réanimation*, Conc.Méd. 1987, p.3055.

2 "La volonté du malade doit toujours être respectée dans toute la mesure du possible.", Décret du 28 juin 1979, précité , art.7 al.1.

3 "Dans la mesure où une hospitalisation forcée illégale cause un dommage, la victime peut engager la responsabilité de la puissance publique, et éventuellement celle du médecin.", De FORGES Jean-Michel et SEUVIC Jean-François, *L'hospitalisé*, précité, p.189. cf. également p.198 le commentaire de l'article 42 du décret du 14 janvier 1974 sur la procédure de refus d'hospitalisation contre avis médical.

4 Quoi qu'en dise certains médecins : "Il existe, en pratique, deux cas où le consentement du malade ou de son représentant légal n'est pas nécessaire : - l'urgence, classiquement décrite, - et le domaine de l'"obligation publique" plus rarement étudié dans le cadre des dérogations. Dans le cadre d'un acte médical important, en dehors de l'obligation publique donc, l'urgence est le seul cas où le médecin est autorisé à agir en se passant du consentement du patient.", SARDELLITTI Marie-Claire, *Le consentement à l'acte médical : aspects juridiques, déontologiques et éthiques*, Thèse Médecine Nancy 1986, p.95.

5 RAJBAUT Benjamin, *Le rôle de la volonté en matière médicale*, Thèse Droit Paris XII, 1981, p.109.

6 De FORGES Jean-Michel et SEUVIC Jean-François, *L'hospitalisé*, précité, pp.197-198.

7 C.A. Paris 20 févr. 1946

soigné, au cours d'une simple intervention exploratrice, "*une tumeur suspecte de malignité*" au motif qu'elle risquait de s'étendre au contact de l'air. [1]

La Cour de cassation a, par contre, qualifié d'illicite le fait de ligaturer les trompes lors d'un accouchement par césarienne sans qu'il y ait eu "*la nécessité évidente ou un danger immédiat pour le patient.*". [2] Il découle de cette formule de la Cour de cassation qu'un acte médical aurait pu être accompli sans consentement s'il y avait eu "nécessité" (référence expresse à l'état de nécessité) ou "danger immédiat" (donc péril).

Le médecin doit parfois arbitrer entre deux décisions possibles : attendre et respecter le consentement ou agir sans respecter le consentement. Les conditions de l'état de nécessité doivent être vérifiées pour qu'il puisse choisir la seconde option. Il ne peut déroger à l'obligation de recueillir le consentement libre et éclairé que si, pour parer à un danger grave [3], il accomplit un acte socialement utile.

Il ne peut sacrifier le respect de la volonté du patient qu'à la condition de sauvegarder une valeur supérieure. Selon nous, il ne peut "violer" la liberté de la personne que pour lui sauver la vie. Si l'acte n'a pas ce but ou s'il peut être différé, le médecin ne doit pas être justifié parce que les conditions de l'état de nécessité ne sont plus réunies.

B) Le maintien de l'obligation de respecter la volonté du malade et de ses proches même en cas d'urgence

La justification par l'état de nécessité de la dérogation au respect de la volonté du patient limite grandement les situations concrètes de contournement du consentement libre et éclairé. Rares sont les hypothèses dans lesquelles l'urgence "mérite" de ne pas tenir compte de l'avis du soigné. Le refus conscient de consentir aux soins est un obstacle (1°) parce que le médecin doit respecter les volontés exprimées (2°), en particulier en ce qui concerne les soins au malade mineur (3°).

1°) Le refus de soins par un majeur conscient : obstacle à l'acte médical même urgent

Tous les auteurs citent la décision de la Cour de cassation du 3 janvier 1973 [4] comme la preuve de l'impossibilité de passer outre le refus de soins exprimé par une personne majeure et consciente malgré l'urgence. Un médecin était poursuivi du chef d'homicide involontaire et de non-assistance à personne en péril. La chambre criminelle rejeta le pourvoi contre l'arrêt de relaxe en relevant : "*la thérapeutique adéquate et prescrite par lui n'ayant pas été appliquée en raison du refus obstiné et même agressif de la dame Gatineau, celle-ci ayant d'ailleurs signé un certificat constatant le refus de sa part des soins prescrits.*" La dame en question devait décéder des suites de son refus de soins.

Le raisonnement de la Cour de cassation doit être étendu à toutes les hypothèses de refus d'un acte médical.

Ainsi pour le refus de transfusion sanguine par les témoins de Jéhovah, faut-il affirmer que "*tant qu'aucune urgence n'impose de mettre immédiatement en route une thérapeutique comportant*

---

[1] C.A. Rouen 17 déc. 1970, D.1970 p.152 note très critique de M. René SAVATIER. Cette situation n'a rien à voir avec la liberté du médecin de changer de technique au cours de l'opération. Dès lors que le patient a exprimé un consentement libre et éclairé, le médecin agit en conservant sa liberté thérapeutique. Cass.civ. 27 avril 1982

[2] Cass.civ. 11 oct. 1988, J.C.P. 1989-II-21358.

[3] "Cette dérogation exceptionnelle au principe du respect de la libre volonté du patient n'a pour objectif que l'intérêt du patient à savoir la vie et le rétablissement de la santé. En présence d'un malade, inconscient, gravement atteint dans sa chair, les minutes sont comptées et l'intervention ne peut être différée.", BOUTON Jacqueline, *L'obligation de se soigner*, Thèse Droit Strasbourg 1990, T. 1, p.100.

[4] Cass.crim. 3 janv. 1973, Bull.crim. n°2, p.4.

des transfusions sanguines, l'information éclairée du patient doit lui,permettre d'opposer un refus non moins éclairé." [1]

Ceci est également valable pour les suicidants et les grévistes de la faim. Le critère de l'intervention hors consentement ne peut être que l'inconscience ou l'incapacité d'exprimer un consentement libre et éclairé. Tant que la personne est lucide, son refus doit être respecté et la violation de son refus retire au médecin la justification pénale des infractions accomplies. Comme l'a écrit un médecin à propos du malade majeur conscient : "*le médecin devra tenter de le convaincre. Si le praticien échoue, il s'abstiendra généralement : l'on ne peut soigner de force.*" [2]

Nous pensons que le traitement de force est une atteinte à l'intégrité physique qui peut être pénalement qualifiée de violence volontaire. "*On ne saurait, en effet, imposer aux médecins, sous peine de commettre une infraction pénale, l'obligation d'attenter à la liberté individuelle des malades ou d'user, à leur égard, de procédés coercitifs.*" [3] Nous affirmons qu'on ne saurait accorder aux médecins sous peine de commettre une infraction pénale, la permission d'attenter à la liberté individuelle des malades conscients.

Il faut combattre une dérive qui consiste à assimiler celui qui refuse des soins à un inconscient ou à un dément afin de contourner son refus. Cette tendance se retrouve nettement dans l'appréciation médicale de la tentative de suicide : "*on considère (et c'est le plus souvent la vérité) qu'en attentant à ses jours le sujet a commis un acte pathologique et qu'il se trouve vis-à-vis du médecin dans la même position que l'aliéné. L'expérience montre d'ailleurs que l'immense majorité des «suicidés» ramenés à la vie ne s'en plaindront pas.*" [4]

Le regard condescendant et infantilisant est le même en ce qui concerne les grévistes de la faim et les témoins de Jéhovah : "*a partir du moment où l'état de faiblesse est tel que la vie est menacée à brève échéance (et sans nécessairement attendre la perte de connaissance) le devoir du médecin est de prescrire l'hospitalisation, (...). On ne peut laisser mourir le gréviste qui, à ce stade, est devenu un malade en péril ou un suicidaire. (...) Certaines sectes sont farouchement opposées aux vaccinations, aux opérations, et surtout aux transfusions de sang humain. (...) lorsque la vie du malade est réellement et immédiatement menacée, on comprend le médecin qui, n'acceptant pas d'être complice de ce qui lui semble être une aberration criminelle, passe outre.*" [5]

Il nous semble très dangereux de nier la faculté de décider librement et consciemment [6], de refuser un acte médical car cela aboutit à nier le principe que le suicide est un pouvoir de fait de chacun. [7] Le médecin n'a pas à interférer dans le projet de vie ou de mort du citoyen majeur lucide et conscient. Il n'a pas à en être le complice non plus et doit alors pouvoir se retirer de la relation médicale sans être inquiété. Les règles sont très différentes lorsque le médecin est confronté à une urgence médicale chez un patient incapable d'exprimer une volonté libre et éclairée.

2°) L'urgence et le respect des volontés exprimées : le majeur inconscient

Dans cette situation où par hypothèse le patient ne peut pas donner son avis, le médecin ne devient pas du seul fait de l'urgence le seul décideur. Une fois de plus les règles ordinaires définies

---

1 RENE Louis, *La transfusion sanguine et les interdits religieux*, Vie médicale 1975, 35, 3961-2962, cité par SOUTOUL Jean-Henri, *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, précité, pp.199-200.

2 GOMBAULT A., *Face à l'urgence, l'abstention est plus dangereuse que l'action*, Conc.Méd. 1978, p.4444.

3 MELENNEC Louis, *Traité de Droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin*, par Michel VERON, précité, p.69.

4 VILLEY Raymond, *Déontologie médicale*, précité, p.62.

5 O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, T.1, p.76.

6 Une autre dérive peut consister à provoquer l'inconscience par une anesthésie pour ensuite pouvoir décider à la place du patient. Il s'agit d'un acte d'anesthésie non-thérapeutique pénalement injustifié.

7 Sur l'assimilation de la grève de la faim à un suicide au ralenti cf. TORELLI Maurice, *Le médecin et les droits de l'homme*, Berger-Levrault 1983, p.226.

par la permission tacite de la loi s'appliquent en principe. La théorie des protecteurs naturels désigne les proches comme les représentants des intérêts de la personne. Le médecin doit recueillir avant tout acte médical le consentement des organes du régime de protection pour le majeur incapable de droit (a) et le consentement des proches pour le majeur incapable de fait (b).

a) L'urgence et le consentement aux actes accomplis sur l'incapable de droit

La personne placée sous un régime légal de protection connaît des protecteurs naturels : les organes de gestion du régime de protection. [1] L'incapable de droit est généralement un malade, victime de troubles mentaux. Or, le malade mental est déjà juridiquement affaibli vis-à-vis du corps médical du fait qu'il peut être hospitalisé contre son gré et que des tiers peuvent consentir à sa place à des actes médicaux.

Cette situation s'aggrave en phase d'urgence puisque le médecin peut se passer de recourir aux tiers pour décider seul. "*Ces règles de représentation peuvent être écartées en cas d'urgence. En ce cas le médecin peut se substituer aux protecteurs naturels de l'incapable, ou passer outre à tout consentement.*" [2] Ce qui est extrêmement grave du fait que le médecin devient "juge et partie" de l'acte médical. En cas d'urgence, le médecin peut participer à la décision d'internement du malade, diagnostiquer une affection, prescrire des médicaments et effectuer une intervention, sans que le consentement de quiconque d'extérieur ne soit nécessaire.

Il faudra que le juge pénal soit vigilant pour éviter que sous le prétexte d'urgence le médecin puisse violer les règles essentielles de la permission légale tacite de l'exercice de la médecine. Seule une urgence réelle et sérieuse devra permettre de contourner l'exigence de consentement déjà diminuée en cas de maladie mentale. "*Dans le cas où le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, (...) seule la présence d'un péril grave et imminent nécessitant une décision d'urgence qui ne saurait être différée, peut être de nature à excuser l'absence de consentement.*" [3]

b) L'urgence et le consentement aux actes accomplis sur l'incapable de fait

Le seul texte juridique qui fait référence à la situation du malade majeur non-protégé est le Code de déontologie médicale : "*lorsque le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté ses proches doivent, sauf urgence ou impossibilité être prévenus et informés.*" [4]

Les proches sont les protecteurs naturels du malade incapable de fait, il s'agit d'une autorité de fait pour protéger le malade hors d'état de consentir personnellement. [5]

Mais "*parfois, le consentement à l'intervention ne sera pas nécessaire. Il en sera ainsi dans le cas d'urgence empêchant de solliciter en temps utile soit le malade lui-même soit ses représentants ou protecteurs naturels.*" [6] C'est seulement dans l'hypothèse de la nécessité absolue d'agir sans prendre le temps de recourir aux protecteurs naturels que le médecin pourra licitement décider seul. Encore devra-t-il informer par la suite les proches. [7]

L'extrême urgence place le médecin dans l'obligation de prendre les décisions dans l'intérêt du patient, il devient en quelque sorte le "super-protecteur naturel" du patient. "*L'urgence va remplacer le consentement du patient. On présume que le malade, s'il avait été conscient, aurait choisi la*

---

1 Pour les conditions de justification de l'acte médical non urgent sur l'incapable majeur cf. supra 2ème Partie, Titre 2.

2 FOSSIER Thierry et HARICHAUX Michèle, *La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical*, R.T.D.soc. 1991, p.8.

3 SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, précité, p.225.

4 Décret n°79-506 du 28 juin 1979 portant Code de déontologie médicale, art.7 al.2.

5 La condamnation du médecin qui avait ligaturé les trompes d'une patiente au cours d'une césarienne en prétextant de l'urgence, repose en partie sur le fait que le praticien n'avait pas pris la peine de solliciter le consentement du mari pourtant présent devant la porte. Cass.civ. 11 oct. 1988, J.C.P. 1989-II-21358.

6 MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, précité, n°531, p.359.

7 Pour un cas d'ablation d'un fibrome utérin, puis d'une fistule, puis d'un rein sur une période de cinq mois sans que la patiente ni ses proches n'aient été informés de la nature des gestes accomplis, cf. C.E. 31 janv. 1964, A.J.D.A. 1964-II-376.

même solution à savoir l'acceptation des soins. Du silence forcé du patient, on déduit un assentiment à l'acte... Le malade est donc bien contraint de recevoir les soins." [1]

Par contre le médecin n'est pas tenu, sur le plan pénal, de tenir compte des conceptions personnelles du sujet avant sa perte de conscience. Si les conditions de justification pénale sont réunies au moment de l'acte le praticien sera impunissable.[2] La responsabilité pénale s'apprécie à l'instant de la commission des faits soumis à l'examen des juges. [3] Si le médecin peut prouver que le non-respect de la volonté du patient a été décidé pour parer un danger plus grand que l'attente du recouvrement de sa liberté d'expression, il sera pénalement justifié en vertu de l'état de nécessité.

3°) L'urgence et l'acte médical sur le mineur

Il faut étudier succinctement les particularités de l'acte médical urgent sur le mineur en ce qui concerne les atteintes au principe du consentement par le protecteur naturel. [4] *"Seule l'urgence permet d'apporter une dérogation à la règle de principe qui exige le consentement du malade et de ses proches à la thérapeutique."* [5]

L'urgence justifie pénalement le médecin qui accomplit un acte médical sur un mineur sans recueillir le consentement d'ordinaire requis (a) et elle lui confie ce pouvoir à titre monopolistique, sans qu'il ait à solliciter quiconque (b).

a) La nécessité de décider vite justifie exceptionnellement le fait de décider seul

Lorsque l'utilité de l'acte médical pour la santé du patient mineur est entièrement dépendante de la rapidité d'intervention des praticiens, le droit pénal tolère certaines dérogations aux règles de licéité normalement applicables. En situation de "crise", l'état de nécessité apporte des corrections, des assouplissements au droit "du temps de paix". La volonté de parer un danger de mort quasi-immédiate justifie que l'on passe outre les dispositions mêmes légales qui prévoient d'ordinaire le recueil du consentement. Le médecin est juge de la nécessité d'agir en cas d'urgence (α), ce qui doit être distingué de l'impossibilité de joindre le protecteur (β).

(α) Le médecin est juge de la nécessité de se passer de l'avis du protecteur du mineur

Pour le majeur, le conflit entre la préservation de sa santé et le respect de sa volonté donne très exceptionnellement le droit au médecin d'agir sans ou contre son consentement. L'urgence ne dispense le médecin du recueil du consentement du patient qu'en cas d'inconscience, c'est-à-dire d'impossibilité de fait d'attendre l'expression de la volonté de la personne. *"L'urgence va remplacer le consentement que le patient est, sur l'instant, dans l'incapacité de donner. L'urgence autorise donc le médecin à porter atteinte au principe de l'intégrité physique de son malade et de l'obligation de recueillir le consentement de ce dernier avant toute intervention en suppléant à ce consentement."* [6]

Pour le mineur, la situation est modifiée par la compétence du protecteur naturel de l'enfant pour autoriser l'intervention médicale. Même en cas d'inconscience du mineur, le médecin a un

---

[1] BOUTON Jacqueline, *L'obligation de se soigner*, Thèse Droit Strasbourg 1990, T.1, pp.101-102.

[2] Néanmoins sur le plan civil il faudra analyser l'éventuel non-respect du contrat passé préalablement avec le patient.

[3] "Le fait que le malade soit porteur d'un écrit interdisant les transfusions nous paraît sans effet sur la conduite du médecin. Rien en effet ne permet d'affirmer que s'il était conscient, le malade persévérerait dans son refus.", GOMBAULT A., *Face à l'urgence, l'abstention est plus dangereuse que l'action*, précité, p.4444.

[4] Pour les conditions de justification de l'acte non urgent sur le mineur cf. supra 2ème Partie, Titre 2, p.434 e s.

[5] DORSNER-DOLIVET Annick, note sous C.A. Nancy, ch. des mineurs 3 déc. 1983, Gaz.pal. 1984, p.134.

[6] RAJBAUT Benjamin, *Le rôle de la volonté en matière médicale*, précité, p.109.

interlocuteur : le protecteur du mineur. Le médecin ne peut accomplir un acte médical sans obtenir ou même sans solliciter le consentement du protecteur du mineur que dans l'hypothèse de danger absolu et immédiat de mort, c'est-à-dire en cas d'extrême urgence. "*En cas d'urgence, les traitements les plus importants, et en particulier les interventions chirurgicales, peuvent être pratiqués sur la personne du mineur sans le consentement des parents (...). En cas d'urgence, le médecin peut agir sans même chercher à obtenir le consentement du représentant légal.*" [1]

L'urgence va remplacer le consentement du protecteur naturel du mineur. Du silence forcé du protecteur on déduit un assentiment à l'acte... Cette règle dérogatoire s'applique identiquement pour l'assentiment à l'acte médical et pour le consentement à la relation médicale. "*L'admission d'un mineur est prononcée, sauf nécessité, à la demande des père et mère, du tuteur légal ou de l'autorité judiciaire. (...) Si le consentement du représentant légal ne peut être recueilli, il ne peut être procédé à aucune intervention chirurgicale hors les cas d'urgence.*" [2]

Cette dérogation n'est tolérée que parce que l'intérêt à sauvegarder, ici la vie du mineur, est une valeur supérieure à la valeur sacrifiée, ici l'autorité parentale et le droit de consentir aux actes médicaux accomplis sur le mineur. C'est l'état de nécessité qui justifie pénalement que le médecin viole la loi en ne respectant pas une des conditions prévues tacitement par la loi pour que l'acte médical soit licite : le consentement.

Le médecin doit agir parce que la loi lui impose de secourir les personnes en péril. Mais "*il ne peut se passer du consentement préalable que s'il est en présence d'un cas de nécessité.*" [3] Or, l'évaluation de la nécessité en temps réel repose entièrement sur la conscience du médecin, en particulier en ce qui concerne la notion d'urgence médicale et les moyens d'actions thérapeutiques. Ainsi doit-il décider seul de l'opportunité d'une transfusion sanguine en cas d'urgence médicale pour un enfant de témoins de Jéhovah. [4] A charge d'en répondre en justice a posteriori si son intervention hors norme n'était pas réellement nécessaire.

En l'absence d'état de nécessité, il faut recueillir le consentement préalable du protecteur naturel. Le défaut de consentement libre et éclairé est un défaut d'une des conditions de justification pénale de l'acte médical prévues par la permission tacite de la loi. Or, sans fait justificatif le médecin peut être poursuivi pour atteinte volontaire à l'intégrité corporelle du soigné.

(β) L'impossibilité de joindre le protecteur du mineur n'est pas de facto un cas d'urgence

Le Code de déontologie est souvent un guide précieux pour le médecin mais il risque parfois de l'induire en erreur en lui indiquant une démarche qui dépasse les prescriptions légales. Ainsi en matière de dérogation au consentement personnel du soigné peut-on lire : "*un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un incapable majeur doit s'efforcer de prévenir les parents ou le représentant légal et d'obtenir leur consentement. En cas d'urgence, ou si ceux-ci ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires.*" [5]

Le code de déontologie ne peut pas créer de dérogation à la loi qui exige le respect du consentement sauf urgence. C'est pourquoi il ne faut pas affirmer que l'impossibilité de joindre le

---

[1] De FORGES Jean-Michel et SEUVIC Jean-François, *L'hospitalisé*, précité, p.263.

[2] Décret n°74-27 du 14 janvier 1974, relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux, art.27 al.1 et art.28 al.3.

[3] De TOUZALIN Hubert, *Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort*, précité, n°7.

[4] "L'association «Les Témoins de Jéhovah» adresse à la plupart des praticiens un opuscule traitant des Témoins de Jéhovah et de la question du sang. Cet opuscule expose les raisons religieuses du refus de transfusion pour les adeptes. (...) C'est notamment le cas des enfants victimes des accidents de la circulation qui ont besoin d'une transfusion. Le praticien devra-t-il attendre le consentement des parents avant d'intervenir ? Nous ne le pensons pas. La jurisprudence et notamment la Cour de cassation (8 nov. 1955) l'autorise à ne pas attendre ce consentement en cas de nécessité.", GOMBAULT A., *Face à l'urgence, l'abstention est plus dangereuse que l'action*, précité, p.4443.

[5] Décret du 28 juin 1979, précité, art 43 al.1.

protecteur du mineur permet de se dispenser de son autorisation. Soit l'acte est urgent et le médecin doit et peut intervenir immédiatement, soit l'acte n'est pas urgent et il ne peut pas agir sans le consentement du protecteur. "*En l'absence d'urgence il ne peut agir que si le représentant légal n'a pu «être joint». Dans cette deuxième hypothèse, la solution avancée par le Code de déontologie est discutable ; en effet, en dehors de toute urgence, le médecin ne saurait tomber sous le coup de l'article 63 alinéa 2 du Code pénal et l'on ne voit pas ce qui s'opposerait à ce qu'il prenne le temps de faire intervenir les autorités de suppléance. Le principe de l'indisponibilité de la personne humaine, dont la valeur juridique est évidemment supérieure à celle du décret portant code de déontologie, nous paraît s'opposer à ce qu'un médecin puisse intervenir de sa propre autorité sur la personne d'un mineur en dehors de toute urgence.*" [1] La rédaction d'un nouveau Code de déontologie pourrait avantageusement remplacer la formule pré-citée par : "*en cas d'urgence et si ceux-ci ne peuvent être joints*". [2]

b) La nécessité de décider vite est incompatible avec le consentement par un tiers

Le degré d'urgence doit être évalué par le médecin qui en tire les conséquences quant à l'étendue de son pouvoir de dérogations aux règles légales. La décision d'agir sans l'autorisation expresse du protecteur du mineur relève du médecin seul. Le médecin est juridiquement responsable de sa décision d'agir hors norme. "*Le médecin apprécie lui-même l'urgence, mais les parents pourront ultérieurement mettre en cause sa responsabilité civile s'ils estiment que le traitement ne s'imposait pas et qu'il a été inutile voire néfaste pour l'enfant. La faute du médecin consisterait alors à avoir agi de manière intempestive, sans avoir pris le temps d'obtenir l'autorisation des parents.*" [3]

Cette faute entraîne également une mise en cause de sa responsabilité pénale du fait de la disparition du fait justificatif de l'acte accompli de manière illicite. L'atteinte à l'intégrité du mineur peut être qualifiée de violence volontaire, l'hospitalisation peut être qualifiée de privation illicite de sa liberté. [4]

Le médecin est donc confronté à un choix délicat qui comporte une lourde responsabilité morale et juridique. De plus, il ne peut en aucun cas fonder sa décision sur l'avis ou la décision d'un tiers si ce n'est l'avis d'un autre médecin présent.

En cas d'urgence, ni le parquet, ni le juge des tutelles, ni le juge des enfants n'ont compétence pour autoriser quelqu'acte que ce soit. Par définition l'urgence suppose une contrainte de temps qui exclut tout recours à une autorité morale ou juridique. Le praticien doit décider seul. Il ne peut même pas éclairer sa décision à la lumière des documents écrits qui auraient pu être rédigés préalablement à la situation d'urgence, ceux-ci n'ont aucune valeur. Soit ces documents interdisent l'action médicale ou refusent sélectivement un geste ou un produit et le médecin n'a pas à en tenir compte, soit ces documents autorisent à l'avance une intervention médicale et ils sont nuls du fait de l'interdiction de toute délégation de l'autorité parentale. [5]

---

[1] De FORGES Jean-Michel et SEUVIC Jean-François, *L'hospitalisé*, précité, pp.263-264.

[2] Formulation que l'on retrouve dans les commentaires de l'O.N.M. : "L'article 43 envisage les cas où les parents ne peuvent pas être prévenus en temps utiles, et où les soins sont urgents. Le médecin, alors, peut et doit assumer lui-même la responsabilité de la décision, il donne les soins qui sont nécessaires et urgents, on ne peut le lui reprocher.", O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, précité, p.153.

[3] RAYMOND Guy, note sous C.A. Nancy ch. des mineurs 3 déc. 1982, J.C.P. 1983-II-20081.

[4] Quant au médecin qui utilise l'hospitalisation pour s'opposer à une décision judiciaire rendue à l'occasion d'un conflit familial cf. "Le père médecin qui fait hospitaliser sa fille sans motif le jour de l'exercice du droit de visite par la mère, se rend coupable de non représentation d'enfant au sens de l'article 357 C.pén.", C.A. Bordeaux 16 avril 1986, Jurisdata n°041491.

[5] "Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous.", art.376 C.civ. cf. "Les autorisations de soins habituellement exigées par les institutions de soins temporairement en charge des enfants (pensionnats, colonies de vacances...) nous semblent inutiles : l'urgence médicale autorise ces gardiens à réclamer les traitements.", MEMETEAU Gérard, *Droit médical*, précité, n°577, p.386. La solution est la même en ce qui concerne l'autorisation écrite d'opérer prévue par l'article 28 du décret du 14 janvier 1974 en matière d'hospitalisation des mineurs.

Le médecin est donc seul, d'une part et dans un premier temps face à sa conscience, d'autre part et dans un second temps face à la justice, pour constater la nécessité d'agir et accomplir les actes médicaux nécessaires. "*(...) appelé à donner des soins à un mineur (...).En cas d'urgence (...), le médecin doit donner les soins nécessaires.*" [1]

Conclusion du Chapitre 2

L'urgence modifie donc les règles ordinaires en instituant des possibilités de dérogations aux conditions exigées par la permission tacite de la loi pour que l'acte médical soit licite. En matière de consentement, la licéité du non-respect de la volonté du patient doit être évaluée en fonction de la comparaison des valeurs sociales en cause. La valeur sacrifiée est la liberté de l'individu, la valeur sauvegardée et sa santé et/ou sa vie. [2]

Contrairement à Monsieur FORIERS qui affirme que l'état de nécessité suffit à justifier pénalement l'acte médical utile, indépendamment de la considération du consentement qu'il renvoie au contentieux civil [3], nous affirmons que l'acte médical est justifié par la permission tacite de la loi sous réserve du respect de plusieurs conditions dont le consentement de la personne.

En dehors d'une permission légale expresse, l'état de nécessité est la seule justification du non respect d'une ou plusieurs conditions de licéité de l'activité médicale, définies par la permission légale implicite.

En situation d'urgence, du fait du péril encouru par le malade, le médecin peut déroger aux critères ordinaires de compétence ou de qualité de l'acte médical, il peut même parfois ne pas respecter l'exigence de consentement. Mais ces dérogations sont limitées par le critère de la nécessité. Les valeur sacrifiées (les conditions ordinaires de licéité de l'acte médical) doivent être inférieures aux valeurs sauvegardées (la santé de l'individu et la santé publique).

Conclusion du Titre 3

L'urgence bouleverse les règles du droit commun. Elle impose l'action là où la situation non urgente permet l'inaction et autorise des dérogations aux conditions ordinaires de licéité de l'acte médical.

Mais l'urgence modifie également d'autres règles d'organisation de l'activité médicale, en particulier dans le domaine budgétaire. La liberté contractuelle qui prévaut aux relations entre particuliers, les principes des finances publiques, peuvent être modifiés par la situation d'urgence. [4]

Or, comme il est impossible de définir la notion d'urgence, il est important de définir un critère de la portée dérogatoire de l'acte accompli en phase d'urgence par rapport à la norme établie pour les situations non-urgentes.

Soit l'acte et urgent et la nécessité rend un tel document inutile, soit l'acte n'est pas urgent et il faut obtenir le consentement exprès du protecteur naturel du mineur.

[1] Décret du 28 juin 1979, précité, art 43.

[2] C'est pourquoi, selon nous, l'état de nécessité ne peut pas justifier une xéno-greffe non-consentie car l'atteinte à la dignité humaine par la dénaturation du corps est une valeur inférieure à la sauvegarde d'un individu.

[3] "Le consentement ne peut se concevoir que sur le plan civil, après donc que l'acte a été légitimé du point de vue pénal par la nécessité.(...) Si l'opération n'est pas nécessaire, l'atteinte aux dispositions d'ordre public (...) reste imputable, et la condamnation est possible, que le patient ait ou non consenti. (...) Si, par contre, l'opération est objectivement nécessaire, mais a été réalisée à l'encontre de la volonté du patient, elle ne pourra donner lieu à des poursuites pénales.", FORIERS Paul, *De l'état de nécessité en droit pénal*, précité, pp.203-204.

[4] "Lorsqu'il s'agit d'une question médicale d'urgence, nous devons être en mesure de répondre, quitte ensuite à adapter notre budget et à demander des crédits supplémentaires.", MOUJART Michel, Directeur du C.H.U. de Tours, au sujet du dépassement du quota de transplantations d'organes préalablement budgétisées, Le Monde, 7 sept. 1993, p.11.

En ce qui concerne les conditions de licéité de l'activité médicale, la comparaison des valeurs en "balance", propre au concept d'état de nécessité, est un critère efficace car elle permet de justifier les actes "utiles" et de réprimer les actes non "utiles".

Or, l'activité médicale a pour but d'être individuellement et socialement utile.

Conclusion de la 2ème Partie

L'organisation légale de l'activité médicale subordonne la licéité de l'acte médical d'atteinte au corps humain au respect des conditions fondamentales de compétence, de consentement et de caractère thérapeutique. Or, cette permission tacite de la loi contribue à construire la protection juridique de l'intangibilité du corps humain.

Mais le législateur peut, par des lois spécifiques, permettre des dérogations aux conditions de justification de l'acte médical d'atteinte au corps humain. Ces dérogations sont autant d'affaiblissement du principe d'intangibilité du corps. "*De ce qu'il est la personne elle-même, le corps tire une place tout à fait particulière dans le droit. Il a, en quelques manières, un caractère sacré. Il est doublement défendu. Aux principes généraux découverts par la doctrine et la jurisprudence de droit civil, pénal et médical depuis des dizaines d'années, s'ajoutent la loi «Caillavet», la loi «Veil», la loi «Huriet», chacune, il est vrai, grignotant la protection initiale enveloppant le corps, rongeant son armure civile.*" [1]

Il n'est pas ici question de s'apesantir sur la *ratio legis*, mais plutôt d'analyser les conséquences juridiques du droit positif et en particulier la coexistence du principe d'intangibilité du corps, de la permission tacite de l'activité médicale ordinaire et des permissions ponctuelles de certains actes médicaux "atypiques".

La conclusion fondamentale est que tout le possible n'est pas licite. Il n'appartient pas aux seuls techniciens de définir les conditions de licéité de leurs techniques. La médecine est une chose trop grave pour être confiée aux seuls médecins. Le principe démocratique qui prévaut dans un Etat de droit impose que la loi soit LA NORME d'interdiction et d'autorisation. Seule la loi peut tracer la frontière du licite et de l'illicite. Il appartient alors aux juristes d'être,non pas les gardiens de la loi, mais les observateurs vigilants du respect de la loi.

"*Ne risque-t-on pas (...) de fétichiser le juridique ? Et pourtant aucune autre instance, pourvu que ceux qui se réclament du droit méditent à la fois sur le bafouement de la loi et sur le bafouement par la loi, n'a capacité aujourd'hui (...) de proclamer que tout le possible n'est pas licite, d'exercer sinon le pouvoir des sages, du moins celui des vigilants.*" [2]

---

1 MEMETEAU Gérard, *«Nemo censetur ignorare...» ou : Rendez à César ce qui lui appartient*, Rev.éth. 1993, n°8, *la vie en question*, p.105.

2 De FONTENAY Elisabeth, *Une communauté de destin*, in *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgois, 1988, p.384.

Conclusion Générale

"Le matérialiste dénué d'esprit déclare : «l'homme se distingue de l'animal par sa seule conscience, c'est un animal, mais doué de conscience» ; mais il ne remarque pas qu'il se produit dans l'être qui s'est éveillé à la conscience une modification qualitative de l'être tout entier." [1]

[1] FEUERBACH Ludwig (1804-1872), *L'essence du christianisme*, 1841, Intoduction in *Manifestes philosophiques*, trad. ALTHUSSER Louis, P.U.F. 1964, p.125, n°1.

La médecine, quel que soit son mode d'exercice, est une activité qui concerne l'intérêt général : c'est un service public par nature [1] qui a pour bénéficiaire l'individu et la collectivité. C'est pourquoi elle est soumise aux règles de droit qui organisent la vie en société et les rapports entre les particuliers. Nous avons montré que ces règles oscillent en permanence entre la préservation de la Santé publique et le respect des droits individuels. Il faut toutefois noter que la pratique médicale peut modifier les relations humaines et la définition même d'être humain en repoussant les frontières de la vie et de la mort.

C'est pourquoi il faut veiller aux conséquences du développement des innovations médicales, initialement incontrôlées, qui pourraient devenir incontrôlables. La liberté de la recherche amène à l'expérimentation animale puis à l'essai thérapeutique sur l'être humain. D'expérimental l'acte nouveau devient progressivement courant. Il n'est alors plus temps de revenir en arrière : la société entre dans une spirale de légitimation. C'est ce que nous avons déjà constaté pour les xénogreffes. Les progrès des moyens diagnostiques exploratoires aboutissent simultanément au développement des avortements "thérapeutiques" et "eugéniques" et aux tentatives de thérapie prénatale ou anténatale et à la chirurgie "in utero".

Ces exemples sont de nouvelles illustrations de la nécessité d'une définition légale des conditions de licéité de l'activité médicale qui ne saurait reposer sur la seule conscience des praticiens. Or, "*il n'y a rien dans la science qui n'ait d'abord apparu dans la conscience.*" [2] Il faut donc que la société ait les moyens juridiques de brider l'action, fût-elle consciencieuse, des praticiens.

L'encadrement juridique des pratiques médicales ne peut se passer d'une réflexion collective sur les enjeux et les valeurs qui fondent la civilisation d'aujourd'hui et la société de demain.

Notre société tend à être celle du MOI. MA liberté doit l'emporter sur les gênes que ne manquera pas de provoquer la naissance de cet AUTRUI qu'est l'enfant conçu (mais non désiré ou mal formé... d'où l'avortement). MA volonté doit en revanche me permettre de demander au médecin de ME procurer cet enfant chosifié, idéalisé (intervention de P.M.A.). Le médecin doit ME permettre d'éviter la souffrance et ME donner, si tel est MON choix, la bonne mort, comme il doit ME donner MON image rêvée (chirurgie purement esthétique), MON sexe nouveau (transsexualisme) et pourquoi pas MA quiétude et MON plaisir (tranquillisants tellement consommés en France et pourquoi pas bientôt drogues "douces" et stupéfiants de substitution). Et quand je serai mort, il faudra respecter MON corps et MA volonté, visions d'un MOI fort égoïste.

C'est la vision globale de l'HOMME qui se perd ; qu'il s'agisse d'une vision laïque (L'Homme dans l'évolution de la nature, de l'humanité, de la société...) ou d'une vision religieuse : l'Homme dans le plan de Dieu (pour les religions monothéistes, juive, musulmane ou chrétienne) ou le plan des Dieux (pour les religions polythéistes, hindouisme, taoïsme, bouddhisme...).

L'activité médicale doit être au service de la société et ne pas dénaturer par ses pratiques les fondements essentiels de la société. C'est pourquoi la médecine idéale ne peut reposer que sur la

---

[1] Sur une étude de la notion de service public médical cf. DEMICHEL André, *Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique*, in Etudes offertes à Jean-Marie AUBY, Dalloz 1992, pp.709-710.

[2] CANGUILHEM Georges, *Le normal et le pathologique*, 1943, P.U.F.Quadrige 1991, p.53.

coexistence d'une haute valeur morale de ses praticiens ET sur le respect de normes juridiques justes et fortes. Il faut espérer que tout médecin puisse être "conscient" des justification morales, sociales et juridiques de son art. "*L'essentiel pour une civilisation n'est pas que la règle soit obéie, mais qu'au moment même où elle est violée, le violateur se sente coupable d'une transgression.*" [1]

Ce qui suppose que la loi, la règle soit perçue comme une bonne règle, car nous savons qu'il peut y avoir de mauvaises lois, parfaites en la forme, mais au contenu inadmissible (cf. les lois nazies, les lois de Vichy ou les lois censurées par notre Conseil Constitutionnel). Certaines lois : "*ne sont que des consécrations juridiques d'une soumission des corps à la recherche scientifique et procèdent d'une vision quasi sacrée de la science, dont les intérêts impliquent des formes modernes de sacrifice humain. Or ce qui est grave, ce n'est pas que les hommes transgressent les lois, mais que les lois elles-mêmes légitiment des transgressions qui sapent les bases juridiques de la démocratie.*" [2]

Cette constatation appelle une analyse de l'origine et de la nature de la norme juridique à faire respecter. Nous avons fait référence à la loi (cf. supra la permission légale tacite) mais la loi, au sens de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (C.E.D.H.), c'est un ensemble juridique qui comprend les textes et aussi la jurisprudence. "*La Cour a toujours entendu le terme «loi» dans son acception «matérielle» et non «formelle» ; elle y a inclus à la fois des textes de rang infralégislatif (...) et le «droit non écrit». (...) On aurait tort de forcer la distinction entre pays de common law et pays «continentaux» (...). La loi écrite (statute law) revêt aussi, bien entendu, de l'importance dans les premiers. Vice versa, la jurisprudence joue traditionnellement un rôle considérable dans les seconds, à telle enseigne que des branches entières du droit positif y résultent, dans une large mesure, des décisions des cours et tribunaux. (...) Dans un domaine couvert par le droit écrit, la «loi» est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété.*" [3] Cette position renforce notre analyse de la licéité de l'activité médicale en terme de conditions "tacites" de justification. La conformité d'un acte au droit ne s'apprécie pas uniquement par rapport aux données explicites des textes législatifs en vigueur mais surtout par référence à l'ensemble juridique : textes et jurisprudence.

Madame le Professeur DELMAS-MARTY voit dans la jurisprudence de la C.E.D.H. une adaptation du principe de la légalité criminelle qui est le fondement du droit pénal français. Il s'agit d'un "*élargissement du concept de légalité (...) que l'on pourrait appeler le principe de «judiciarité».*" [4]

En matière médicale, il faudrait inclure également dans la notion de norme les sources professionnelles de droit et en particulier le droit disciplinaire et la déontologie. Toutefois, si la déontologie est socialement utile [5], elle n'a pas les caractères de règle générale, impersonnelle et surtout obligatoire de la loi qui seule peut définir et hiérarchiser des valeurs au nom et pour la

---

[1] RIVERO Jean, *L'enfer a-t-il des lois ?*, Cahiers de la Pierre qui vire, 1953, p.80.

[2] LABRUSSE-RIOU Catherine, *Droit du corps, loi sur les corps*, in Rev.éth., la vie en question, 1991, n°1, p.24.

[3] C.E.D.H. 24 avril 1990, Arrêt Kruslin c. France, (condamnation de la France pour défaut d'accessibilité et de prévisibilité de la loi en matière d'écoutes téléphoniques et non pour défaut de loi), D.1990, p.357, note PRADEL Jean ; Gaz.pal. 1er mai 1990, p.20., note JUNOSZA-ZDROJEWSKI G., PETTITI C. et L. ; Dr.pén. 1990, n°8. Sur ce point cf. KŒRING-JOULIN Renée, *De l'art de faire l'économie d'une loi (à propos de l'arrêt Kruslin et de ses suites)*, D.1990, chron. p.187 ; MARON Albert, *Rien n'est perdu fors l'honneur... (à propos des écoutes téléphoniques)*, Dr.pén. juin 1990, p.1 ; COHEN-JONATHAN G., *La Cour européenne des droits de l'homme et les écoutes téléphoniques. Les arrêts Krsulin et Huvig du 24 avril 1990*, R.D.H. 1990, p.185. Cf. également BERGER Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey 3ème éd° 1991, n°673, p.252.

[4] DELMAS-MARTY Mireille, *Les grands systèmes de politique criminelle*, P.U.F. Thémis 1992, p.49.

[5] "Reconnaître aux professions libérales, surtout organisées une part de création de leur droit est sans doute souhaitable, si cette auto-régulation n'est pas incontrôlable, et ne constitue pas une technique d'évitement des valeurs et des règles de la cité.", MEMETEAU Gérard, *Droit médical et déontologie : suggestions prudentes en faveur d'un rapprochement*, in *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY*, Dalloz 1992, p.757.

société toute entière. [1] La déontologie professionnelle permet néanmoins à l'observateur extérieur et au juge pénal en particulier, de connaître les valeurs qui fondent l'activité du corps médical.

Toute application du droit tient compte de valeurs non contenues dans la loi. "*En intégrant dans le droit positif des règles et des valeurs autres que celles reconnues par la loi, le juge cherche à concilier la loi avec la justice, c'est-à-dire à appliquer la loi de façon que ses décisions puissent être socialement acceptables.*" [2]

Or la réflexion sur les limites des pratiques médicales socialement acceptables se poursuit aujourd'hui sous l'appellation de débat éthique. "*On espère ainsi parvenir à définir consensuellement un droit des personnes à être protégées contre les menaces de certaines pratiques techniques, à réduire la marge d'indécision (...). La plupart des Etats mettent ainsi en place des institutions de réglementation (comités d'éthique), dont la mission est de codifier des normes raisonnables pour éviter les risques et les abus.*" [3]

L'éthique médicale, la bioéthique, l'éthique biomédicale, etc... sont autant de réflexions contemporaines sur les limites du possible et du licite, en fait d'activité médicale, en amont ou en parallèle de la production législative. Ces réflexions sont les signes d'une volonté collective de lucidité et de courage, parce qu'il est plus facile de fuir les véritables questions de société que de les "affronter" et surtout de tenter d'y répondre. Les avis et propositions qui en découlent ont trois intérêts.

Le premier est de "normaliser" les comportements par la création de "modèles éthiques" de référence.qui révèlent un consensus ponctuel sur une question et éclairent la communauté, tant scientifique que non-scientifique.

Le deuxième intérêt consiste à inspirer le législateur et à le guider vers la production de textes dont la *ratio legis* correspondra à la hiérarchie sociale des valeurs. En revenant ainsi à la finalité première du Droit - l'organisation de la vie en société -, l'éthique permettra peut être d'éviter la spirale d'autojustification par une loi au service du MOI et oubliant l'HOMME.

Le troisième intérêt de "l'éthique collective" est l'espoir d'un prolongement par l'émergence d'une "éthique individuelle" qui soit le reflet d'une prise de conscience par chaque médecin de l'importance de sa mission et des valeurs que son action concerne.

En touchant le corps d'autrui, le médecin ne touche pas seulement une personne - un MOI - mais l'HOMME.

Homo sum : humani nil a me alienum puto. [4]

---

[1] La nécessité d'une intervention législative pour définir les conditions de licéité de l'activité médicale se ressent également dans d'autres pays. "L'influence de la morale et de la déontologie médicale est grande. Néanmoins s'y cache le danger d'un manque de certitude juridique. C'est pourquoi il serait souhaitable que le législateur, comme dans d'autres pays, intervienne et établisse légalement ce qui lentement a crû.", ARNOU Patrick, *L'immunité pénale du médecin. Fondements et limites*, (Titre néerlandais : *De strafrechtelijke immuniteit van de medicus. Grondlag en grenzen*, trad. GOULMY Michel Dr.) Jura Falconis, 1979-1980, p.436.

[2] PERELMAN Chaïm, *Ethique et droit*, P.U. Bruxelles, 1990, p.543.

[3] WUNENBURGER Jean-Jacques, *Questions d'éthique*, P.U.F. 1993, p.326.

[4] Je suis un homme et rien de ce qui est humain ne m'est étranger, TERENCE (190-159 av.J.C.), *Le bourreau de soi-même*, I, 1, 25.

Au terme de cette recherche il convient de conclure qu'il "*serait assurément puéril et absurde de notre part de renier aujourd'hui les progrès de la médecine, comme il serait vain d'en accuser les méfaits ou d'en nier les problèmes. La science en tout ceci, comme en d'autres domaines, n'est qu'un instrument plus ou moins docile entre les mains de l'homme, pour le meilleur et pour le pire. Un instrument dont l'existence constitue certes un point de non retour, mais dont le maniement nous incombe.*" [1]

Ce maniement NOUS incombe...

---

[1] MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, *Le droit de disposer de soi-même. Etendue et limites en droit comparé*, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, P.U.Louvain, Bruxelles Bruylant 1982, n°75, p.287.

Bibliographie

1. Traités et manuels et ouvrages généraux

A) Droit pénal

BOUZAT Pierre et PINATEL Jean, *Traité de droit pénal et de criminologie*
Tome 1, *Droit pénal général,* par Pierre Bouzat, Dalloz 2ème éd° 1970, 882 p.

CONTE Philippe et MAISTRE de CHAMBON Patrick, *Droit pénal général*, Masson 1990, 339 p.

DONNEDIEU de VABRES, *Traité de droit criminel*, 3ème éd° 1947.

GARRAUD René, *Précis de droit criminel*, 15ème éd° Sirey 1934, par Pierre GARRAUD.

JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal général,* Domat-Montchrestien 2ème éd° 1991, 594 p.

LAINGUI André et LEBIGRE Arlette, *Histoire du droit pénal,* Cujas 1979
T.1, *Le droit pénal*, 223 p., T.2, *La procédure criminelle*, 158 p.

LEVASSEUR Georges, CHAVANNE Albert et MONTREUIL Jean
Droit pénal général et procédure pénale, Sirey 10ème éd° 1991, 329 p.

MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel*
T.1, *Droit pénal général*, Cujas 6ème éd° 1988, 1048 p.
T.2, *Procédure pénale*, 4ème éd° 1989, 1008 p.
T.3, *Droit pénal spécial,* par André VITU, 1982 (vol.1 : pp.1 à 1350, vol.2 : pp.1351 à 2111).
Ouvrage cité sous le seul nom des auteurs : MERLE et VITU.

PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Cujas, 8ème éd° 1992, 759 p.
Procédure pénale, 6ème éd° 1992, 760 p.

PRADEL Jean et VARINARD André, *Les grands arrêts du droit criminel*, Sirey 3ème éd° 1992
T.1, *Les sources du droit pénal, l'infraction*, 502 p.

PUECH Marc, *Droit pénal général,* Litec 1988, 581 p.

RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal*, P.U.F. Droit fondamental 1987, 683 p.

ROBERT Jacques-Henri, *Droit pénal général*, P.U.F.Thémis 2ème éd° 1992, 588 p.

SALVAGE Philippe, *Droit pénal général*, P.U.Grenoble 1991, 160 p.

SOYER Jean-Claude, *Droit pénal et procédure pénale*, L.G.D.J. 9ème éd° 1992, 380 p.

STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges et BOULOC Bernard
Droit pénal général, Dalloz, 14ème éd° 1992, 600 p.
Procédure pénale, Dalloz, 14ème éd° 1990, 1076 p.

VERON Michel, *Droit pénal spécial*, Masson, 3ème éd° 1988, 327 p.

VIDAL G.et MAGNOL J., *Cours de droit criminel*, Rousseau 9ème éd° 1947.

VOUIN Robert, *Manuel de droit criminel*, L.G.D.J. 1949.

VOUIN Robert, *Droit pénal spécial*, par Michèle-Laure RASSAT, Dalloz, 6ème éd° 1988, 729 p.

B) Droit médical

AUBY Jean-Marie, *Le droit de la santé*, P.U.F. 1981, 508 p.

DEMICHEL André, *Droit médical*, Berger-Levrault 1983, 179 p.

KERNBAUM Serge Dr., *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, 4ème éd° 1992, 988 p.

MELENNEC Louis, *Traité de droit médical*, T.3, *La responsabilité pénale du médecin* par Michel VERON, Maloine 1984, 108 p.

MEMETEAU Gérard, *Le droit médical*, Jurisprudence française n°4, Litec 1985, 543 p.

SAURY Robert, *Manuel de droit médical*, Masson 1989, 530 p.

SAVATIER René, AUBY Jean-Marie , SAVATIER Jean et PEQUIGNOT Henri *Traité de droit médical*, Paris, Librairies techniques, 1956, 574 p.

2. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

A) Ouvrages exclusivement ou essentiellement juridiques

AKIDA M., *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence*, Thèse Droit Lyon 1981, 659 p.

AMBIALET Janine, *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, Thèse Droit Paris, 1964, 233 p.

AMBROSELLI Claire, *L'éthique médicale*, P.U.F. Que-sais-je ? n°2422, 1988.

ANRYS Henri, *Les professions médicales et paramédicales dans le marché commun*, Fernand Larcier éd°, Bruxelles 1971, 630 p.

BADINTER Robert (présentation par), *Projet de Nouveau Code Pénal*, Dalloz 1987, 171 p.

BADR Mohamed Abdel Aziz, *L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale*, Thèse Droit, Paris, 1928, 304 p.

BAUD Jean-Pierre, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil-Des travaux 1993, 231 p.

BAUDOUIN Jean-Louis et LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'Homme : de quel droit ?*, P.U.F.-les voies du droit, 1987, 283 p.

BAUDOUIN Jean-Louis et BLONDEAU Danielle, *Ethique de la mort et droit à la mort*, P.U.F., les voies du droit, 1993, 127 p.

BAUDRAND G., *La chirurgie esthétique et le Droit*, Thèse Droit Poitiers, 1938, 98 p.

BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, P.U.F. Que-sais-je ?, n°2703, 1992.

BODELET L., *Le risque accepté en droit pénal français contemporain*, Thèse Droit Dijon 1932, 130 p.

BOIRON N.M., *La prostitution dans l'histoire, devant le Droit, devant l'Opinion*, Berger-Levrault, Nancy-Paris-Strasbourg 1926, 271 p.

BOISTEL Alphonse, *Cours de philosophie du droit*, 2 vol., Paris éd° Fontemoing 1899 T.1, 504 p., T.2, 454 p.

BON L., *La transsexualisme, l'émergence conjuguée de pratiques médicales et judiciaires*, Thèse microfichée, Droit Lyon 1990.

BOUTON Jacqueline, *L'obligation de se soigner ?*, Thèse droit Strasbourg 1990, 2 vol., 475 p.

BOYER-CHAMARD G. et MONZEIN P., *La responsabilité médicale*, Paris, P.U.F. 1974.

BROCAS Roger, *Le droit d'autopsie, étude historique et juridique*, Thèse Droit Paris 1938, 141 p.

BRUNHES Jean, *Accidents thérapeutiques et responsabilités*, Masson 1970, 241 p.

CABALLERO Francis, *Droit de la drogue*, Dalloz 1989, 720 p.

CHAMPENOIS-MARMIER Marie-Pierre et SANSOT Jean, *Droit, folie, liberté*, P.U.F.1983.

CHATEAURAYNAUD Francis, *La faute professionnelle : une sociologie des conflits de responsabilité*, éd° Métailé, Paris 1991, 457 p.

COHEN P., LABADIE D., LABADIE L. *Les médecins face à leurs juges*, Performa-droit 1987, 198 p.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, P.U.F. 3ème éd° 1992, 862 p.

DANA Adrien-Charles, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, L.G.D.J. Paris 1982, 518 p.

DASKALAKIS Elie, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, P.U.F. 1975, 102 p.

DAVID Aurel, *Structure de la personne humaine, essai sur la distinction des personnes et des choses*, Thèse Droit Paris, 1953, P.U.F. 1955. 140 p.

DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, L.G.D.J. 1960, 427 p.

DE FORGES Jean-Michel, *Le droit de la santé*, P.U.F. Que-sais-je ? n°2308, 1986.

DE FORGES Jean-Michel et SEUVIC Jean-François, *L'hospitalisé*, Berger-Levrault 2ème éd° 1983, 332 p.

DIERKENS Raphaël, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Masson 1966, 221 p.

DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes et des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, Masson, 1970, 308 p.

DORSNER-DOLIVET Annick, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie*, L.G.D.J. Paris 1986, 470 p.

EDDE Jean-Louis, *Les droits extra contractuels relatifs au corps humain*, Thèse Droit Paris, 1954, 200 p.

EDELMANN Bernard, HERMITTE Marie-Angèle, *L'Homme, la nature et le droit*, éd° Christian Bourgeois 1988, 385 p.

ESCHYLLE Jean-Florian, *Le juge des enfants et la santé des mineurs*,
Thèse Droit Nancy, 1990, 316 p.

FERRES Fernand, *Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*,
Thèse Droit Strasbourg 1934, 230 p.

FORIERS Paul, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1951.

GOERGEN André, *Les droits de l'homme sur son corps*,
Thèse Droit, Nancy 1957, 265 p.

GROMB Sophie, *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, Litec 1992, 290 p.

HATIN Paul, *Etude sur la responsabilité civile et pénale des médecins dans l'exercice de leur profession*,
Thèse Droit Paris, 1905, 144 p.

HENNAU-HUBLET Christiane, *L'activité médicale et le droit pénal*,
P.U.Louvain, Bruxelles-Bruylant, Paris L.G.D.J., 1987, 417 p.

HINDAWY Nour El-din, *Essai d'une théorie générale de la justification. Etude comparée*,
Thèse Droit Rennes 1979, 434 p.

HU Edouard, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin*,
Thèse Droit Paris 1880, 226 p.

KORNPROBST Louis, *La responsabilité médicale : origines, fondements et limites*,
Baillière 1946, 376 p.

KORNPROBST Louis, *La responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française*,
Paris, Flammarion, 1957.

LABBEE Xavier, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*,
Presses Universitaires de Lille 1990, 447 p.

LABRUSSE-RIOU Catherine et BAUDOUIN Jean-Louis, *Produire l'Homme : de quel droit ?*,
P.U.F.-les voies du droit, 1987, 283 p.

LAINGUI André, *La responsabilité dans l'Ancien Droit*, L.G.D.J. 1970.

LASNIER Georges, *Du droit du malade et du blessé au refus d'un traitement ou d'une intervention chirurgicale*,
Thèse Droit Bordeaux, 1922, 125 p.

LEMAIRE Jean-François, IMBERT Jean-Luc, *La responsabilité médicale*,
P.U.F. Que-sais-je ? n°2200, 1985.

LEMARIE Philippe, *La stérilisation volontaire chez la femme : aspects juridiques*,
Mémoire D.U. dommage-corporel, Nancy, 1986.

LOMBARD Paul, MACAIGNE Pierre, OUDIN Bernard, *Le médecin devant ses juges*,
Robert Laffont 1973, 292 p.

MANCHE Emile-Lucien, *La responsabilité médicale au point de vue pénal*,
Thèse Droit Paris 1913, 392 p.

MAYRAND Albert, *L'inviolabilité de la personne humaine*,
éd° Wilson & Lafleur limitee, McGill University, Montreal 1975, 228 p.

MORIAUD Paul, *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*,
Genève Burkhardt, Paris Larose & Forcel 1889, 312 p.

MOUGEOLLE Bénédicte, *L'avortement dit thérapeutique*,
Thèse Droit Nancy 1959, 248 p.

PALLARD Roger, *L'exception de nécessité en droit civil*,
Thèse Droit Poitiers 1947, 369 p.

PENNEAU Jean, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, L.G.D.J. , P.U.F., 1973, 401 p.

PENNEAU J., *La responsabilité médicale*, Sirey, 1977, 316 p.

PENNEAU J., *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 1992, 133 p.

PERELMAN Chaïm, *Ethique et droit*, éd° de l'Université de Bruxelles, 1990, 817 p.

RAJBAUT Benjamin, *Le rôle de la volonté en matière médicale*,
Thèse Droit Paris XII, 1981, 607 p.

RAYMOND Charles, *Peut-on admettre l'euthanasie*,
Librairie des notaires et des avocats, Paris 1955, 191 p.

ROUGE D., ARBUS L. et COSTAGLIOLA M., *Responsabilité médicale. De la chirurgie à l'esthétique*,
éd° Arnette 1992, 162 p.

SARDELLITTI Marie-Claire, *Le consentement à l'acte médical :*
aspects juridiques, déontologiques et éthiques,
Thèse Médecine Nancy, 1986, 146 p.

SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation juridique*, Sauramps 1991, 155 p.

SERIAUX Alain, *Les personnes*, P.U.F. Que-sais-je?, n°2680, 1ère édition 1992.

SERUSCLAT Franck, sénateur, *Les sciences de la vie et les droits de l'homme*,
Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Economica, 1992, 456 p.

SEVERAC Andrée, *Essai d'une théorie générale du fait justificatif*,
Thèse Droit Toulouse 1953, 115 p.

SOMBSTAY Jacques, *Les homo-greffes humaines du point de vue juridique*,
Thèse Droit Nancy 1951, 185 p.

SOUTOUL J.H., *La non-assistance de l'article 63 alinéa 2 du Code pénal et le corps médical*,
Thèse Droit Poitiers 1990, 594 p.

SOUTOUL J.H., *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*,
Maloine 1991, 317 p.

SOUTOUL J.H. et LAUGIER J., *La responsabilité médicale*
et les problèmes médico-légaux en néonatologie,
Maloine 1991, 241 p.

TISSERAND Jean, *La répression du suicide, spécialement dans le projet de Code pénal français*,
Nancy, imp. Georges THOMAS, 1935, 234 p.

TISSOT de, Olivier, *La liberté sexuelle et la loi*, Balland 1984, 359 p.

TORELLI Maurice, *Le médecin et les droits de l'homme*, Berger-Levrault 1983, 450 p.

ULYSSE Xavière, *L'action thérapeutique devant la loi pénale*,
Thèse Droit Aix-Marseille 1960, 185 p.

VARAUT Jean-Marc, *Le possible et l'interdit, les devoirs du droit*, éd° La table ronde, Paris 1989, 190 p.

VIELLES Marie Thérèse, *Le respect de la personne du malade dans l'acte médical*,
Thèse Droit Nancy 1956, 238 p.

VILLEY Raymond, *Déontologie médicale*, Masson 1982, 104 p.

B) Ouvrages principalement médicaux ou d'information générale

ACCOCE Pierre et RENTCHNICK Pierre, *Ces malades qui nous gouvernent*, 1ère éd° 1976,
Stock 1988, 440 p.

AIMOT Jean-Wladimir et GROSS Alma, *SOS bavures médicales*, éd° du Rocher, 1993, 233 p.

ARIES Philippe, *L'homme devant la mort*, Seuil 1977
T.1, *Le temps des gisants*, 304 p.
T.2, *La mort ensauvagée*, 343 p.

BARIETY Maurice, COURY Charles, *Histoire de la médecine*, P.U.F. Que-sais-je ? n°31, 1978.

BARRERE Igor, LALOU Etienne, *Le dossier confidentiel de l'euthanasie*, Stock points actuels 1975, 182 p.

BASTIEN Claude-Thierry, *La stérilisation tubaire chez la femme. Aspects techniques et médico-légaux*,
Thèse Médecine Nancy, 1983, 120 p.

BAYLE François, *Croix gammée contre caducée : les expérimentations humaines en Allemagne pendant la seconde guerre mondiale*, Imprimerie nationale 1950.

BELLO Pierrette, DOLTO Catherine Dr., SCHIFFMANN Aline Dr., *Contraception, grossesse, IVG*,
Seuil, 1983, 183 p.

BERNADAC Christian, *Les médecins de l'impossible*, éd° France-empire 1968, 431 p.

BERNADAC C., *Les médecins maudits*, éd° France-empire 1985, 322 p.

BERNARD Claude, *Principes de médecine expérimentale*, Quadrige-P.U.F., 1987, 304 p.

BERNARD Jean, *Grandeur et tentations de la médecine*, Buchet-Chastel 1973, 332 p.

BERNARD J., *C'est de l'homme qu'il s'agit*, éd° Points-Odile Jacob 1988, 298 p.

BERNARD J., *De la biologie à l'Ethique*, éd° Buchet-Chastel 1990, 307 p.

BERNARDET Philippe, *Les dossiers noirs de l'internement psychiatrique*, Arthème-Fayard 1989, 349 p.

BONE Edouard, *Itinéraires bioéthiques*, Catalyses-éd° Ciaco, Bruxelles 1990, 198 p.

BRELET-RUEFF Claudine, *Les médecines sacrées*, Albin-Michel-espaces libres 1991, 306 p.

BRUAIRE Claude, *Une éthique pour la médecine*, Fayard 1974, 156 p.

BUTTIGIEG Charles Dr., *Réponses à toutes les questions que vous vous posez sur l'anesthésie*, Retz 1987, 128 p.

CANGUILHEM Georges, *Le normal et le pathologique*, P.U.F. quadrige, 1ère éd° 1966, 1991, 224 p.

CARREL Alexis Dr., *L'homme cet inconnu*, Plon 1ère éd° 1935, Le livre de poche 1967, 400 p.

CARREL Alexis Dr., *Médecine officielle et médecines hérétiques*, PLON-présences, Paris 1945, 342 p.

CHADEYRON Pierre-André et MERGER Robert, *L'accouchement sans douleur*, P.U.F. Que-sais-je?, n°1134, 4ème éd° 1983.

CLAVERIE B., LEBARS D., ZAVIALOFF N., DANTZER R., *Douleurs, du neurone à l'homme souffrant*, Sciences ESHEL, 1991, 176 p.

COUSINS Norman, *La volonté de guérir*, Seuil Points-Actuels, 1980, 141 p.

D'ALLAINES Claude, *Histoire de la chirurgie*, P.U.F. Que-sais-je ? n°935, 1984.

DANSEL Michel, *Le sergent Bertrand, portrait d'un nécrophile heureux*, Albin-Michel 1991, 241 p.

DANTZER Robert, *L'illusion psychosomatique*, éd° points-Odiles Jacob 1989, 287 p.

DEBRE Robert, *L'honneur de vivre*, Hermann/Stock, Paris 1974, 462 p.

DELARUE Fernand, *L'intoxication vaccinale*, Seuil éd° techno-critique 1977, 250 p.

ERLICH M., *La femme blessée, essai sur les mutilations sexuelles féminines*, L'Harmattan 1986.

FAUVET Jean, *Les étapes de la médecine*, P.U.F. Que-sais-je ? n°31, 1948.

FONTANILLE Marie-Thérèse, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, éd° Searle, Paris, 1977, 218 p.

FRYDMAN René, VIAL Michèle et VILLE Yves, *Médecine fœtale et diagnostic anténatal*, P.U.F. Que-sais-je ?, n° 2740, 1993.

GONIN Daniel Dr., *La santé incarcérée. Médecine et conditions de vie en détention*, L'archipel 1991, 259 p.

HAMBURGER Jean, *Les belles imprudences*, Odile Jacob, 1991, 155 p.

HARTEMAN Jean Dr., *Le malaise de l'avortement thérapeutique*, Société d'impresssion typographiques, Nancy 1926, 132 p.

JUDET Alain, VILAIN Raymond, *Le pouvoir médical*, Arthaud, Paris 1986, 228 p.

LAGROUA WEIL-HALLE Marie-Andrée Dr., *L'avortement ... un remède oui, mais ...*, éd° Guy de Monceau, 1974, 215 p.

LAZORTHES Guy, *L'homme, la médecine et le médecin*, Masson 1993, 296 p.

LEONARD Jacques, *Archives du corps : la santé au XIXe siècle*, Ouest-France Université, 1986, 324 p.

LEONARD Jacques, *Médecins, malades et société dans la France du XIXème siècle*, éd° Sciences en situation 1992.

LEBOYER Frédérick, *Pour une naissance sans violence*, Seuil 1975, 158 p.

MAILLET Marc, *Nous sommes tous des cobayes*, à dossiers ouverts éd° J.A., Paris 1981, 184 p.

MANCINI Jean-Gabriel, *Prostitution et proxénétisme*, P.U.F. Que-sais-je?, n°999, 1962.

MEYNARD Léon, *Le suicide, étude morale et métaphysique*, P.U.F. initiation philosophique, 2ème éd° 1958, 119 p.

MORGENTALER Henry Dr., *Avortement et contraception*, Montréal, les éd° de l'homme, 1980, 226 p.

MORON Pierre, *Le suicide*, P.U.F. Que-sais-je?, n°1569, 4ème éd° 1987.

PERRIN Louis F., *Les essais thérapeutiques chez l'homme*, P.U.F. Que-sais-je ? n°1857.

PETTITI Louis-Edmond, *Les transsexuels*, P.U.F. Que-sais-je?, n°2677, 1ère édition 1992.

POROT Antoine, POROT Maurice, *Les toxicomanies*, P.U.F. Que-sais-je ? n°586, 1976.

PORTES Louis, *A la recherche d'une éthique médicale*, Paris, Masson, P.U.F. 1954, 211 p.

PRAYEZ Pascal, *La fureur thérapeutique*, éd° Retz, Paris 1986, 160 p.

QUERE France, *L'éthique et la vie*, éd° Odile Jacob, Paris 1991, 332 p

ROBIN François, NATIVI François, *Enquête sur l'erreur médicale*, éd° la découverte Paris 1987, 344 p.

ROUZIAUX J.M., *Les essais de nouveaux médicaments chez l'homme*, Masson, 1978.

SKRABANEK Petr, McCormick James, *Idées folles, idées fausse en médecine*, éd° Odile Jacob, 1992, 189 p.

SOUTOUL Jean-Henri, *Conséquences d'une loi, avortement An II*, La table ronde 1977, 278 p.,

TAVERNIER Monique, *Les soins palliatifs*, P.U.F. Que-sais-je?, n°2592, 1991.

TERNON Yves Dr. et HELMAN Socrate Dr., *Les médecins allemands et le national-socialisme. Les métamorphoses du darwinisme*, Casterman 1973, 218 p.

TERQUEM Jean, *Les médecins dans la société française*, Economica 1992, 226 p.

TOULAT Jean, *L'avortement, crime ou libération ?*, Fayard 1973, 155 p.

TRUONG Jean-Michel, *Reproduction interdite*, Olivier Orban, 1989, 428 p.

VELLAY Pierre, *Le vécu de l'avortement*, éd° universitaires 1972, 173 p.

VIEL Marie-Thérèse, *Droit funéraire et gestion des cimetières*, Berger-Levrault 1991, 354 p.

VILLEY Raymond, *Réflexions sur la médecine d'hier et de demain*, Plon, Paris, 1966, 237 p.

Von UEXKULL Thure, *La médecine psychosomatique*, Gallimard-N.R.F. 1966.

VORONOFF Serge, Dr., *Vivre*, Grasset, Paris 1920, 263 p.

WALKER Kenneth, *Histoire de la médecine*, Marabout-Université 1962, 378 p.

WUNENBURGER Jean-Jacques, *Question d'éthique*, P.U.F. 1993, 389 p.

ZIEGLER Jean, *Les vivants et la mort*, Points-seuil 1978, 312 p.

3. Recueils et ouvrages collectifs

ACTA, *1er Congrès Mondial de Droit Médical*, Gand, Jus Medicum, 1969.

ACTA, *VIème Congrès Mondial de Droit Médical*, Gand 1982, Jus Medicum 1984, 2 tomes.

ACTES (Revue), les cahiers d'action juridique, juin 1985,
Le corps aux mains du droit, dossier bioéthique, n°49-50, Paris , 86 p.

Arch.phil.droit 1953-1954, *Déontologie et discipline professionnelle.*

Arch.phil.droit 1977, *La responsabilité*, Tome 22.

Arch.phil.droit 1980, *La loi*, Tome 25.

Arch.phil.droit 1981, *L'utile et le juste*, Tome 26.

Arch.phil.droit 1988, *La philosophie du droit, aujourd'hui*, Tome 33.

Arch.phil.droit 1989, *Le sujet de droit* , Tome 34.

Arch.phil.droit 1991, *Droit et science*, Tome 36.

Assistance Publique Hôpitaux de Paris, *Guide juridique des prélèvements d'organes*, A.P.P.1985, 56 p.

ASSOCIATION Henri CAPITANT, *Le corps humain et le droit*, journées belges, Dalloz 1975, T.XXVI.

ASSOCIATION «CHOISIR», *Avortement : une loi en procès, l'affaire de Bobigny*,
Gallimard-idées 1973, 254 p.

ASSOCIATION MEDICALE MONDIALE,
Déclarations d'Helsinki (1964), de Tokyo (1975) et de Venise (1983) :
Recommandations destinées à guider les recherches biomédicales portant sur l'être humain.

ASSOCIATION MEDICALE MONDIALE, Déclaration de Tokio (1975) :
Directives à l'intention des médecins en ce qui concerne la torture et autre peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en relation avec la détention et l'emprisonnement.

Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain,
Licéité en droit positif et références légales aux valeurs,
Xème journée d'études juridiques, Bruxelles Bruylant 1982 (Pub. de l'Un. de Louvain 1982).

BLONDEAU Danielle, sous la direction de, *De l'éthique à la bio-éthique*, Editions Lamarre, 1986, 425 p.

BROHM Jean-Marie et autres,*Le corps*, textes , Tome 1, Belin éd° 1992.

CABALLERO Francis, sous la direction de, *Drogues et droits de l'homme*,
éd° Les empêcheurs de penser en rond, 1992, 153 p.

C.Laën. 1952, 2 vol., *l'expérimentation humaine en médecine.*

C.Laën. 1956, 2 vol., *La greffe humaine*,

Centre national de prévention, d'études et de recherches en toxicomanie,
D'une toxicomanie à l'autre, tabac, alcool, opiacés..., éd° Les empêcheurs de penser en rond, 1990, 188 p.

Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé,
Ethique et recherche biomédicale, rapport 1988, la documentation française, 1989, 168 p.

C.C.N.E., *Ethique et pédiatrie*, la documentation française, 1992, 133 p.

CONGRES, *Médecine moderne et respect de la vie*,
VI^{ème} Congrès médico-social protestant, éd° Berger-Levrault, Paris 1957, 318 p.

CONGRES, *Droits de l'Homme et contrainte de la personne*,
XI^{ème} Congrès de l'Académie internationale de médecine légale et de médecine sociale, Lyon août 1979,
Masson, collection de médecine légale et de toxicologie médicale, n°115, 1980, 256 p.

CONSEIL d'ETAT, *Sciences de la vie : De l'éthique au droit*, notes et études documentaires,
La documentation française 1985, n°4855, 208 p.

Le Corps, Bréal éditions 1992, 288 p.

C.U.R.A.P.P., (Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie),
Bioéthique et Droit, P.U.F. Paris 1988, 296 p.

DROIT Roger-Pol, textes réunis par, *Science et philosophie pour quoi faire ?*,
Le Monde-éd°, 1990, 372 p.

DROITS, Revue française de théorie juridique, 1991, n°13,*Biologie, personne et droit.*, 186 p.

Le droit à la vie dans l'enseignement des papes, Solesmes 1981, 153 p.

Droits de l'homme et contrainte de la personne,
XI^{ème} Congrès de l'Académie Internationale de Médecine Légale et de Médecine Sociale,
Lyon 27-30 août 1979, actæ medicinæ legalis et socialis, Masson 1980, 250 p.

Droits de l'homme et médecine, *Droit et éthique médicale*, Masson 1984, 2 vol., 364 p.

ECK Marcel, (textes recueillis par), *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*,
Fayard 1968, 456 p.

ELSTER Jon, (sous la direction de), *Ethique des choix médicaux*, Actes-sud 1992, 160 p.

L'éthique médicale dans l'enseignement des papes, Solesmes 1987, 313 p.

France-Transplant, *Manuel pratique du prélèvement multi-organes*, 145 p., 1991.

France-Transplant, *Proposition d'amendement du Code de la santé publique*, 40 p., mai 1992.

Inspection Générale des Affaires Sociales, *Rapport sur les transplantations d'organes en France*,
I.G.A.S., 213 p., mai 1992.

I.N.S.E.R.M., (Institut National de la Santé et de la Recherche Médicale),
Ethique médicale et droits de l'homme, la fabrique du corps humain,
actes-sud/Inserm Paris 1988, 323 p.

Journées d'enseignement post-universitaire, *La transplantation d'organes*,

J.E.P.U. Arnette, 314 p., 1989.

Journées de La pitié, *Transplantation cardiaque et pulmonaire*, Sandoz, 1991, 307 p.

KERNBAUM Serge Dr. (coordinateur), *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, Préface de Jean Hamburger, 4ème éd°, 2ème tirage 1992, 988 p.

Le MONDE diplomatique, *L'Homme en danger de science ?*, Mai 1992, 98 p.

NIVET Hubert (coordinateur), *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, Doin, 341 p., 1992.

Ordre National des Médecins, *1er Congrès International de Morale Médicale*, Paris oct. 1955, (vol. 1 : 262 p., vol.2 : 354 p.).

O.N.M., *2ème Congrès International de Morale Médicale*, Paris mai 1966, (vol.1 : 344 p., vol. 2 : 433 p.).

O.N.M. *Commentaires du Code de déontologie médicale*, 1987, 174 p.

O.N.M., *Guide d'exercice professionnel*, Masson 16ème éd° 1991, 2 vol., (pp.1-675 et 677-1408).

O.N.M., *3ème Congrès International d'Ethique Médicale*, 9-10 mars 1991, les actes, O.N.M.1992, 338 p.

POUVOIRS, Revue française d'études constitutionnelles et politiques 1991, n°56, *Bioéthique* , 219 p.

Revue Autrement mars 1985, *Les médecins*, n°68, 226 p.

Rev.Autr.mars 1991, *Le défi bioéthique, la médecine entre l'espoir et la crainte*, n°120, 198 p.

Rev.Autr.1992,, *Panseurs de douleurs. Les médecins populaires*, série mutations n°9 257 p.

Rev.Autr.mars 1993, *Des sciences contre l'homme*, série Sciences en société n°8, 187 p.

Revue des deux mondes avril 1991, *La santé en question.*

REVUE des droits de l'homme 1974, vol.VII, 2-4, *Colloque les droits de l'homme devant la vie et la mort*, Besançon 17-19 janv. 1974.

Revue ETHIQUE, la vie en question, éd° universitaires, 1992, n°5,*Sexe à problèmes*, 100 p.

Rev.éth.1992-1993, n°6-7, *Vivre la mort médicalisée*, 136 p.

Rev.éth.1993, n°8, *La responsabilité. Les lois bioéthiques en débat*, 126 p.

REVUE Française des affaires sociales janv.-mars 1991, n°1, *Bioéthique et droit, de nouveaux défis.*

4. Articles, chroniques et commentaires

ABADIE E., ALMERAS J.P., AUDINET P., CHAMPEY Y., HURIET C., MIGNON F., PORTOS J. *La phase IV à la suite de la loi Huriet*, Conc.Méd.1990, p.2333.

ALBERT-BUISSON F., *L'expérimentation humaine au cours des âges*, C.Laën. 1952, n°1, p.4.

ALMERAS J.P., *Responsabilité médicale : le consentement implicite*, Conc.Méd.1984, p.4049.

ALMERAS J.P., *Le consentement à l'acte médical*, Conc.méd. 1984, p.1463.

ALMERAS J.P., *Les Témoins de Jéhovah et le don du sang*, Conc.Méd. 1985, p.1468.

ALMERAS J.P., *La non-assistance à personne en danger ou provoquer un secours*, Conc.Méd. 1986, p.180.

ALT-MAES F., *L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime*, R.S.C. 1991, p.244.

ALVAREZ-MARIN Robinson, *Droit pénal et psychiatrie*, R.S.C. 1961, p.549.

ANDORNO Roberto L., *Procréation artificielle, personnes et choses*, Droit prospectif, Revue de la recherche juridique, 1992-1, p.13.

AMBROSELLI Claire, *La fabrique du corps humain*, in ACTES 1985, n°49/50, *Le corps aux mains du droit.Dossier bioéthique*, p.27.

AMBROSELLI Claire, *La médecine à Nüremberg : ouverture d'un procès*, in *Sciences et philosophie pour quoi faire ?*, 1er forum Le Monde, Le Mans, Le Monde éditions, 1990, p.317.

AMBROSELLI Claire, *Comité d'éthique : histoire d'un défi*, in *Le défi bioéthique : la médecine entre l'espoir et la crainte*, Rev.Autr. 1991 (série mutations n°120), p.96.

ARNOU P., *L'immunité pénale du médecin. Fondements et limites*, (Titre néerlandais : *De strafrechtelijke immuniteit van de medicus. Grondlag en grenzen*, trad. GOULMY Michel Dr.) Jura Falconis, 1979-1980, p.431.

AUBY Jean-Marie, *La responsabilité civile et pénale en cas d'expérimentation humaine*, C.Laën. 1952, n°2, p.17.

AUBY J.M., *La loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*, J.C.P.1989-I-3384.

AUBY J.M., *La loi n°90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation*, J.C.P.1990-I-3463.

AUBY J.M., *Les recherches biomédicales à l'hôpital public*, R.F.A.S., 1991, n°1, p.41.

AUBY J.M., *Aspects juridiques des droits concernant la mort*, Rev.éth., *Vivre la mort médicalisée*, n°6-7, 1992-1993, p.21.

AUSSEL J.M., *La contrainte et la nécessité en droit pénal*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz 1956, p.253.

BAILLY Pierre, *Indemnisation et aléa judiciaire*, D.1992, Chron. p.202.

BALAGNY E., *La mort cérébrale : aspects médico-légaux*, in *La transplantation d'organes*, J.E.P.U. Arnette, 1989, p.23.

BARUK H., *Le problème de l'expérimentation chez l'homme*, in *1er Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1955, vol.2, p.123.

BARUK H., *La responsabilité du médecin dans l'expertise psychiatrique concernant l'internement, l'interdiction ou les congés de longue durée*, in *2ème Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, vol.2, p.103.

BASSIOUNI M.C., BAFFES Th. et EVRARD J.T., *Le contrôle de l'expérimentation sur l'homme*, R.I.D.P.1980, vol.51, n° 3 et 4.

BAUDOUIN Jean-Louis, *L'expérimentation sur les humains : un conflit de valeurs*, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs* , Pub. de l'Un. de Louvain 1982, p.171.

BEAULIEU Etienne, *Choc en retour : où commence la vie humaine ?*, in *Le défi bioéthique : la médecine entre la crainte et l'espoir*, Rev.Autr. 1991 (série mutations n°120), p.26.

BERNARD Jean et ALBY J.M., *Problèmes moraux et psychologiques posés par le traitement de la leucémie de l'enfant*, in *1er Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1955, vol.2, p.97.

BERNARD Jean, *Progrès de la médecine et responsabilité du médecin*, in *2ème Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, vol.1, p.261.

BERNARD Jean, *Evolution de la bioéthique*, J.Méd.lég. 1989, p.101.

BERNARD Jean, *Humanisme, prédiction, éthique*, R.d.M. avril 1991, *La santé en questions*, p.16.

BLONDEAU Phillipe Dr., *Possibilités et limites actuelles des greffes en thérapeutique humaine*, C.Laën. 1956, n°1, p.2.

BLONDEL Ch., *Juridiction professionnelle médicale : l'expérience française*, in *1er Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1955, vol.1, p.11.

BODIN J. et LHOMMEAU J.C., *Non-assistance à personne en péril et l'urgence*, L.p.aff., 16 avril 1993, n°46, p.4.

BOINOT Patrick, *Sectes religieuses et droit pénal*, R.S.C. 1983, p.409.

BORRICAND J., *Commentaire de la loi n°88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*, D.1989, p.167.

BOUE André, *Médecine du foetus*, in, *Ethique et pédiatrie*, C.C.N.E., La documentation française, 1992, 133 p.

BOURG Dominique, *Sujet, personne, individu*, DROITS 1991, n°13, *Biologie, personne et droit*, p.87.

BOUVIER Françoise, *Le consentement à l'acte thérapeutique, réalités et perspectives*, J.C.P.1986-I-3249.

BRAIBANT Guy, *Pour une grande loi*, POUVOIRS 1991, n°56 *Bioéthique*, p.109.

BRETHE de la GRESSAYE Jean, Rép.pénal Dalloz, V° *Discipline*,1984.

BUVAT Daniel, *Le corps, objet du droit et du pouvoir*, in *Le corps*, C.P.H.E.C., éd° Bréal 1992, p.27.

BYK Christian, *Le SIDA, mesures de santé publique et protection des droits individuels*, J.C.P.1991-I-3541.

BYK Christian, *Les aspects juridiques des xénotransplantations*, J.C.P. 1992-I-3633.

BYK Christian, *Bioéthique*, J.C.P. 1992-I-3597.

CABANNE F. et MARIN A., *Les droits de l'homme malade devant les nouveaux programmes thérapeutiques*, R.D.H. 1974, *Les droits de l'homme devant la vie et la mort*, p.515.

CALAIS Bertrand, *La mort et le droit*, D.1985, chron. p.73.

CALLU Marie-France, *Régulation des naissances*, J.-Cl. Pénal, art.317, nov. 1983.

CAMPION-VINCENT Véronique, *Bébés en pièces détachées : une nouvelle «légende» latino-américaine*, Cahiers internationaux de sociologie 1992, p.299.

CARBONNIER Jean, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, in Etudes Ripert, L.G.D.J. 1950, p.325.

CARLOTTI J.P.et VIDAL J., *Le consentement du malade à l'acte médical*, in *1er Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1955, vol.1, p.75.

CARTIER Marie-Elisabeth, *Contrainte et nécessité*, in Ann.Fac.Toulouse, T.XXX, 1982, p.27.

CAYLA J.S., *Le nouveau code de déontologie médicale*, R.T.D.Soc. 1979, p.476.

CAYLA J.S., *La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse : aspects médicaux et biologiques*, R.T.D.Soc. 1980, p.311.

CAYLA Jean-Simon, *La protection des malades mentaux : Commentaire de la loi du 27 juin 1990*, R.T.D.Soc. 1990, p.618.

CAYLA Jean-Simon, *Mesures d'application de la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales*, R.T.D.Soc. 1991, p.22.

CAYLA Olivier, *Bioéthique ou biodroit ?*, DROITS 1991, n°13, *Biologie, personne et droit*, p.3.

CHABAS François, *Rapport sur le corps humain et les actes juridiques en droit français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1975, 225.

CHABAS F., *Remarques sur la responsabilité des médecins psychiatres et des cliniques psychiatriques en droit privé*, Gaz.Pal. 1980, p.486.

CHABAS F., *Loi sur les essais thérapeutiques*, La Revue du praticien médecine générale, 16 octobre 1989, n°72, p.115.

CHARAF ELDINE A., *Les prélèvements d'organes*, R.T.D.Soc. 1978, p.445.

CHENILLET Philippe et PRETOT Xavier, *Le secours médical d'urgence, éléments pour une clarification*, R.T.D.Soc. 1983, p.659.

CHEVALLIER Jean-Yves, *L'état de nécessité. Le rôle du Doyen P.Bouzat dans la reconnaissance de l'infraction nécessaiore en droit positif*, in Mélanges BOUZAT, 1980, p.119.

CHOPARD J.L. et COTTE L., *Les responsabilités encourues en cas d'incompétence de l'interne*, J.Méd.lég. 1991, p.273.

CLAVEL E., *La clause de conscience du médecin dans la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse*, J.C.P.1978-I-2915.

COOK R., *Dommages causés à la santé féminine par la circoncision pharaonique, (infibulation)*, R.I.C.P.T. 1978, vol.XXXI, p.268.

COSTE-FLORET P., *La greffe du coeur devant la morale et le droit*, R.S.C. 1969, p.789.

COTTE L., *Droit médical, éthique médicale et déontologie*, J.Méd.lég. 1989, p.131.

DAGOGNET François, *Une limite, une seule, aux sciences de la vie*, in *Sciences et philosophie pour quoi faire ?*, 1er forum Le Monde, Le Mans, Le Monde éditions, 1990, p.302.

DALCQ Roger-O., *A propos du consentement du malade*, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Pub. de l'Un. de Louvain 1982, p.289.

DAUSSET Jean, (Professeur, Prix Nobel), et RENE Louis, *Prélèvements d'organes en vue d'une greffe*, B.O.N.M.1988, n°4.

DAVID Georges, *La construction pratique d'une déontologie*, POUVOIRS 1991, n°56, *Bioéthique*, p.77.

DAYEZ Bruno, *L'avortement et la raison pénale*, R.I.E.J. 1990, n°24, p.61.

De BENOIST Alain, *Les mutilations sexuelles*, R.I.C.P.T. 1978, vol.XXXI, p.261.

De CORDOUE A et LHOSTE F., *Evaluation des médicaments en phase de prescription*, Conc.Méd. 1990, p.1417.

De DINECHIN Olivier Père s.j., *A propos des projets de lois sur la bioéthique*, La Documentation Catholique, 21 juin 1992, n°2052, p.581.

De GAUDART d'ALLAINES F., De VERNEJOUL R., LORTAT-JACOB J.L. et DAVID M., *Etude des conditions morales d'application des nouveaux procédés chirurgicaux*, in *1er Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1955, vol.1, p.125.

De GOUSTINE Patrick, *La détermination de la mort en droit positif*, R.T.D.Soc. 1990, p.595.

DEHAN Michel et BEAUFILS François, *Ethique et réanimation néo-natale*, in *Ethique et pédiatrie*, C.C.N.E., la documentation française 1992, p.61.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, Rép.pénal Dalloz, V° *Avortement*, août 1986.

DELMAS SAINT-HILAIRE Jean-Pierre, *La responsabilité médicale en matière de thérapeutique médicamenteuse face au droit pénal*, R.D.P.C. 1963-1964, p.503.

DELMAS SAINT-HILAIRE J.P., *Faits justificatifs*, J.-Cl. pénal art.327 à 329, fasc.1, 1978, fasc.2, 1989.

DELORME J., *La réforme de la transplantation d'organes et de tissus*, Conc.Méd.1992, p.2420.

DELORME J., *La réforme de la transplantation d'organes*, Conc.Méd.1992, p.3491.

DEMICHEL André, *Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique*, in *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY*, Dalloz 1992, p.705.

D.J.A., *Le refus de prélèvement du sang*, S.1961, chron., p.37.

DOLL Paul-Julien, *Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante aprés consolidation des blessures*, J.C.P.1970-I-2351.

DOLL P.J., *Le droit de disposer du cadavre à des fins thérapeutiques ou scientifiques*, R.S.C.1972, p.59.

DOLL P.J., *L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes humains*, Gaz.pal. 1974-2, p.820.

DOLL P.J., *Transplantation d'organes, rapport juridique*, R.D.H. 1974, *Les droits de l'homme devant la vie et la mort*, p.418.

DOLL P.J., note sous C.A.Paris, 18 janv. 1974, D.1974, p.196. (trans-sexualisme)

D'ONORIO Joël-Benoit, *Loi Veil : réflexions sur un premier bilan*, J.C.P.1986-I-3246.

D'ONORIO J.B., *Biologie, morale et droit*, J.C.P.1986-I-3261.

DORSNER-DOLIVET Annick, *La responsabilité du chirurgien : aspects actuels et perspectives d'avenir*, Gaz.pal. 1979, p.603.

DORSNER-DOLIVET A., *Avortement*, J.-Cl. pénal, art.317, févr. 1992.

DORSNER-DOLIVET A., *L'obligation d'information du chirurgien plasticien*, J.C.P.1993-II-21996.

DORSNER-DOLIVET A. et SCEMAMA A., *Médecine et information du malade*, Gaz.pal.1977, p.433.

DOUBLIER R., *Le consentement de la victime*, in *Quelques aspects de l'autonomie du Droit pénal*, Dalloz 1956, p.188.

DOUTRE M.S. Pr. et BEYLOT C. Pr., *Peau et psychisme*, Conc.Méd. 1992, p.3286

DREIFUSS-NETTER F., *Le désir d'enfant face au droit pénal*, R.S.C. 1986, p.275.

DUBOUIS Louis, *La loi du 27 juin 1990 assure-t-elle une protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux conforme au droit européen ?*, in *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY*, Dalloz 1992, p.727.

DUCASSE C., *L'état de nécessité dans la jurisprudence pénale*, Ann.Fac.Toulouse 1959, T.IV, p.123.

DUPRAT J., *Information et consentement éclairé du sujet dans le cas d'expérimentation de médicaments sur l'homme*, R.T.D.Soc. 1982, p.15.

ECK Marcel Dr., *Risque et responsabilités en face des thérapeutiques psychologiques*, in *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, textes recueillis par Marcel ECK, Fayard 1968, p.255.

FABRE Pascale, *Droit du mineur et médecine*, in *Droit de l'homme et médecine*, vol.2, Droit et éthique médicale, Masson, 1984, p.27.

FAGOT-LARGEAULT Anne, *Réflexions sur la notion de qualité de la vie*, Arch.phil.droit 1991, *Droit et science*, p.135.

FAURE Georges-Michel, *Transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes*, R.T.D.Soc. 1989, p.1.

FAURE P., *Absence de consentement éclairé et responsabilité médicale*, J.Méd.lég. 1992, p.117.

FOSSIER Thierry et HARRICHAUX Michèle, *La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical*, R.T.D.Soc. 1991, p.1.

FROGE E., *A propos de la mort, quelques aspects médico-légaux*,
in Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers,
Problèmes juridiques, médicaux et sociaux de la mort, Cujas 1972, p.13.

FROGE E., NIVET H., NOURY D., *Définition de l'état de mort cérébrale, législation des prélèvements et interprétation de la loi*,
in *Les prélèvements d'organes pour la transplantation*, Doin 1992, p.59.

GARCON Emile, *Droits et devoirs des médecins militaires et des blessés*,
Revue pénitentiaire et de droit pénal, bulletin de la société générale des prisons, 1916, chron. p.321.

GARRAUD Pierre et LABORDE-LACOSTE Marcel, *Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale*,
Revue générale du Droit de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger 1926, pp.129-153 et pp.193-252.

GAUDEMET Yves, *Les comités consultatifs de protection des personnes dans la recherche biomédicale (CCPPRB) - le bilan juridique*, J.C.P.1993-I-3563.

GAUDIN de LAGRANGE Emérentienne, *Les droits de l'enfant*,
in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD, Dalloz-Sirey 1985, p.175.

GAZAN Freddy, *Le traitement des délinquants sexuels : état de la question*, R.I.C.P.T. 1991, p.205.

GEORGEL Jacques, *Le droit au corps (cadaver)*,
R.D.H. 1974, *Les droits de l'homme devant la vie et la mort*, p.479.

GOBERT Michelle, *Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister*, J.C.P.1990-I-3475.

GOMBAULT A., *Absence de consentement et faute pénale en chirurgie esthétique*,
Conc.Méd. 1970, p.3000.

GOMBAULT A., *Face à l'urgence, l'abstention est plus dangereuse que l'action*,
Conc.Méd. 1978, p.4443.

GOMBAULT A., *L'enfant du témoin de Jéhovah*, Conc.Méd. 1980, p.5565.

GONZAGUE Pierre, *L'expérimentation humaine en Allemagne nazie de 1940 à 1945*,
C.Laën. 1952, n°2, *L'expérimentation humaine en médecine*, p.40.

GOSSET Jean, *A propos de l'éthique chirurgicale*, in *1er Congrès International de Morale Médicale*,
O.N.M. 1955, vol.2, p.60.

GOUAZE André, *Humanisme et formation médicale*, R.d.M., avril 1991, *La santé en questions*, p.72.

GRENIER Yvette, *La stérilisation volontaire, involontaire ou obligatoire*,
Rev.éth. 1992, n°5 *Sexe à problèmes*, p.41.

GRENOUILLEAU D., *Commentaire de la loi du 22 déc. 1976, sur les prélèvements d'organes*,
D. 1977, chron. p.213.

GROMB Sophie, *La recherche biomédicale sur l'être humain en droit français*, Gaz.pal. 14-16 juin 1992.

GROMB S., *Ethique médicale et problèmes juridiques*, J.Méd.lég. 1992, p.245.

GROMB S., *La législation des essais cliniques : mode d'emploi*, Méd&Dt 1993, n°1, p.8.

GROSEMANS Robert, *Considérations juridiques et déontologiques sur les stérilisations opératoires sur l'homme*, R.D.P.C. 1961-1962, n°42, p.875.

GROULT Benoite, *Un scandale dont personne ne veut parler : l'excision*, R.I.C.P.T. 1978, vol.XXXI, p.259.

GROUTEL H., *La protection des personnes qui se prêtent à des recherches bio-médicales*, Responsabilité civile et assurance 1989, éd° techniques, chron.p.1.

GSELL O., *Ethique et morale dans les traitements corporels en psychiatrie : thérapie électroconvulsive, psychochirurgie*, in ACTA VI^{ème} Congrès Mondial de Droit Médical, Jus Medicum 1984, T.1, p.299.

GUILLAUMAT L., *Certaines lésions oculaires légitiment-elles l'interruption de la grossesse ?*, in *1er Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1955, vol.2, p.131.

GUITTON J., *La responsabilité*, in *2ème Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, vol.1, p.11.

HAMBURGER Jean, *Note sur les conditions morales du séjour des malades en milieu hospitalier*, in *1er Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1955, vol.2, p.110.

HAMBURGER J., *Progrès de la médecine et responsabilités du médecin*, in *2ème Congrès International de Morale Médicale, O.N.M. 1966*, vol.1, p.289.

HAMBURGER J., *La révolution thérapeutique*, Le Monde 16 avril 1992, p.2.

HARRICHAUX Michèle et FOSSIER Thierry, *La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical*, R.T.D.Soc. 1991, p.1.

HARRICHAUX-RAMU Michèle, *Santé*, J.-Cl. Civil, art.1382-1386, fasc.440-1, (05-1984), 440-2, (11-1984), 440-3, (11-1984).

HARRICHAUX M., *L'obligation du médecin de respecter les données de la science*, J.C.P.1987-I-3306.

HEERS M., *Existe-t-il un droit à l'avortement ?*, R.T.D.Soc. 1991, n°1 p.172.

HEGER-GILBERT F. et GLORIEUX P., *La nécessité, un critère de l'acte médical*, in *1er Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1955, vol.2, p.74.

HENNAU-HUBLET Christiane, *Le droit pénal belge et les techniques biomédicales modernes*, R.D.P.C. 1988, p.751.

HENRIOT Jacques, *Note sur la date et le sens du mot «responsabilité»*, Arch.phil.droit 1977, T.22, *La responsabilité*, p.59.

HERMITTE Marie-Angèle, *Le corps hors du commerce, hors du marché*, Arch.phil.droit.1988, T.33, *La philosophie du droit, aujourd'hui*, p.327.

HERNANDEZ André, LERY Nicole, VEDRINNE Jacques, WEBER Daniel, *Le don du corps et la mort*, Rev.éth.1992-1993, n°6-7,*Vivre la mort médicalisée*, p.38.

HERVET E., *Transsexualisme. Actualité de problème médico-légal à propos de 12 dossiers*, Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine 1980, 164, p.528.

HERZOG J.B., *A propos du droit médical*,
in *1er Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1955, vol.2, p.333.

HEUSE G., *Les composants iatroniques de la qualité de la vie, de la naissance à la mort*,
in *ACTA VIème Congrès Mondial de Droit Médical*, Jus Medicum 1984, T.1, p.197.

HOUDART, *La loi Huriet n'est pas applicable en chirurgie*, La quotidien du médecin, 15 mars 1991.

HUANT E., *La responsabilité du médecin devant les possibilités actuelles de l'action biologique de l'homme sur l'homme*,
in *2ème Congrès International de Morale Médicale, O.N.M. 1966*, vol.2, p.272.

HUGUENEY Louis, *Omission de secours de la part d'un médecin*, chron. R.S.C.1948, p.743.

HUGUENEY L., *Omission de porter secours à un nouveau-né*, chron. R.S.C. 1949, p.79.

HUGUENEY L., *Relaxe d'un catcheur poursuivi pour coups et blessures volontaires sur la personne d'un spectateur*, chron. R.S.C.1956, p.325.

HUSSON Léon, *Les activités professionnelles et le droit*,
Arch.phil.droit 1953-1954, *Déontologie et discipline professionnelle*, p.1.

HUSSON R., *Refus de vaccination antitétanique*, Conc.Méd. 1982, p.4457.

JACK Andrée, *Les conventions relatives à la personne physique*,
Revue critique de législation et de jurisprudence 1933, p.362.

JACQUINOT Claude, *Sur les prélèvements d'organes*, Gaz.pal. 1979, doct. p.57 et p.248.

JACQUINOT C., *Le projet de loi sur l'utilisation des foetus humain*, Gaz.Pal. 1983, doct.p.140.

JACQUINOT C., *Illégalité de l'expérimentation sur l'embryon obtenue par fécondation in vitro*,
Gaz.pal.1986, doct. p.44.

JACQUINOT C., *La première loi relative à l'expérimentation humaine*, Gaz.pal. 1989, p.62.

JANSSENS E., *Les droits de l'homme et l'art de guérir*, R.D.P.C. 1981, p 431.

JANSSENS E., *Les droits de l'homme et l'art de guérir*, R.D.P.C. 1982, p 293.

JEANSON F., *La responsabilité des cliniques psychiatriques privées en France*,
in *ACTA VIème Congrès Mondial de Droit Médical*, Jus Medicum 1984, T.2, p.189.

JESTAZ Philippe, *Commentaire de la loi du 22 déc. 1976, sur les prélèvements d'organes*,
R.T.D.civ. 1977, p.198.

JIMENEZ DE ASUA Luis, *L'antijuridicité*, R.I.D.P.1951, p.273.

JUILLET Y., *Loi Huriet, mise en application et modifications récentes*,
La Revue du praticien médecine générale 1990, p.155.

KORNPROBST Louis, *L'étendue et les limites de la responsabilité médicale du point de vue juridique*,
in *2ème Congrès International de Morale Médicale, O.N.M. 1966*, vol.1, p.71.

KORNPROBST L., *Les droits de l'homme malade devant les nouveaux programmes thérapeutiques*,
R.D.H. 1974, *Les droits de l'homme devant la vie et la mort*, p.528.

KUHNMUNCH O., *Remarques sur les interdictions professionnelles résultant de condamnations pénales*, R.S.C.1961, p.1.

LABRUSSE-RIOU Catherine, *La vérité dans le droit des personnes*, in *L'homme, la nature et le droit*, Bourgeois 1988, p.167.

LABRUSSE-RIOU C., *L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne*, DROITS 1991, n°13, *Biologie, personne et droit*, p.19.

LABRUSSE-RIOU C., *Ombres et lumières des lois*, Rev.Autr.(série mutations) 1991, n°120, *Le défi bioéthique, la médecine entre l'espoir et la crainte*, p.133.

LABRUSSE-RIOU C., *La maîtrise du vivant : matière à procès*, POUVOIRS 1991, n°56 *Bioéthique*, p.87.

LABRUSSE-RIOU C., *La tentation biocratique*, in *Le corps*, textes présentés par Jean-Marie BROHM et autres, T.1, Belin éd° 1992, n°94, p.152.

LACHAUX Bernard, LIEVRE Michel et LEMOINE Patrick, *La recherche biomédicale : entre "on-dit" et non-dit*, La lettre du pharmacologue, mars 1993, vol.7, n°3, p.51.

LAGEY M. Dr., *Missions et pouvoirs de l'Ordre des médecins*, in *ACTA 1er Congrès Mondial de Droit Médical*, Jus Medicum 1969, p.275.

LAINGUI André, *La responsabilité des médecins, chirurgiens, apothicaires et sages-femmes*, in *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, L.G.D.J. 1970, p.56.

LAINGUI André et ILLES Jean, *La responsabilité du médecin dans l'Ancien Droit*, Ann.Fac.Rennes 1981, p.1.

LAVAT Jean Dr., *Les kéroplasties ou greffes de cornées*, C.Laën. 1956, n°1, p.1.

LECLERC Henri, *Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels en France*, R.S.C. 1992, p.15.

Le CLERE Marcel, *Les autopsies et le respect des droits de la personne humaine*, D.1964, chron., p.167.

LEGAL A., *L'état de nécessité, un fait justificatif qui n'ose pas dire son nom*, R.S.C. 1969, p.864.

LEGROS R., *L'influence des lois particulières sur le droit pénal général*, R.S.C.1968, p.233.

LEMENNICIER Bertrand, *Le corps humain : propriété de l'Etat ou propriété de soi ?*, DROITS 1991, n°13, *Biologie, personne et droit*, p.111.

LENOIR G. Pr., *Le consentement éclairé en pédiatrie*, Conc.Méd. 1987, *Ethique hospitalière*, p.3049.

LEPOINTE Eric, *Le «diagnostic» judiciaire des faits justificatifs*, R.S.C. 1969, p.547.

LEPOINTE Eric, *De l'impunité à la non-punissabilité. A propos d'une tentative de destruction de la théorie des faits justificatifs*, D.1978, chron. p.225.

LERY Nicole, *La mort : quelle réalité médicale ?*, Rev.éth. 1992-1993, n°6-7 *Vivre la mort médicalisée*, p.10.

LESOUDIER, *De l'obligation légale pour l'ouvrier victime d'un accident du travail de se soumettre au traitement prescit par le médecin*, R.T.D.civ. 1904, p.285.

LEVASSEUR G., *La protection de la personnalité en droit pénal français*,
in Travaux de l'Association Henri CAPITANT, journées de Madrid, T.XIII, 1959-1960, p.186.

LEVASSEUR G., *La responsabilité pénale du médecin*,
in *2ème Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, vol.1, p.47.

LEVASSEUR G., *La responsabilité pénale du médecin*,
in *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, textes recueilles par Marcel ECK,
Fayard 1969, p.133.

LEVASSEUR G., *Suicide - mode d'emploi*, R.S.C. 1987, p.202.

LEVY D., *Dire ou ne pas dire la vérité au malade*, Conc.Méd.1984, p.1679.

LICOT Jean, *Les mutilations volontaires en droit pénal militaire*, R.D.P.C. 1990, p.207.

LINOSSIER Lucien, *Le transsexualisme: esquisse pour un profil culturel et juridique*,
D. 1981, chron p.139.

LOFTUS E.F., *Le consentement éclairé peut-il être dangereux pour la santé ?*, Conc.Méd. 1979, p.6679.

LOMBOIS Claude, *La position française sur le transsexualisme*
devant la Cour européenne des droits de l'homme, D.1992, chron. p.323.

LOUVEL Bertrand, *Les données juridiques actuelles de la vie humaine jusqu'à la naissance*,
Gaz.pal.1984, doct.p.4.

LOUVET J., *Considérations sur une proposition de loi extensive de l'avortement thérapeutique*,
Gaz.pal.1971, doct. p.100.

LUCE E.-P., *Le régime juridique des autopsies et des prélèvements «post mortem»*, J.C.P.1964-I-1827.

MAILLARD Jean-Noel, *Dire la vérité ?*, R.d.M., avril 1991, *La santé en questions*, p.155.

MALLET Alain et MONIER Jean-Claude, *Du droit des mineurs aux droits de l'enfant*,
Revue Esprit, mars-avril 1992, p.31.

MARTY Gabriel, *Illicéité et responsabilité*, in *Etudes juridiques offertes à Léon JULLIOT de la MORANDIERE*,
Dalloz 1964, p.339.

MASSIP Jacques, *Le transsexualisme...encore*, L.p.aff., 28 mai 1993, n°64, p.13.

MATTEI Jean-François, *L'éthique biomédicale*, Revue Tout prévoir, n°238, janv. 1993, p.18.

MATHIEU Bertrand, *La difficile appréhension de la bioéthique par le droit constitutionnel*,
L.p.aff., 11 juin 1993, n°70, p.4.

MAZEAUD Henri, *Le droit de la famille face aux progrès de la science médicale*,
in *Mélanges Michel de JUGLART*, L.G.D.J.-Montchrestien-éd° techniques, 1984, p.45.

MELENNEC Louis, SICARD Jean et TORTAT Raymond, *Le médecin et l'abstention délictueuse*,
Gaz.pal.1977, 1, doct..p.66.

MEMETAU Gérard, *Les raisins verts*,
(proposition de loi de M.CAILLAVET sur le refus de prolonger artificiellement sa vie),
R.T.D.Soc. 1978, p.303.

MEMETEAU G., *Le refus de soins à enfant conçu,* R.T.D.Soc. 1979, p.317.

MEMETEAU G., *Méthode pour une approche du droit médical,* R.T.D.Soc., 1981, p.1.

MEMETEAU G., *Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé,* R.T.D.Soc. 1983, p.525.

MEMETEAU G., *De quelques droits sur l'homme : commentaire de la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales,* D.1990, chron. p.165.

MEMETEAU G., *Droit médical et déontologie : suggestions prudentes en faveur d'un rapprochement,* in *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY,* Dalloz 1992, p.747.

MERGER R., *Problèmes juridiques de la stérilisation féminine en fonction de ses aspects médicaux et sociaux,* J.C.P.1963-I-1770.

MICHAUD Jean, *La mort cérébrale. Le point de vue du juriste,* in *La transplantation d'organes,* J.E.P.U. Arnette, 1989, p.47.

MICHAUD Jean, PIERSON Michel, THOUVENIN Dominique, *Richesse et complexité d'une loi, loi du 20/12/1988,* R.F.A.S., 1991, n°1, p.13.

MOLINARI Patrick A., *La prestation de soins de santé et le respect des droits fondamentaux : esquisse d'une problématique,* in *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY,* Dalloz 1992, p.771.

MONZEIN Paul Dr., *La responsabilité pénale du médecin,* R.S.C. 1971, p.862.

NAST, *La nature juridique de la responsabilité des médecins et chirurgiens à raison de leurs fautes médicales,* J.C.P.1941-I-203.

NAU Jean-Yves, *La mort violée,* Le Monde 17/18 mai 1992.

NERSON Roger, *Les progrès scientifiques et l'évolution du Droit familial,* in *Etudes RIPERT,* L.G.D.J. 1950, p.403.

NERSON R., *De la protection de la personnalité en droit privé français,* in Travaux de l'Association Henri CAPITANT, journées de Madrid, T.XIII, 1959-1960, p.60.

NERSON R. *L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil,* R.T.D.civ. 1970, p.661.

NERSON R., *Le respect par le médecin de la volonté du malade,* in *Mélanges Gabriel MARTY,* Toulouse 1978, p.853.

NICOLLE Jean-Marie, *L'éthique médicale et l'expérimentation sur le corps humain depuis Claude Bernard,* in *Le corps,* C.P.H.E.C., éditions Bréal, 1992, p.45.

NICOLLE Michel, *Propositions pour une réforme des Conseils régionaux de l'ordre des médecins,* J.C.P.1991-I-3523.

NICOURT Bernard et THIERRY Michel, *Réflexions sur les «souffrances endurées»,* Gaz.pal. 1981, doct.p.480.

OLLIER A., *La responsabilité pénale des internes,* J.Méd.lég. 1991, p.251.

PEDROT Philippe, *Le statut juridique de l'embryon et du foetus humain en droit comparé,* J.C.P.1991-I-3483.

PELISSIER J., *Faits justificatifs et action civile*, D.1963, chron.p.121.

PENNEAU Jean, J.Cl.Pénal annexes, V° *Médecine*,
fasc.1, (9-1990), fasc.2, (9-1990), fasc.3, (9-1991), fasc.4, (3-1983).

PEQUIGNOT Henri Dr., *Les expérimentateurs inconscients et irresponsables*,
C.Laën. 1952, n°1, *l'expérimentation humaine en médecine*, p.53.

PERREAU E.H. Eléments de jurisprudence médicale. *Des droits de la personnalité*,
R.T.D.civ. 1909, p.501.

PETIT Jacqueline, *L'ambiguité du droit face au syndrome transsexuel*, R.T.D.civ. 1976, p.263.

PORTES Louis, *Le Serment d'Hippocrate*, C.Laën. 1951, n°4.

PORTNOI P., *A propos de la définition légale de la mort"*, Gaz.pal.1988, doct., p.300.

PRADEL Jean, *Sur la «bonne mort»*, in *Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, «problèmes juridiques, médicaux et sociaux de la mort»*, Cujas 1972, p.47.

PUISOYE Jacques, *Le pouvoir disciplinaire des ordres professionnels*, S.1963, chron.p.35.

QUEREUX C., *A propos d'une amputation du membre inférieur après tentative d'I.V.G.*,
J.Méd.lég 1992, p.95.

RASSAT Michèle-Laure, *Le statut juridique du placenta humain*, J.C.P.1976-I-2777.

RASSAT M.L., *Sexe, médecine et droit*, in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*,
Dalloz-Sirey 1985, p.651.

RASSAT M.L., *La révélation médicale*, D.1989, chron. p.107.

RASSAT M.L., *L'avortement dans les droits français et canadiens*,
in *Mélanges Dominique HOLLEAUX*, Litec 1990, p.369.

RAYMONDIS L.M., *Problème juridique d'une définition de la mort*, R.T.D.civ. 1969, p.29.

RENE Louis Dr., *Risque et responsabilité en chirurgie*,
in *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, textes recueillis par Marcel ECK,
Fayard 1968, p.211.

RENE L., *Réflexions sur l'éthique, la morale et la déontologie*, J.Méd.lég. 1989, p.127.

RENE L., *Le point de vue de l'Ordre*, in *La transplantation d'organes*, J.E.P.U. Arnette 1989, p.41.

RENE L., *Et l'Ordre dans tout cela*, Rev.Autr. (série mutations) 1991, n°120,
Le défi bioéthique, la médecine entre l'espoir et la crainte, p.80.

RIBEIRO L., *Le droit de guérir*, in *1er Congrès International de Morale Médicale*,
O.N.M. 1955, vol.2, p.194.

ROBERT J., *La contrainte physique et le droit*,
in *Droits de l'homme et contrainte de la personne*, Actae medicinae legalis et socialis vol.XXX,
Masson 1980, p.79.

ROBERT Jacques-Henri, *Les techniques bio-médicales en face du droit pénal*,
Arch.phil.droit, 1991 T.36, *Droit et sciences*, p.71.

ROBERT Jacques, *Le juge administratif et la bioéthique*, in *Mélanges Chapuis*, 1992, p.571.

RODAT O., NICOLAS G., *Des actes médicaux inutiles et de la responsabilité médicale*, in J.Méd.lég. 1991, p.193.

ROUGE D., COSTAGLIOLA M. et ARBUS L., *Responsabilité du fait de la mise en place d'implants corporels*, J.Méd.lég. 1991, p.91.

ROUJOU de BOUBEE Gabriel, *L'interruption volontaire de la grossesse, commentaire de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975*, D.1975, chron. p.209.

ROUJOU de BOUBEE G., *Essai d'une théorie générale de la justification*, in Ann.Fac.Toulouse, T.XXX, 1982, p.11.

ROUX Dominique, *Castration*, J.-Cl. Pénal, art.316, août 1983.

ROUZIOUX Jean-Marc, *Aspects juridiques et éthiques de l'expérimentation clinique de nouveaux médicaments*, J.Méd.lég. 1983, p.479.

ROUZIOUX J-M, *Aspects juridiques et éthiques de l'expérimentation clinique des nouveaux médicaments*, in *Droit de l'homme et médecine*, vol.2, Droit et éthique médicale, Masson 1984, p.103.

ROYER J. et BITTARD M., *Transplantation d'organes*, R.D.H. 1974, *Les droits de l'homme devant la vie et la mort*, p.399.

ROYER Pierre, *Base médicales de l'éthique en pédiatrie*, in *Ethique et pédiatrie*, C.C.N.E., la documentation française, 1992, p.29.

ROYER P., *Les transplantations d'organes chez l'enfant*, in *Ethique et pédiatrie*, C.C.N.E., la documentation française, 1992, p.93.

SABATINI J., *De l'intégrité du médecin à celle du malade*, J.Méd.lég. 1989, p.155.

SAINT-ALARY Roger, *Les droits de l'homme sur son corps*, in Ann.Fac.Toulouse 1958, T.VI,, p.67.

SALVAGE Phillippe, *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, R.T.D.civ. 1976, p.724.

SALVAGE P., *Le consentement en droit pénal*, R.S.C.1991, p.699.

SAVATIER Jean, *Défense et illustration du droit médical*, Arch.phil.droit 1953-1954, *Déontologie et discipline professionnelle*, p.123.

SAVATIER J., *Et in hora mortis nostrae*, D.1968, chron., p.89.

SAVATIER J., *Les prélèvements d'organes après décès*, in Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, *Problèmes juridiques, médicaux et sociaux de la mort*, Cujas 1972, p.19.

SAVATIER J., *L'homme mis en pièces et les droits de l'homme, définition de la mort*, R.D.H. 1974, *Les droits de l'homme devant la vie et la mort*, p.387.

SAVATIER René, *Nature de la responsabilité médicale*, Gaz.Pal. 1939, p. 23.

SAVATIER R., *Les responsabilités médicales*, Conc.Méd.1951, p.1307.

SAVATIER R., *Impérialisme médical sur le terrain du droit .Le «permis d'opérer» et les pratiques américaines*, D.1952, p.157.

SAVATIER René, *L'origine et le développement du droit des professions libérales*, Arch.phil.droit 1953-1954, *Déontologie et discipline professionnelle*, p.45.

SAVATIER R., *De sanguine jus*, D.1954, chron., p.141.

SAVATIER R., *Enquête sur les conditions d'exercice de la médecine : Droit médical comparé*, in *1er Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1955, vol.1, p.198.

SAVATIER R., *Le mensonge médical*, note sous Cass.civ. 28 déc. 1954, D.1955, p.249.

SAVATIER R., *Au confluent de deux humanismes: entente et mésentente entre médecins et juristes*, Conc.Méd. 1956, p.61.

SAVATIER R., *Problèmes juridiques*, C.Laën. 1956, n°1, *La greffe humaine*, p.21.

SAVATIER R., *Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine*, D.1958, chron. p.95.

SAVATIER R., *Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains*, J.C.P 1969-I-2247.

SEVERIN E., *La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse : aspects juridiques et sociologiques*, R.T.D.Soc. 1980, p.292.

SIMON Jules, *Le consentement de la victime justifie-t-il les lésions corporelles ?*, R.D.P.C. mai 1933, p.457.

SORGUES M., *Application du droit à la médecine*, in *Droit de l'homme et médecine*, vol.2, Droit et éthique médicale, Masson 1984, p.133.

SOUPAULT R. Dr., *La responsabilité de la formation et de la contention spirituelle du médecin*, in *2ème Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, vol.2, p.181.

SOUTOUL Jean-Henri, *Le risque médico-légal croissant dans la pratique «légalisée» de l'interruption volontaire de grossesse en France*, in *ACTA VIème Congrès Mondial de Droit Médical*, Jus Medicum 1984, T.1, p.229.

SOUTOUL J.H., *Le délit de non-assistance à personne en danger : une épée de Damoclès permanente pour le médecin !* , Méd&Dt 1993, n°1, p.16.

SOUTOUL J.H., *Analgésie péridurale obstétricale : quelles précautions ?*, Méd&Dt 1993, n°1, p.20.

SOUTOUL J.H., TOUZE M. et FROGE E., *Le Médecin et le Juge Français face aux transsexuels en 1986. Le point sur la jurisprudence française et étrangère*, J.Gynécol.Obstet.Biol.Repr., 1986, 15, 873-855 et 1009-1020.

TAGUIEFF Pierre-André, *Sur l'eugénisme : du fantasme au débat*, POUVOIRS 1991, n°56 *Bioéthique*, p.23.

TAHON René, *Le consentement de la victime*, R.D.P.C. 1950-1951, n°31, p.323.

TEMPE J.D. Pr., *Le consentement éclairé en réanimation*, Conc.Méd. 1987, p.3055.

TERQUEM Jean, *Les problèmes éthiques, le travail législatif*, R.F.A.S. 1991, n°1, p.5.

TESSON P.(S.J.), *Réflexions morales*, C.Laën. 1952, *L'expérimentation humaine en médecine*, vol.2, p.27.

TESSON P.(S.J.), *Greffe humaine et morale*, C.Laën. 1956, *La greffe humaine*, p.30.

TESTART Jacques, *A la recherche du cobaye idéal*,
in *L'Homme en danger de science*, Le Monde diplomatique, Mai 1992, p.82.

TEXIER A., *La suspension temporaire du droit d'exercer applicable aux médecins*,
R.T.D.Soc. 1979, p.159.

THERY René, *La condition juridique de l'embryon et du foetus*, D.1982, chron., p.31.

THOUVENIN Dominique, *Le transsexualisme une question d'état méconnue*, R.T.D.Soc. 1979, p.291.

THOUVENIN D., *Ethique et droit en matière biomédicale*, D.1985, chron. p.21.

THOUVENIN D., *La disponibilité du corps humain : corps sujet ou corps objet ?*,
ACTES 1985, n°49-50, p.35.

THOUVENIN D., *La loi du 20 décembre 1988 : loi visant à protéger les individus
ou loi organisant les expérimentations sur l'homme ?* A.L.D. 1989, p.89.

THOUVENIN D., *De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle*, D.1991, chron. p.221.

TOUZALIN Hubert de, *Le refus de consentement à un traitement
par les parents d'un enfant mineur en danger de mort*, J.C.P.1974-I-2672.

TROUSSE Paul-Emile, *Le mobile justificatif*, R.D.P.C. 1962-1963, p.418.

TUNC André, *La responsabilité civile du médecin*,
in *2ème Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, vol.1, p.23.

VASMANT D., *La recherche clinique : quand et comment en parler ?*,
La lettre du pharmacologue, juin 1993, p.154.

VEDRINNE J., *Du corps, lieu d'oppression à la contrainte de la personne*,
in *Droits de l'homme et contrainte de la personne*, Actae medicinae legalis et socialis vol.XXX,
Masson, 1980, p.11.

VEDRINNE J. et ELCHARDUS J.M., *Evolution des réponses médico-juridiques à la question
du transsexualisme*, in *Droit de l'homme et médecine*, vol.2,
Droit et éthique médicale, Masson 1984, p.151.

VEIGA de CARVALHO H., *La définition de la santé et ses aspects moraux*,
in *2ème Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, vol.2, p.264.

VERHAEGEN J., *L'humainement innacceptable en droit de la justification*,
in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs* , Pub. de l'Un. de Louvain 1982, p.137.

VERSPIEREN Patrick, *Peut-on refuser simultanément l'acharnement thérapeutique et l'euthanasie ?*,
Rev.éth. 1992-1993, n°6-7, *Vivre la mort médicalisée*, p.25.

VERVAECK Louis, *Le problème de la stérilisation eugénique en Suède et la stérilisation des déficients*,
R.D.P.C. 1924, p.894.

VERVAECK L., *La stérilisation des anormaux et criminels dangereux*,
R.D.P.C. 1926, pp.449-476 et 545-569.

VERVAECK L., *Les lois de stérilisation eugénique*, R.D.P.C. 1935, p.761.

VIALA G. et VIANDIER A., *La loi du 20 décembre 1988*, Gaz.pal.1989, p.493.

VIDAL J. et CARLOTTI J.P., *Le consentement du malade à l'acte médical*, in *1er Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1955, vol.1, p.75.

VIDAL J., *L'étendue et les limites de la responsabilité médicale du point de vue juridique*, in *2ème Congrès International de Morale Médicale*, O.N.M. 1966, vol.1, p.175.

VILLEY Michel, *Esquisse historique sur le mot responsable*, Arch.phil.droit 1977, *La responsabilité*, p.45.

VILLEY R., *Déontologie des essais thérapeutiques*, B.O.N.M. octobre 1979, n°5, p.205.

VITU André, *De l'illicéité en droit criminel français*, Rapport aux 2èmes journées franco-helléniques, Nancy 1984, p.127.

VOUIN R., *Le médecin devant l'article 63 du Code pénal*, R.S.C. 1957, p.353.

VOUIN Robert, *L'avortement voulu*, D.1976, chron.p.1.

WEIL-CURIEL Linda, *L'excision... en France*, ACTES 1985, n°49-50, p.67.

WIDLOCHER D. Pr., *Le consentement éclairé*, Conc.Méd. 1987, p.3043.

WIEDERKEHR G., *Le «Vir» devant l'avortement*, R.D.H. 1974, *Les droits de l'homme devant la vie et la mort*, p.573.

WYNEN A. Dr., *La conscience et la responsabilité du médecin*, in *ACTA 1er Congrès Mondial de Droit Médical*, Jus Medicum 1969, p.221.

5.- Notes, observations, conclusions

AUBY J.M. note ss C.E. 18 mars 1983, J.C.P.1983-II-20111 (prélèvement d'organe sur le mineur).

BISWANG note ss T.corr. Fort-de-France 22 sept. 1967, J.C.P.1968-II-15583 (violation de sépulture).

BRETON, note ss Cass.civ. 20 mai 1936, Dr.Nicolas c. époux Mercier, S.1937-1-321 (responsabilité contractuelle).

CARBONNIER Jean, note ss T.civ. LILLE, 18 mars 1947, D.1947, 507 (principe d'inviolabilité).

CHABAS François, note ss C.A.Lyon 8 janv. 1981, J.C.P. 1981-II-19699 (consentememt, chirurgie esthétique).

CHABAS François, note ssT.G.I. Paris, 13 mai 1981, J.C.P. 1982-2-19887 (refus de soins).

CHABAS François, note ss Cass.civ. 7 oct. 1992, J.C.P.1993-II-22071 (preuve du non-consentement).

COSTE, note ss C.A. Douai 10 juill. 1946, J.C.P.1947-2-3374 (exigence du consentement).

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, note sous C.E. 31 oct. 1980, J.C.P. 1982-II-19732 (avortement).

DENISSE, note ss C.A. Paris 22 janv. 1913, D.1913, p.73 (chirurgie esthétique).

DESBOIS Henri, note ss Trib.civ. Seine 16 mai 1935, D.P.1936,II, p.11 (critère de proportionnalité).

DONTENWILLE, concl. ss Cass.Ass.Plén. 6 mars 1992, D.1992 p.305.

DORSNER-DOLIVET Annick, note ss T.G.I. Nîmes, 10 juin 1980, et Cass.civ. 9 mai 1983, J.C.P. 1984-I-20262.

DORSNER-DOLIVET A., note ss C.A. Nancy, ch. des mineurs 3 déc. 1983, Gaz.pal. 1984, p.135 (refus de traitement).

DORSNER-DOLIVET A., note ss Cass.civ. 27 oct. 1982, J.C.P. 1984-II-20201 (consentement implicite).

DORSNER-DOLIVET A., *Poursuites disciplinaires contre les médecins chargés d'un service public : à qui revient l'initiative ?*, note ss T.A. Strasbourg 29 juill. 1986, La Presse Médicale, 10 oct. 1987, 16, n°33, pp.1612-1613.

DORSNER-DOLIVET A., note ss Cass.civ. 14 janv. 1992, J.C.P. 1993-II-21996 (consentement non éclairé).

DOUCET J.P., note ss Cass.crim.2 avril 1992, Gaz.pal. 23-24 oct. 1992, p.8 (avortement).

DUBOUIS Louis, note ss C.E. 18 mars 1983, R.T.D.soc. 1984, n°2.

DUBOUIS L., obs. ss C.E. 15 mars 1989, R.T.D.Soc. 1989, p.429.

DUPIN, Proc., concl. ss Cass.req. 18 juin 1835, S.1835-1, p.406 à 408 (responsabilité médicale).

FORT-CARDON Elisabeth, note ss C.E. 17 févr. 1988, époux Camara, J.C.P. 1990-II-21421 (prélèvement d'organes).

FLIPO Françoise, Avocat général, concl. ss Cass.civ. 21 mai 1990, J.C.P. 1990-II-21588 (transsexualisme).

GOLLETY, note ss C.A. Paris 30 avril 1957, D.1957, p.550 (affaire de la Xylomucine).

GOLLETY, note ss T.corr. Seine, 19 déc. 1957, D.1958, p.257 (affaire du Stalinon).

GRANIER Joseph, Avocat général, obs. ss Cass.crim. 9 nov. 1955, J.C.P. 1956-I-9249 (avortement).

GRANJON, concl. sous C.A.Paris, 18 janv. 1974, D.1974, p.196 (transsexualisme).

HEERS Mireille, concl. ss T.A. Strasbourg 14 juin 1990, R.T.D.soc. 1991, pp.70-71.

HUET-WEILLER, obs. ss Cass.civ. 24 févr. 1987, D.1987, somm.313 (examen de sang, filiation).

JOSSERAND, rapp. ss Cass.civ. 20 mai 1936, Dr.Nicolas c. époux Mercier, D.P.1936-1-88 (responsabilité contractuelle).

LABBEE Xavier, note sous Douai 2 juin 1987, J.C.P.1989-II-21250 (avortement-foetus).

LAGRANGE, Com.gouv., concl. ss C.E. 2 avril 1943, S.1944-3-1. (droit disciplinaire).

LEGAL obs. ss Cass.crim.16 févr. 1967, R.S.C.1967, 854 (caractère volontaire de la légitime défense).

LEONNET, note ss Cass.Ass.Plén. 6 mars 1992, Dr.pén. juin 1992, n°156, p.10 (médicament).

LEPOITTEVIN, note ss Cass.crim. 19 nov. 1912, D.P. 1913,1,353 (prostitution).

Le TOURNEAU Philippe, note sous T.G.I. Bobigny 15 déc. 1976, D.1977, p.248 (avortement).

LEVASSEUR.Georges, note ss Cass.crim. 3 janv. 1973, D.1974, 591(refus de soins agressif).

LEVASSEUR G., obs. ss Cass.crim. 9 févr. 1989, R.S.C. 1989, n°4
(indemnisation de la famille de la victime).

LEVASSEUR G., obs. ss Cass.crim. 28 nov. 1991, R.S.C. 1992, 751
(caractère volontaire de la légitime défense).

MARON Albert, note ss Cass.crim. 3 mars 1993, Dr.pén. 1993, n°173
(réparation des conséquences de l'infraction).

MASSIP J., note ss Cass.civ. 28 avril 1986, D.1986, p.484 (examen sang, filiation).

MATTER, concl. ss Cass.civ. 20 mai 1936, Dr.Nicolas c. époux Mercier, D.P.1936-1-88
(responsabilité contractuelle).

MAZEAUD, obs. ss C.A. Paris 13 janv. 1959, R.T.D.civ. 1959, 322 (proportionnalité et esthétique).

MEMETEAU Gérard, note ss C.E. 29 janv. 1988, J.C.P.1989-II-21222.(stérilisation).

MEMETEAU G., note ss C.A. Aix-en-Provence 23 avril 1990, J.C.P. 1991-II-21720,
rejet Cass.crim., 30 mai 1991, D.1991 IR.197, (transsexualisme).

MERIEUX Maître, plaidoierie ss Cass.Req. 18 juin 1835, S.1835-1-403-404
(responsabilité contractuelle).

MIMIN, note sous Cass.civ. 2 août 1950, D.1951, p.581 (expérimentation).

NERSON Roger, note ss T.corr. Domfront 21 déc. 1945, S.1947-2-65 (violation de sépulture).

PENNEAU Jean, note ss T.G.I. Nîmes, 10 juin 1980, et Cass.civ. 9 mai 1983, D.1984, p.121
(avortement, stérilisation).

PENNEAU J., note ss C.A. Agen 2 févr. 1983, J.C.P.1984-II-20133.(transsexualisme).

PENNEAU J., obs. ss.C.E. 12 févr. 1988, D. 1989, somm.57.

PENNEAU J., obs. ss.C.E. 25 févr. 1991, D.1993, somm.24.

PENNEAU J., note ss C.A. Paris 12 févr. 1992, D.1993, somm. Droit médical, 28 janv. 1993, p.27
(circoncision mutilante).

PERREAU, note ss Cass.civ. 29 nov. 1920, Gaz.pal. 1921, p.103 (chirurgie esthétique).

PERREAU, note ss C.A. Paris 12 mai 1931, S.1931, p.129 (chirurgie esthétique).

PERROT R., note ss Cass.civ. 29 mai 1951, J.C.P. 1951-II-6421 (preuve du non-consentement).

RASSAT Michèle-Laure, note ss Cass.crim. 11 juin 1992, D. 1993 p.117 (viol entre époux).

RAYMOND Guy, note sous C.A. Nancy ch. des mineurs 3 déc. 1982, J.C.P. 1983-II-20081.

RAYNAUD P., note sous T.enfant Evry, 8 nov. 1982, D. 1983, p.218.

ROUAST A., note ss Cass.civ. 2 avril 1968, D.1968, 705 (examen sang, filiation).

ROUJOU de BOUBEE Gabriel, note ss T.G.I. Aix-en-Provence, 10 mars 1977, D.1978, p.18 (avortement).

SAVATIER Jean, note ss C.A. Aix, 12 janv. 1954, J.C.P.1954-I-8040 (faute d'imprudence, oubli d'ume pince).

SAVATIER René, note ss Cass.civ. 28 déc. 1954, D.1955, 249 (résultats de laboratoire falsifiés).

SAVATIER R., note ss C.A.Paris 13 janv. 1959, J.C.P.1959-II-11142 (critère de proportionnalité).

SAVATIER R., note ss C.A.Paris 23 nov. 1959, J.C.P. 1960-II-11460.

SAVATIER R., Cass.civ. 2 févr. 1960, D. 1960, p.500 (faute d'imprudence).

SAVATIER R., note ss Cass.crim. 9 nov. 1961, J.C.P. 1962-II-12777 (intérêt médical).

SAVATIER R., note ss C.A. Rouen 17 déc. 1970, D.1970 p.152 (découverte d'ume nouvelle tumeur au cours d'une opération).

SAVATIER R., note ss Cass.crim. 9 juin 1977, J.C.P.1978-II-18839 (faute d'imprudence, accouchement accéléré).

THERON.Jean-Pierre, obs. ss C.E. 4 oct. 1991, Milhaud, 2 esp., A.J.D.A. 20 mars 1992, pp.233-236.

THIRIEZ Frédéric, *L'indemnisation du risque thérapeutique*, note sous C.E. 9 avril 1993, L.p.aff. 19 mai 1993, n°60, p.15.

TORTAT, note ss Cass.crim. 1er juill. 1937, S.1938-1-193 note , J.C.P. 1937, II, 440 (stérilisation).

TUNC André, note sous T.corr. Orléans 29 nov. 1950, D. 1951, p.246 (guérisseur - exercice illégal médecine - omission de porter secours).

TUNC A., note ss C.A. Paris 20 juin 1960, R.T.D. civ.1960, p.646 (chirurgie esthétique).

TUNC A., obs. ss Cass.civ. 9 juill. 1963, R.T.D.civ.1964, p.309.

VERON Michel, note ss Cass.crim.3 oct. 1991, Dr.pén. 1992, n°57 (élément intentionnel des coups et blessures volontaires).

VERON M., note ss Cass.crim.6 nov. 1991, Dr.pén. 1992, n°90 (violences policières légitimes).

VERON M., note ss Cass.crim.19 déc. 1991, Dr.pén. 1992, n°171 (élément intentionnel des coups et blessures volontaires).

VERON M., note ss Cass.crim. 11 juin 1992, Dr.pén. 1993, n°227 (viol entre époux).

VERON M., note ss Cass.crim. 8 déc. 1992, Dr.pén. 1993, n°128 (élément intentionnel des coups et blessures volontaires).

VITU André, obs. ss C.A. Paris 5 juin 1985, R.S.C 1987, 865 (caractère volontaire de la légitime défense).

ZAKI Magdi Sami, note ss T.corr. Rouen 9 juill. 1975, Gaz.pal. 1975, p.798 (avortement).

Table des matières

Introduction p.1

1ère Partie : La Permission légale implicite 31

Titre 1: Les personnes 33

Chapitre 1 : L'autorisation donnée au médecin d'intervenir sur le corps humain 34

Section 1 : La reconnaissance officielle de la compétence et la permission d'exercer . . 34

§1) La condition de détention d'un diplôme : le contrôle initial de la compétence par l'Université 35
A) La délivrance du diplôme : une délégation de pouvoir à l'Université . . . 35
1°) La mission de l'Université : former les futurs médecins 36
a) La formation théorique 36
b) La formation pratique 37
c) La justification pénale de l'activité de l'étudiant en médecine-stagiaire . 38
2°) L'obtention du diplôme 40
a) Le diplôme : un permis à validité permanente 40
b) La reconnaissance des diplômes étrangers 41
B) Le poids du diplôme 42
1°) Le monopole officiel d'exercice individuel de la médecine 42
2°) L'omnivalence du diplôme 43
a) L'omnivalence : rejet de l'omnicompétence 44
b) La spécialisation : un super-diplôme qui tait son nom 46
α) La reconnaissance des spécialisations 46
β) La prise en compte judiciaire de la spécialisation 47
3°) La responsabilité renforcée du spécialiste 48
a) La comparaison des fautes du spécialiste et du généraliste . . . 48
b) Plaidoyer pour un "super-diplôme" 49

§2) La condition d'inscription à l'Ordre : le contrôle permanent de l'appartenance au corps médical officiel 49
A) L'inscription au tableau : une autorisation d'exercer 51
1°) Les conditions d'inscription 52
a) Les conditions de diplôme, de nationalité et de langue française . . 52
b) Les conditions d'indépendance et de moralité 53
c) La condition de la capacité physique d'exercer 54
d) L'enregistrement du diplôme 55
2°) Inscription et délit d'exercice illégal de la profession 56
B) L'éviction : le retrait de l'autorisation d'exercice licite de la médecine . . . 58
1°) L'interdiction : sanction pénale 58
2°) La radiation : sanction disciplinaire 59

Section 2 : Le contrôle déontologique de l'activité du médecin 61

§1) L'appartenance au corps médical est subordonnée au respect des règles déontologiques 62

A) Le Code de déontologie : un code de bonne conduite de l'activité médicale . . 64
1°) Les obligations vis à vis de la société : le médecin est un scientifique digne de confiance 64
2°) Les obligations vis-à-vis des autres médecins : un confrère respectueux d'une concurrence loyale 65
B) Le Code de déontologie : un code de bonne conduite vis-à-vis des soignés . . 66
1°) La déontologie : déclaration de devoirs qui reflète les valeurs fondamentales de la médecine à l'égard de la personne humaine 66
a) Le devoir de lutter pour la vie 66
b) Le devoir de préserver la santé 67
c) Le devoir de respecter la dignité humaine 67
d) Le devoir de protection des faibles 68
2°) La déontologie : reconnaissance de devoirs à l'égard de chaque soigné . . 68
a) Le devoir de respecter la liberté du soigné 68
b) Le devoir de sincérité à l'égard du soigné 69
c) Le devoir d'assurer la continuité des soins 69
§2) Les sanctions des manquements aux obligations déontologiques : la possibilité de retrait de la justification pénale 70
A) La dualité des responsabilités disciplinaire et pénale en Droit interne . . . 71
1°) Les liens entre le droit disciplinaire et le droit pénal 71
2°) Les différences entre le droit disciplinaire et le droit pénal 72
B) La perspective d'un rapprochement sous couvert de la notion européenne de "matière pénale" 74
1°) La notion de "matière pénale" 74
2°) La position de la Cour européenne des droits de l'homme 75
C) Les conséquences du maintien de la dualité 75
1°) Les hypothèses de mise en œuvre de la responsabilité disciplinaire . . 76
2°) Les sanctions appliquées 77

Conclusion du Chapitre 1 78

Chapitre 2 : Les conditions relatives à la décision du patient 79

Section 1 : L'insuffisance du seul consentement comme cause de justification des atteintes au corps 79

§1) La théorie individualiste de la libre disposition de son propre corps 80
A) Les fondements possibles de la libre disposition de son corps 80
1°) La libre disposition de son corps fondée sur des droits naturels . . . 80
2°) La libre disposition fondée sur la notion de propriété 81
B) Le rejet en droit positif de la libre disposition de son corps 83
1°) La question du suicide 83
2°) La prohibition du duel 86
§2) Les théories sociales du respect dû au corps humain 87
A) L'affirmation des principes d'intangibilité et d'inviolabilité du corps humain . 87
1°) L'intangibilité et l'inviolabilité : le principe d'une norme juridique protégeant le corps humain 88
a) L'affirmation du principe de protection du corps humain en doctrine . . 88
b) L'intangibilité et l'inviolabilité introduites expressément dans la loi . . 90

2°) La reconnaissance limitée du pouvoir de la personne de déroger à la norme protectrice du corps 91
a) La possibilité de déroger à la protection de son corps tant que cela ne nuit pas à autrui 91
b) La possibilité de déroger à la protection de son corps dans les cas prévus par la loi 92
B) Le droit positif et la consécration des principes d'intangibilité et d'inviolabilité du corps humain 93
1°) L'intangibilité du corps d'autrui 94
a) La protection pénale de l'intégrité du corps vivant 94
α) La répression de l'homicide 94
β) La protection pénale de l'intégrité du corps humain 96
b) La protection pénale de l'intégrité du cadavre 97
α) De la protection de la sépulture à la protection du cadavre . . 98
β).Les atteintes au cadavre sont des exceptions limitativement réglementées 100
2°) L'intangibilité de son propre corps 100
a) L'indifférence du droit pénal général au consentement de la victime . 101
α) Des tentatives marginales de reconnaissance du consentement comme fait justificatif 101
β) Le refus constant de reconnaître au consentement de la victime la puissance d'un fait justificatif 104
b) Les solutions consacrées en droit pénal spécial 106
α) La répression de l'automutilation 106
β) La répression de la stérilisation 108
γ) La répression de l'excision 114
3°) Les pseudo-exceptions au principe d'intangibilité du corps humain : la tolérance de certaines atteintes légères 117
a) La permission de pratiquer certaines activités dangereuses . . . 118
b) Les limites juridiques de la liberté sexuelle 121
α) Les limites de la tolérance en matière de prostitution 122
β) Les limites de la débauche, des perversions et des violences sexuelles 123
c) La permission coutumière de pratiquer la circoncision 125

Section 2 : La nécessité du consentement comme composante de la justification pénale . 129

§1) L'exigence du consentement du soigné : condition de licéité de l'acte médical . . 130
A) Le fondement classique en droit privé : le contrat 130
1°) Le consentement au contrat de soins 131
2°) L'assentiment à l'acte de soin 133
B) Le fondement en droit public 134
1°) Le respect de l'usager du service public 134
2°) L'obligation déontologique 136
C) Le fondement en droit international 137
§2) Les caractères du consentement 137
A) Un consentement libre 138
1°) La liberté de choisir d'être soigné ou non 138

2°) Le refus de soins 139
a) La liberté de refuser et la pression des sanctions indirectes . . . 140
b) Le refus de consentement et l'ordre public militaire 142
B) Un consentement éclairé 144
1°) Le devoir d'information 144
a) Le paternalisme médical et l'inaptitude du malade à recevoir l'information 144
b) Les exigences du droit positif contemporain
en matière d'information du patient. 146
2°) Silence, réticence et mensonge médical 147
C) Un consentement "finalisé" 151
§3) La sanction de l'absence de consentement en droit pénal 152

Conclusion du Chapitre 2 155

Conclusion du Titre 1 155

Titre 2 : Les conditions de justification relatives aux actes accomplis 157

Chapitre 1 : L'exigence d'un but thérapeutique 158

Section 1 : La finalité thérapeutique : élément partiel de la justification 158

§1) Justification pénale et prise en compte du but de l'agent 158
A) Distinctions entre but, intention et mobile 158
1°) L'intention et le mobile 159
2°) Le but de l'acte 160
B) Fait justificatif et but 161
§ 2) La source juridique de l'exigence d'une finalité thérapeutique 163
A) La nécessité de la finalité thérapeutique : une exigence "sui generis" . . . 165
B) La nécessité de la finalité thérapeutique : une exigence d'origine légale . . . 167

Section 2 : La définition de la finalité thérapeutique : la prise en compte de
la seule finalité objective de l'acte 168

§1) Un constat : la santé détériorée par une maladie 168
A) Les maladies reconnues 168
1°) La constatation individuelle d'un dysfonctionnement 169
a) Le rôle du malade dans la constatation de la maladie 169
b) La constatation du dysfonctionnement par le médecin 170
2°) L'évolution des notions de santé et de maladie : l'apparition de normes . 170
a) L'évolution de la notion de maladie 171
b) L'évolution du concept de santé 174
B) Les maladies discutées 175
1°) La douleur est-elle une altération de la santé ? 176
2°) L'intoxication par une drogue est-elle une altération de la santé ? . . . 178
3°) Le transsexualisme est-il une altération de la santé ? 179
§2) Un projet global : être utile à la santé du sujet 184
A) L'utilité thérapeutique directe : le traitement de la maladie 185

1°) L'utilité directe préalable : le diagnostic médical de la maladie 185
a) Le contentieux du diagnostic 185
b) Le diagnostic d'affection psychosomatique 187
2°) L'utilité directe immédiate : le traitement médical 189
a) L'utilité du traitement : recouvrer la santé 189
b) Acte médical utile et acte médical efficace 190
α) Utilité du traitement et effet placebo 190
β) Utilité du traitement et importance de la personnalité du médecin . 191
c) Les limites de l'utilité thérapeutique directe 193
α) L'efficacité sans l'utilité : l'acharnement thérapeutique . . . 193
β) La stérilisation : l'utilité thérapeutique directe comme critère exclusif de justification 196
3°) La chirurgie esthétique : de l'utilité directe à l'utilité indirecte 198
a) Les réticences historiques à la justification de la chirurgie esthétique . 198
b) L'admission de la chirurgie esthétique réparatrice : la référence au but curatif 200
c) La question de la chirurgie strictement esthétique : vers une justification coutumière 201
B) L'utilité thérapeutique indirecte : l'amélioration de la vie du sujet 203
1°) La prévention 204
2°) But curatif et utilité du soulagement de la douleur 205
a) La justification pénale de l'administration des produits analgésiques . 205
b) But curatif et utilité des soins palliatifs 207
c) La question particulière de l'accouchement sous anesthésie péridurale . 208
3°) Les limites de l'utilité : le refus de l'utilité altruiste de l'expérimentation avant 1988 211

Conclusion du Chapitre 1 213

Chapitre 2 : La stratégie thérapeutique 215

Section 1 : L'évaluation des risques de l'acte médical 215

§ 1) La médecine : un art conjectural 215
A) L'existence de risques 216
B) L'impossibilité de supprimer le risque 217
§2) La médecine : une gestion du risque 218
A) Le devoir d'évaluer les risques 218
B) Le choix entre plusieurs risques 220

Section 2 : La raison proportionnée : le critère d'appréciation de l'utilité 221

§1) La balance avantages / risques 222
A) L'exposé du principe 222
B) Parallèle avec le concept pénal d'état de nécessité 225
1°) Le rejet de la référence à l'état de nécessité comme fait justificatif de tout acte médical. 225
2°) Les points communs entre la notion d'acte thérapeutique et l'état de nécessité 227
§2) Le recours à la proportionnalité comme critère du caractère curatif 228

A) Application du critère de proportionnalité à l'acte médical ordinaire . . . 228
B) Application du critère de proportionnalité à quelques actes médicaux particuliers . 229
1°) Le critère de proportionnalité et la chirurgie esthétique 229
2°) Le critère de proportionnalité et le soulagement de la douleur 229
a) Le critère de proportionnalité et l'anesthésie péridurale 230
b) Le critère de proportionnalité et la toxicomanie iatrogène 230
3°) Le critère de proportionnalité et le traitement de la toxicomanie . . . 230
4°) Le critère de proportionnalité et la chirurgie des transsexuels 231
C) La justification de l'acte médical de greffe 232
1°) La réglementation de l'indication de greffe :
l'encadrement de l'utilité thérapeutique 233
a) L'inscription sur une liste d'attente :
la hiérarchisation chronologique des malades 234
b) L'indication de greffe est limitée aux actes
à forte utilité thérapeutique directe. 235
2°) La décision de greffer : une application du critère
de la proportionnalité avantages / risques 237
a) Première balance : les avantages pour le receveur
par rapport aux risques pour le donneur. 237
α) La sélection d'un receveur 238
β) Les critères de sélection d'un receveur 238
b) Seconde balance : les avantages pour le receveur
par rapport aux risques pour le receveur. 240
α) les avantages de la greffe d'organe 240
β) Les risques de la greffe d'organe 241
3°) La question particulière des xéno-greffes 242
a) Les indications de xéno-greffe et la notion d'acte thérapeutique . . 243
b) Le rôle prépondérant du consentement en raison de la nature du greffon 244
α) Un consentement particulièrement éclairé 244
β) L'urgence peut-elle imposer une xéno-greffe ? 245

Conclusion du Chapitre 2 246

Chapitre 3 : la qualité de l'acte médical 247

Section 1 : La référence à la faute d'imprudence du médecin 247

§1) La répression pénale du comportement imprudent 247
A) L'évolution vers une faute normative ou objective 248
1°) L'indifférence de la loi à la psychologie du délinquant 248
2°) L'indifférence du juge à la psychologie du délinquant 249
B) L'identité des fautes civiles et pénales 250
§2) L'imprudence médicale 252
A) Doctrine et faute d'imprudence du médecin 253
1°) La reconnaissance du contentieux pénal de l'imprudence médicale . . . 253
2°) Le médecin est pénalement responsable de ses imprudences 254
B) Jurisprudence et faute d'imprudence du médecin 254
1°) Faute intellectuelle 255
a) Des décisions fautives 255

b) Des omissions fautives 257
2°) Faute manuelle 258
a) La faute individuelle unique 258
b) La co-existence de plusieurs fautes 258

Section 2 : Les liens entre la faute d'imprudence et la justification de l'activité médicale . 259

§1) Le médecin est susceptible de commettre plusieurs infractions simultanées . . . 260
A) La notion de concours idéal d'infractions 260
B) L'acte médical manqué : concours idéal d'infractions 261
1°) L'acte médical : pluralité d'infractions 261
2°) Les infractions commises à l'occasion de l'acte médical : pluralité de valeurs sociales en cause 261
§2) La justification ponctuelle de chaque infraction commise 263
A) Le refus de la permission de la loi 263
B) La justification de certaines imprudences par l'état de nécessité 264

Conclusion du Chapitre 3 266

Conclusion du Titre 2 266

Conclusion de la 1ère Partie 268

2ème Partie : Les dérogations à la justification de l'acte médical par la permission implicite de la loi : les justifications expresses 269

Titre 1 : Les dérogations à l'exigence d'un but thérapeutique individuel résultant de permissions légales explicites 271

Chapitre 1 : Les permissions légales de la contraception et de l'avortement 272

Section 1 : La justification pénale de la contraception : la maîtrise de la vie 272

§1) Politique criminelle et contraception 272
A) La condamnation initiale de la contraception 273
1°) La condamnation morale de la contraception 273
2°) L'incrimination de l'information sur la contraception 275
B) L'abandon de la répression : la loi du 28 décembre 1967 276
1°) La suppression de l'incrimination 276
a) La prescription d'un contraceptif est devenue un acte médical . . . 277
b) La question particulière du stérilet 278
2°) La contraception et les conditions ordinaires de justification pénale des actes médicaux 280
§2) Le statut pénal de l'œuf humain 281
A) Quelques aspects du débat éthique sur le statut du fœtus 281
B) L'inapplicabilité des incriminations générales 284
1°) L'œuf humain n'est pas une chose au sens du droit pénal 284
2°) L'œuf humain n'est pas une personne au sens du droit pénal 286

C) Le droit pénal : au delà de la dichotomie chose / personne 290

Section 2 : L'avortement : de la répression à la tolérance 292

§1) L'incrimination de l'avortement 293
A) L'histoire de l'incrimination de l'avortement 293
B) L'incrimination moderne de l'avortement 295
C) La distinction entre l'avortement et les violences contre la femme enceinte . . 297
§2) La coexistence de l'incrimination d'avortement et de la permission légale de certaines interruptions de grossesses 299
A) La permission légale de pratiquer l'I.V.G. 301
1°) L'esprit de la loi de 1975 302
2°) La lettre de la loi de 1975 : les conditions de l'IVG licite 302
a) Les conditions de fond de l'I.V.G. licite 303
α) Le but de l'I.V.G. : pallier la détresse de la femme enceinte . . 303
β) Le délai, la compétence et le lieu de l'I.V.G. licite 305
b) Les conditions de forme de l'I.V.G. licite 307
3°) La portée justificative de la loi de 1975 en matière d'I.V.G. 308
a) Le principe de justification pénale par la permission de la loi 308
b) Les conditions et la portée de la justification 310
B) L'interruption thérapeutique de grossesse : de l'état de nécessité à la permission de la loi 314
1°) L'avortement thérapeutique avant la loi de 1975 : l'émergence d'une justification par l'état de nécessité 314
a) L'avortement thérapeutique avant le décret-loi de 1939 314
b) L'avortement thérapeutique dans le décret-loi de 1939 316
2°) L'I.T.G. licite depuis la loi de 1975 319
a) Les conditions de fond de l'I.T.G. licite 319
α) L'indication médicale d'I.T.G. 319
β) Le consentement de la femme à une I.T.G. 320
γ) La condition de non-viabilité du fœtus 321
b) Les conditions de forme de l'I.T.G. licite 323
3°) L'avortement eugénique : l'abandon de l'état de nécessité au profit d'un choix de la société 323
a) L'eugénisme préventif : le rejet de toute interdiction préventive de procréer 324
b) L'eugénisme effectif : l'élimination a posteriori de l'être humain anormal 326
§3) Le nouveau Code pénal : vers une dépénalisation de l'avortement 327
A) La suppression de l'incrimination générale de l'avortement 328
1°) Le remplacement de l'incrimination générale de l'avortement par des infractions spéciales 328
2°) Une nouvelle notion : les interruptions de grossesse illégales, non sanctionnables pénalement 329
B) La confirmation de l'autonomie de la femme enceinte 329
1°) La protection du consentement et la non-répression de l'auto-avortement . 330
2°) La création du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse . . 330

Conclusion du Chapitre 1 331

Chapitre 2 : La permission légale de l'utilisation médicale des corps . . 335

Section 1 : L'utilisation médicale du cadavre 335

§1) La mort et la science du médecin 337
A) Le médecin comme "juge" de la mort 337
1°) Le rôle du médecin dans le constat de la mort : le certificat médical de décès 337
a) Le constat du décès : une compétence médicale 338
b) Le constat de décès en cas de prélèvement d'organes 339
2°) Le rôle du médecin dans la définition de la mort : le critère scientifique du décès 341
a) La nécessité d'un critère scientifique précis 342
b) La mort du cerveau : critère unique du fait juridique de mort . . . 344
c) La source juridique du critère scientifique de la mort : une circulaire ! . 347
3°) L'importance d'une définition de la mort dans les questions pénales . . 348
B) Les atteintes au cadavre permises dans l'intérêt de la science 349
1°) La dissection 349
2°) L'autopsie 351
a) L'autopsie judiciaire 351
b) Les autopsies scientifiques 354
§ 2) Les atteintes au cadavre permises dans un but thérapeutique 356
A) La loi du 22 décembre 1976 : le prélèvement d'un organe du mort au profit du vivant 358
B) La prise en compte de la volonté des défunts 359
1°) La spécificité du legs de cornée : le consentement exprès 360
2°) La loi de 1976 institue le consentement présumé au prélèvement "post mortem" 362
a) L'abandon de la référence au consentement exprès du défunt pour porter atteinte à son cadavre : le consentement présumé . . 362
b) Les problèmes d'application du consentement présumé posés aux praticiens préleveurs 363
c) Le consentement présumé et le problème de l'étendue du prélèvement licite 366
C) La sanction pénale des prélèvements post mortem illicites 368
1°) L'absence de sanctions pénales spécifiques 368
2°) Les prélèvements illicites et la violation de sépulture : l'apport du nouveau Code pénal 369
3°) La difficile coordination de la permission de la loi du 7 juillet 1949 et de la loi du 22 décembre 1976 : projet de loi d'unification 370

Section 2 : La permission légale de prélever un organe ou une substance sur une personne vivante 373

§1) La permission légale des prélèvements de sang 373
A) La permission de prélever le sang dans un but probatoire 376
1°) Prélèvement de sang et preuve pénale 376
2°) Prélèvement de sang et preuve civile 377
B) La permission légale de prélever le sang pour le transfuser 378
1°) La finalité du don du sang 379
2°) Le consentement au don du sang 379
C) Don du sang et responsabilité pénale 381
1°) La permission légale repose sur la finalité et le consentement 381

2°) La question de la gratuité du don de sang 382
§2) La justification pénale des prélèvements d'organes "in vivo" 383
A) La justification de prélever des organes avant 1976 384
1°) Les qualifications pénales applicables aux prélèvements "in vivo" . . . 384
2°) L'inapplicabilité de la permission tacite de la loi 385
3°) La justification des prélèvements "in vivo" par l'état de nécessité . . . 386
a) L'état de nécessité : une justification supplétive, admise par défaut . . 387
b) L'état de nécessité : une justification incomplète, insuffisante . . . 388
B) La loi du 22 décembre 1976 : la permission des prélèvements "in vivo" . . 390
1°) L'extension du but curatif : le prélèvement à finalité altruiste 390
a) L'objet du prélèvement : le greffon d'origine humaine 390
b) La finalité du prélèvement in vivo : l'altruisme thérapeutique . . . 391
2°) Le consentement renforcé au prélèvement "in vivo" 392
a) La permission légale et le respect de la volonté du donneur d'organe . 392
α) Le donneur mineur : un droit de veto au prélèvement de ses organes 393
β) Un consentement particulièrement libre et éclairé 395
b) Une innovation : le consentement exprès et par écrit 396

Conclusion du Chapitre 2 398

Chapitre 3 : Acte médical et recherche : la licéité nouvelle de l'expérimentation 401

Section 1 : L'insuffisance des justifications pénales traditionnelles avant 1988 . . . 405

§1) L'impossible justification par la permission tacite de la loi 405
A) Les qualifications pénales applicables 405
B) Les incompatibilités avec l'acte médical ordinaire 407
1°) La distinction entre consentement aux soins et consentement à l'expérimentation 407
2°) La distinction entre but thérapeutique et but expérimental 408
§2) L'impossible justification par les faits justificatifs classiques 409
A) Les impossibles rattachement à une permission légale ou à un commandement d'une autorité légitime 409
1°) Les textes et avis internationaux 410
2°) Les textes et avis nationaux 411
a) L'absence de portée justificative des rares textes législatifs et réglementaires en vigueur 411
b) L'absence de portée justificative des avis du Comité Consultatif National d'Ethique 412
c) L'absence de portée justificative des avis de l'Ordre National des médecins 413
α) La justification morale de l'expérimentation par l'Ordre des médecins 413
β) L'impossible justification pénale de l'expérimentation par l'Ordre des médecins 414
B) L'inadéquation de la référence à l'état de nécessité 414

Section 2 : La permission expresse prévue dans la loi du 20 décembre 1988 . . . 416

§1) Les expérimentations licites : le contenu de la loi 416

A) L'autorisation d'expérimenter sur l'homme : une compétence médicale . . . 418
1°) La fidélité au monopole médical 419
2°) La confirmation de l'omnivalence du diplôme 419
3°) La démarche scientifique et son contrôle préalable 419
B) L'affirmation du principe du volontariat et l'exigence du consentement . . . 420
1°) La reconnaissance légale de l'exigence
d'un consentement libre, éclairé et exprès du sujet 420
a) Un critère "classique" : le consentement libre et éclairé 420
b) Un caractère nouveau : le consentement exprès 421
c) La définition légale des informations à transmettre
au sujet de l'expérimentation 422
2°) L'application des règles classiques de dérogation
l'obligation de recueil du consentement personnel 422
C) La finalité diversifiée 423
1°) Une définition du but curatif proche
de celle admise à propos de la permission tacite de la loi 423
a) La référence à l'utilité thérapeutique personnelle et directe . . . 423
b) Une consécration dans la loi du principe de la raison proportionnée . 424
2°) L'innovation fondamentale : la licéité d'un acte médical non-curatif . . 424
§2) La répression pénale des expérimentations illicites 425
A) Les sanctions spéciales spécifiques à la violation des conditions de licéité
de l'expérimentation 426
1°) Les incriminations contenues dans la loi du 20 décembre 1988 . . . 426
2°) Les incriminations spécifiques contenues dans le Nouveau Code pénal . . 427
B) L'applicabilité des incriminations générales en cas de non-respect de la loi . . 428
1°) Discussion sur l'emploi du terme de "dépénalisation" 428
2°) L'applicabilité du droit commun en cas de défaut de fait justificatif . . 429

Conclusion du Chapitre 3 431

Conclusion du Titre 1 432

Titre 2 : Les dérogations à l'exigence d'un consentement personnel du soigné résultant de permissions légales tacites . . 433

Chapitre 1 : Le mineur et l'acte médical 434

Section 1 : Le principe du recours au consentement des protecteurs naturels . . . 434

§1) La compétence principale des parents 435
A) Autorité parentale et consentement à l'acte médical 435
B) Consentement et gravité de l'acte médical 436
§2) La compétence subsidiaire du mineur 437
A) La création en doctrine de la notion de "majorité médicale" 437
B) La reconnaissance juridique d'une sorte de "majorité médicale" 438
1°) Norme juridique et respect de la volonté du mineur 438
2°) Avortement et autonomie de la femme-mineure 439

Section 2 : Les exceptions : l'exclusion des protecteurs naturels 441

§1) Le recours au juge des enfants en cas de carence familiale
créant un danger pour le mineur 442
A) La compétence exceptionnelle du juge des enfants 442
B) L'attribution de l'autorisation d'opérer par le juge des enfants 443
§2) L'incompétence du juge des enfants à exercer les choix familiaux non dangereux . 444
A) Le maintien d'une liberté relative de ne pas soigner et de prendre des risques . 445
B) L'incompétence du juge des enfants pour choisir une thérapeutique
à la place des parents 446

Conclusion du Chapitre 1 447

Chapitre 2 : Le malade mental et l'acte médical 448

Section 1 : La privation de liberté du malade mental 448

§1) Le respect des conditions d'admission 449
A) Les conditions d'admission dans un établissement psychiatrique 449
1°) Les conditions de l'hospitalisation d'office 450
2°) Les conditions de l'hospitalisation sur demande d'un tiers 450
B) Le respect par le médecin des conditions d'admission 451
§2) Les conditions de sortie de l'hospitalisation non consentie 453
A) La décision de fin de l'hospitalisation forcée 453
1°) La décision médico-administrative 453
2°) La décision judiciaire 454
B) Le respect par le médecin des conditions de sortie 454

Section 2 : L'assentiment aux soins médicaux donnés au malade mental 456

§1) Les soins psychiatriques et l'exigence d'un but thérapeutique 457
A) La gravité des traitements médicaux en psychiatrie 457
B) L'illicéité des actes non thérapeutiques 458
1°) Les actes de "police interne" et de punition 459
2°) Les actes de détournement de la psychiatrie 459
§2) Le malade mental et l'assentiment aux soins 461
A) Le principe de l'exigence du consentement personnel du malade mental . . 461
B) L'exception : le consentement d'un protecteur naturel du malade mental . . 463
1°) Le cas du majeur soumis à un régime légal de protection 463
2°) Le cas du majeur non soumis à un régime légal de protection 464

Conclusion du Chapitre 2 465

Chapitre 3 : Les actes médicaux imposés 467

Section 1 : Les actes médicaux imposés par des lois spéciales 467

§1) La vaccination obligatoire : l'obligation de prévention 467
A) Une négation de la liberté de choix d'un acte médical 467
1°) L'imposition légale d'un acte médical non strictement thérapeutique . . 467

2°) L'illicéité d'une vaccination réalisée par la force 468
B) Les sanctions du refus de vaccination 469
1°) Les sanctions non pénales 469
2°) Les sanctions pénales 470
§2) Le traitement des alcooliques dangereux pour autrui : l'incitation à la désintoxication 470
A) La permission légale d'attenter à la liberté de l'alcoolique dangereux . . . 470
B) La désintoxication forcée par la privation de liberté 471
§3) La lutte contre les maladies contagieuses : la contrainte de soins du vénérien . . 472
A) La pression sur le consentement : le chantage à l'information de l'autorité . . 472
B) La licéité d'un acte médical contraint et forcé 473

Section 2 : Les actes médicaux imposés par le juge pénal 474

§1) L'injonction thérapeutique en matière de toxicomanie 475
A) La conception juridique du drogué : délinquant et malade 475
B) L'injonction thérapeutique : le traitement ou la prison 476
1°) L'obligation de choisir entre maladie et délinquance 476
2°) La société préfère guérir que punir 476
§2) Le juge pénal et l'obligation faite à un délinquant de se soumettre à un acte médical . 478
A) Le principe d'une "épreuve médicale" 478
B) Des applications de "l'épreuve médicale" 479
1°) Application de l'épreuve médicale aux "pathologies classiques" 479
2°) Application de "l'épreuve médicale" aux délinquants sexuels 481

Conclusion du Chapitre 3 483

Conclusion du Titre 2 484

Titre 3 : Les dérogations aux conditions ordinaires de justification liées à l'urgence 485

Chapitre 1 : L'urgence et la création d'un devoir de secours à la charge du médecin 486

Section 1 : L'interdiction pénale de l'inaction du médecin 486

§1) L'urgence : une personne en péril 487
A) La personne 487
B) Le péril 488
§2) Le comportement punissable : l'omission d'intervenir 489
A) L'attitude passive : l'inaction 489
B) L'attitude erronée : l'action maladroite 490
§3) L'intention coupable 490
A) La conscience du danger : vers une obligation de se renseigner à la charge du médecin 490
1°) Le médecin et la perception personnelle du danger 491
2°) La création jurisprudentielle d'une obligation de s'informer sur le danger . 491
B) L'erreur d'appréciation du danger 492

Section 2 : La tolérance exceptionnelle de l'inaction du médecin 493

§1) La justification de l'inaction par l'existence d'un risque 493
A) Le risque pour le médecin 493
B) Le risque pour les tiers 494
C) Le risque pour la victime 495
§2) L'infraction de refus de porter secours et les faits justificatifs généraux . . . 496
A) Le refus de porter secours ordonné par l'autorité légitime 496
B) Le refus de porter secours en état de nécessité 497

Conclusion du Chapitre 1 498

Chapitre 2 : L'urgence et la création d'un pouvoir d'action pour le médecin 500

Section 1 : Le fondement de la justification pénale des infractions commises à l'occasion d'urgences médicales 500

§1) L'article 63 du Code pénal (art. 223-6 al.2 N.C.pén.) crée-t-il une permission légale ? 500
A) L'absence de fonction de justification de l'article 63 alinéa 2 du Code pénal (art. 223-6 al.2 N.C.pén.) 500
B) Le péril visé à l'article 63 alinéa 2 du Code pénal (art. 223-6 al.2 N.C.pén.) et la notion d'état de nécessité 501
§2) L'urgence médicale justifie-t-elle toujours par un état de nécessité ? 503
A) La nécessité de commettre parfois des infractions pour secourir autrui . . . 503
B) L'inadéquation de la référence à l'état de nécessité pour justifier globalement l'activité médicale d'urgence 504

Section 2 : L'urgence et les dérogations aux conditions ordinaires de justification de l'acte médical 505

§1) L'urgence et les dérogations aux exigences de la compétence 505
A) La tolérance de certains actes médicaux accomplis par des "non-médecins" . . 505
B) La question particulière des guérisseurs 506
1°) L'absence de justification sur la base de l'article 63 alinéa 2 du Code pénal (art. 223-6 al. 2 N.C.pén.) 507
2°) La justification exceptionnelle du guérisseur par la référence à l'état de nécessité 507
C) L'urgence et le dépassement de compétence 508
§2) L'urgence et les dérogations par rapport au respect du consentement 509
A) Les dispenses exceptionnelles de consentement du malade en raison de l'urgence 509
1°) Urgence et absence de consentement à la relation médicale 509
2°) Urgence et dispense de l'assentiment à l'acte médical 510
B) Le maintien de l'obligation de respecter la volonté du malade et de ses proches même en cas d'urgence 511
1°) Le refus de soins par un majeur conscient : obstacle à l'acte médical même urgent 511
2°) L'urgence et le respect des volontés exprimées : le majeur inconscient . . 512
a) L'urgence et le consentement aux actes accomplis sur l'incapable de droit 513
b) L'urgence et le consentement aux actes accomplis sur l'incapable de fait 513
3°) L'urgence et l'acte médical sur le mineur 514

a) La nécessité de décider vite justifie exceptionnellement le fait de décider seul 514
α) Le médecin est juge de la nécessité de se passer de l'avis du protecteur du mineur 514
β) L'impossibilité de joindre le protecteur du mineur n'est pas de facto un cas d'urgence 515
b) La nécessité de décider vite est incompatible avec le consentement par un tiers 516

Conclusion du Chapitre 2 517

Conclusion du Titre 3 517

Conclusion de la 2ème Partie 519

Conclusion Générale 520

Bibliographie 525

Table des matières 556

BIBLIOTHÈQUE INTERUNIVERSITAIRE NANCY