



HAL
open science

Le défaut de consentement à l'examen gynécologique constitue-t-il un viol ?

Sophie Paricard

► **To cite this version:**

Sophie Paricard. Le défaut de consentement à l'examen gynécologique constitue-t-il un viol?. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2023, 37. <hal-04199181>

HAL Id: hal-04199181

<https://hal.science/hal-04199181v1>

Submitted on 8 Sep 2023

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

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



HAL Authorization

Les violences obstétricales et gynécologiques : l'appréhension par le droit en France et à l'étranger

Le défaut de consentement à l'examen gynécologique constitue-t-il un viol ?

Sophie Paricard

Professeure à l'Institut National Universitaire d'Albi

Résumé

Le consentement du patient est devenu un droit fondamental au cœur de l'activité médicale en ce que le patient doit consentir à chaque examen, et plus particulièrement à l'examen le plus intime l'examen gynécologique. Pourtant le défaut de consentement à un acte médical ne semble guère relever d'une infraction pénale tant l'immunité du médecin s'est construite sur le caractère thérapeutique de l'acte. Le défaut de consentement du patient à un examen gynécologique pratiqué conformément aux données acquises de la science ne saurait donc constituer un viol. Une évolution serait certainement bienvenue afin de mieux protéger ce droit fondamental.

Abstract

Patient consent has become a fundamental right at the heart of medical activity. Patient consent must be sought in every examination, and especially in the most intimate of them all, the gynecological examination. However, the lack of consent to a medical procedure hardly seems to be a criminal offence, since the doctor's immunity is based on the therapeutic nature of the procedure. A patient's failure to consent to a gynaecological examination carried out in accordance with the latest scientific findings does not therefore constitute rape. A change would certainly be welcome to better protect this fundamental right.

La médecine et le droit forment classiquement un couple passionnel¹ et « *c'est particulièrement vrai du droit répressif ressenti par les médecins comme une menace pour l'exercice de leur art mais plus profondément comme une insulte au sens premier de leur mission : la bienfaisance*² ». Le droit et la médecine sont en effet deux humanismes ayant pour finalité la protection de la personne et il est depuis toujours délicat pour le médecin d'être l'objet d'un contrôle dans la réalisation de cette mission. L'apparition du droit des malades, devenus droits des patients, est en ce sens complexe car elle se trouve au confluent de ces deux humanismes, avec d'une part des droits issus de l'éthique et de la déontologie consacrés ensuite dans le droit positif, comme le secret médical, et des règles de droit introduites après coup dans l'éthique et la déontologie à l'instar justement du consentement à l'acte médical. Le consentement à l'acte médical est en effet un droit du patient qui a été inventé par le droit positif et dont s'est progressivement emparée la déontologie médicale.

S'il est toujours délicat pour un corps professionnel d'intégrer un droit en quelque sorte étranger en ce qu'il émerge non pas de son éthique mais lui est imposé par des textes, la tâche est plus complexe encore lorsque ce droit se place au cœur de son activité. C'est bien le cas à l'égard de la profession médicale pour le recueil du

1 - V. Sur cette relation ambivalente, V. Entretiens avec J-F. Dhainaut, Président de l'Université Paris 5, G. P, 9-10 juin 2006, n° spécial sur le droit de la santé, p. 4 et s.

2 - Ch. Noiville, De la dépénalisation du colloque singulier à la pénalisation de la santé publique », in *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, dir. F. Bellivier, Ch. Noiville, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006, p. 219.

consentement qui est désormais reconnu comme « *le devoir le plus fondamental du médecin, imposé par l'exigence du respect de la personne humaine*³ », à tel point que le consentement à l'acte médical se retrouve aujourd'hui au cœur d'une interrogation relevant cette fois-ci du droit pénal et plus spécialement du viol.

Le viol n'est pas un phénomène étranger à la médecine. « *Les condamnations pénales de médecins pour agressions sexuelles ne sont pas rares et représentent même une part significative des condamnations pénales prononcées chaque année à leur égard*⁴ ». Mais elles n'ont jamais suscité d'interrogations spécifiques à la médecine. Fellation, pénétration pénienne, usage de godemichets... Dans toutes ces affaires, le médecin, qui peut être de toute spécialité, est un délinquant sexuel qui a abusé de sa position pour imposer des relations sexuelles à sa patiente. L'étude de la jurisprudence démontre d'ailleurs qu'on « *ne trouve quasiment aucune condamnation de femme*⁵ ».

Mais une nouvelle forme de viol apparaîtrait : l'examen médical gynécologique sans intention sexuelle. Cette infraction serait fortement corrélée à l'exercice de la profession médicale et n'exclurait dès lors pas les femmes. D'ailleurs, à l'automne 2022, la secrétaire d'État chargée du Développement, de la Francophonie et des Partenariats internationaux, Chrysoula Zacharopoulou, était visée par deux plaintes pour viols supposément survenus lorsqu'elle exerçait en tant que gynécologue⁶.

Le viol est défini au sein de l'article 222-23 du code pénal comme « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit ou tout acte bucco-génital, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise* ».

Dans le contexte médical, le viol que l'on pourrait qualifier de classique est le plus souvent opéré par surprise. Sur la table d'examen, la patiente croit en effet *a priori*, que tout ce que va lui faire le praticien est destiné à la soigner. Dans ces conditions, le médecin qui trahit sa mission ainsi que la confiance de sa patiente, n'a pas besoin de déployer des procédés sophistiqués ou brutaux pour la soumettre à ses désirs. Elle est, d'avance, portée à la soumission. La pénétration sexuelle se fera par surprise. Le recueil du consentement aux soins de la patiente n'y change évidemment rien car, même si le médecin reçoit le consentement de sa patiente à l'ensemble des soins qu'il va lui prodiguer, il ne recueille évidemment pas son consentement à un acte sexuel. La question relative au viol qui serait commis lors d'un examen médical impliquant la pénétration est toute autre et démontre l'originalité de la situation.

Alors qu'aucune relation sexuelle n'a eu lieu entre le médecin et sa patiente, l'examen médical est vécu comme un viol parce que la patiente n'a pas consenti, soit qu'elle n'en ait pas été informée préalablement soit qu'elle n'ait pas clairement exprimé son accord à la réalisation de l'acte, soit qu'elle ait en cours de réalisation de l'acte retiré son consentement. Il ne s'agit donc pas de s'interroger sur le consentement à l'acte sexuel, comme dans le contentieux classique du viol mais sur le défaut de consentement à cet examen gynécologique, intime par excellence.

Ces plaintes viennent s'inscrire dans le contexte de la libération de la parole des femmes et de l'émergence du concept de violences gynécologiques et obstétricales qui s'est progressivement construit en Amérique latine. L'idée est en effet de dénoncer toutes les formes de violences sexistes que peuvent subir les femmes dans le cadre de leur suivi gynécologique et obstétrical. Un rapport du Haut Conseil à l'Égalité entre les Femmes et les Hommes en a été le support en France en rassemblant de nombreux témoignages⁷. Même si le concept est encore mal défini, un noyau dur peut être identifié notamment « *le non-respect de l'intimité et de la pudeur, le manque d'information, l'absence de consentement des femmes*⁸ ».

Le débat ne porte donc pas sur la faute technique classique mais sur la faute d'humanisme. Plus que sa compétence technique, c'est donc l'attitude du professionnel de santé qui est en cause. Or, si les fautes techniques sont abondantes et font l'objet d'un contentieux nourri, les fautes d'humanisme dont relèvent les droits des patients font encore rarement l'objet d'un contentieux notamment pénal. C'est ainsi que si « *l'oubli de corps étrangers dans*

3 - C. Bergoignan-Esper, P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2021, p. 8.

4 - P. Mistretta, *Droit pénal médical*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2022, n° 356, p. 263.

5 - P. Mistretta, *op. cit.*, n° 362, p. 265.

6 - Les plaintes ont depuis lors été classées sans suite.

7 - HCEFH, *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical*, 2018.

8 - V. Rozée, Cl. Sanchez, « Les violences gynécologiques et obstétricales : construction d'une question politique de santé publique », *Santé Publique*, 2021, vol. 33, p. 632.

l'organisme du malade pendant l'opération a fait l'objet d'une jurisprudence abondante »⁹, « *le consentement du patient, ou plus précisément, son pouvoir de codécision, atteint rarement le prétoire* » comme le relève D. Truchet¹⁰.

Pourtant la question se pose aujourd'hui, à l'aune de la dénonciation de ces nouvelles formes de violences contre les femmes : le défaut de consentement à un examen gynécologique peut-il constituer un viol ? La question est cruciale à l'égard des plaignantes et médecins mis en cause mais aussi au regard de l'adaptabilité de notre droit positif à ces formes de violences aujourd'hui dénoncées. Nos qualifications pénales sont-elles susceptibles de s'adapter ou le législateur doit-il s'emparer de ce sujet éminemment politique, la lutte contre les violences structurelles faites aux femmes, afin de protéger le consentement à l'acte médical ?

La gynécologie est actuellement la spécialité ciblée par cette interrogation car le fameux mouvement de la libération de la parole des femmes évoque désormais l'emprise dont leur corps fait l'objet notamment dans la sphère médicale. Mais ce n'est certainement pas la seule spécialité concernée puisque le recueil de ce consentement est une obligation générale qui s'impose à tous les professionnels de santé.

Il convient dans un premier temps de s'intéresser au recueil de ce consentement à l'acte médical **(I)**, pour s'interroger sur l'incidence de son absence et notamment une éventuelle qualification de viol **(II)**.

I – Le consentement à l'acte médical : un droit fondamental au cœur de l'activité médicale

Le recueil du consentement est un droit fondamental **(A)**, au cœur de l'activité médicale **(B)**.

A – Un droit fondamental

L'origine de ce droit se trouve dans l'arrêt Teyssié (Req. 28 janvier 1942), un des arrêts majeurs du droit médical, qui affirme qu'« *un chirurgien est tenu, sauf 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 grave atteinte aux droits du malade* ».

Les magistrats relient, dans ce même arrêt, obligation de recueil du consentement et devoir d'information en jugeant qu'un « *chirurgien doit informer son patient de la nature exacte de l'opération qu'il va subir, de ses conséquences possibles et du choix qu'il a entre les deux méthodes curatives* ». Le patient ne peut en effet valablement consentir que s'il le fait en connaissance de cause, c'est-à-dire s'il est correctement informé. Fondée sur le respect de la personne humaine, l'exigence de recueillir le consentement éclairé du patient était née.

Ce principe de respect de la personne humaine, qui se fondera plus tard dans celui de la dignité de la personne humaine, est invoqué ici pour la première fois par la Cour de cassation. Cet arrêt est dès lors « *fondateur de la reconnaissance par la Cour de cassation de la primauté du respect de la personne humaine dans l'activité médicale et du droit des malades*¹¹ ». Gérard Mémeteau le qualifie ainsi d'« *arrêt fondamental du droit médical*¹² ».

Cet arrêt n'est en effet pas neutre au regard de son contexte puisque cet arrêt est rendu en pleine seconde guerre mondiale alors que des expérimentations monstrueuses sont menées sur les déportés. Mais surtout, sur un fondement inédit, il vient imposer une nouvelle obligation au corps médical. Il s'agit en effet d'une révolution imposée à la médecine par le droit car « *le consentement aux soins reste étranger à la tradition chrétienne de la médecine*¹³ ». La nécessité d'un consentement éclairé a commencé à émerger dans le code de déontologie médicale issu du décret du 28 novembre 1955 prévoyant en son article 29 l'hypothèse d'un refus du patient puis de celui du 28 juin 1979 précisant en son article 7 que « *la volonté du malade doit toujours être respectée dans toute la mesure du possible* ». Mais elle a été explicitement consacrée seulement dans sa version issue du 6 décembre 1995 : l'article 36,

9 - M. Akida, *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence*, préf. A. Chavanne, LGDJ, 1994, n° 176, p. 144.

10 - D. Truchet, « La loi du 4 mars 2002 vingt ans après : en guise de conclusion... provisoire », *RDSS* 2022, 271.

11 - C. Bergoignan-Esper, P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2021, p. 8.

12 - G. Mémeteau, « La présentation du droit médical », *RTD. civ.* 2002, p. 253.

13 - V. A. Leca, C. Berland-Benham, Le consentement aux soins replacé dans une perspective historique, in *Consentement et santé*, dir. A. Laude, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014, p. 19 et s.

devenu à la suite de sa transposition l'article R. 4127-36 du code de la santé publique énonce que « *le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas* ».

L'exigence du consentement a ensuite été relayée par les textes mais relativement tard. C'est la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain dite « bioéthique » qui a introduit au sein du Code civil un chapitre intitulé « Du respect du corps humain » (art.16 et s) dans lequel sont posés les principes généraux de protection de la personne face à la science et au progrès médical.

L'article 16 qui inaugure ce chapitre affirme que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie* ». Le corps humain est désormais protégé en ce qu'il est le substratum de la personne : « chacun a droit au respect de son corps » déclare l'article 16-1. Le Conseil constitutionnel a parallèlement consacré à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de cette loi l'existence d'un « *principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne* » dans lequel se retrouve certainement le respect de la personne qui s'affirme dès lors comme une valeur supérieure puisque constitutionalisée¹⁴.

L'intégrité corporelle se trouve évidemment au cœur de ces nouvelles dispositions en ce qu'il s'agit de protéger le corps des atteintes subies par autrui, d'ériger une sorte de bulle de protection autour du corps de la personne. La nécessité d'obtenir le consentement du patient est en bonne place dans ce nouveau dispositif. Ce même article 16-1 affirme en effet immédiatement ensuite que « le corps humain est inviolable ». L'article 16-3 du Code civil modifiée par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 dispose qu' « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ».

L'autre code important, moins symbolique et plus technique, qui reçoit cette obligation est le code de la santé publique. Même si la seconde loi bioéthique du 29 juillet 1994 est venue y insérer des dispositions faisant écho à celles du code civil, c'est principalement la loi dite Kouchner du 4 mars 2002 « relative aux droits des patients et à la qualité du système de santé », plus récente encore, qui y a introduit les dispositions les plus essentielles relativement aux droits des patients, dont celui de donner un consentement éclairé.

Un chapitre préliminaire au sein du Titre Premier du Livre premier de la Première Partie du Code la santé publique est ainsi entièrement consacré aux « Droits de la personne ». Et l'un des premiers articles de ce chapitre énonce que « la personne malade a droit au respect de sa dignité » (art. L. 1110-2 CSP) tandis que l'article L. 1111-4 al. 3 dispose qu' « *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ».

Ce même article L. 1111-4 détermine également les dispositions qui doivent être prises lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté et précise les exigences en matière de mineurs ou de majeur sous tutelle.

Il n'est donc plus admis que le médecin décide unilatéralement du bien du patient et la loi du 4 mars 2002 semble même introduire une inversion des rôles en mettant au premier plan le consentement de la personne. Le premier chapitre du Titre premier relatif aux droits des personnes malades et des usagers du système de santé est significativement intitulé « Information des usagers du système de santé et expression de leur volonté ».

L'article L. 1111-4 précise en ce sens qu'il s'agit bien désormais non plus d'une décision prise par le médecin à laquelle le patient consent mais plutôt d'une décision personnelle du patient prise avec son médecin, une sorte de codécision : « *toute personne prend, avec le professionnel de santé, et compte tenu des informations et préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé* ».

Le patient doit avoir reçu à cet égard aux termes de l'article L. 1111-2 du code de la santé publique une information qui « *porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* ». Le texte précise ensuite que cette information qui « *incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences* » est « *délivrée au cours d'un entretien individuel* ».

.....
14 - Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

Tirant les conséquences de cette évolution légale et constitutionnelle, la première chambre civile de la Cour de cassation a énoncé dans un arrêt de 2001 que « *le devoir d'information du médecin vis-à-vis de son patient trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine*¹⁵ ». Il en est sans nul doute de même pour le devoir de recueillir le consentement du patient : il est lui aussi incontestablement fondé sur un socle très solide, le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

L'importance du recueil du consentement du patient a d'ailleurs une dimension internationale, la dignité de la personne s'étant affirmée comme une valeur universelle. Le consentement, bien que relativement récent, est donc devenu un droit fondamental auquel il faut porter particulièrement attention puisqu'il se trouve au cœur de l'activité médicale.

B – Une obligation au cœur de l'activité médicale

L'article L. 1111-4 du code de la santé publique précise qu'« *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne* ». Le patient doit donc consentir à tout acte de prévention, de diagnostic ou de soins après avoir reçu une information conforme aux exigences fixées par l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, sauf s'il refuse expressément de recevoir une telle information.

Le consentement à l'acte médical est dès lors un consentement spécial qui doit impérativement être distingué du consentement à la relation médicale avec le médecin qui est lui aussi nécessaire en vertu du principe du libre choix du praticien (C. santé publ., art. L. 1110-8, al. 1^{er}). Cette liberté de choix implique en effet que le consentement du malade est nécessaire pour établir une relation médicale avec tel praticien. Mais ce consentement initial ne vaut pas consentement aux traitements, investigations ou soins qui lui seront proposés dans le cadre de cette relation médicale. « *L'acte médical est distinct du contrat médical (...) le contrat médical et le respect des obligations qui en découlent, comme par exemple le paiement des honoraires, pourront être exigés indépendamment que le patient consente ou non à l'acte médical*¹⁶ ».

Le patient ne dépose plus aveuglément sa santé entre les mains de son médecin : il est devenu un acteur de sa propre santé¹⁷. Le médecin doit ainsi prendre soin d'éclairer le patient sur chaque acte envisagé et « cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel » comme l'exige l'article L. 1111-2 al. 3. Cela nécessite évidemment pour le médecin de discuter avec son patient de chaque acte qu'il prévoit d'effectuer et notamment de l'informer comme l'exige l'alinéa 1^{er} de ce même article « *sur les différentes investigations, traitement ou actions de préventions qui sont proposés* ». Il doit notamment expliquer « *leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* ». Une fois informé, le patient doit alors consentir à chaque acte ainsi proposé. Les actes refusés ne peuvent évidemment être réalisés. Le consentement du patient détermine en quelque sorte le périmètre médical dans lequel le médecin peut évoluer.

Les modalités de recueil du consentement ne sont pas encadrées, sauf pour certains actes bien spécifiques qui ont la caractéristique par ailleurs d'être non thérapeutiques, comme l'interruption volontaire d'une grossesse, le don de gamètes ou bien encore la stérilisation pour lesquels un consentement écrit est nécessaire. Aucun formalisme n'est ainsi requis pour les actes non spécifiquement encadrés. Un écrit n'est donc pas indispensable : le consentement du patient peut être exprimé oralement. Le médecin peut dès lors prouver le consentement de son patient par tout moyen, notamment par des témoignages. Il peut cependant être utile pour le médecin de se préconstituer une preuve par écrit du consentement du patient dans la perspective d'un contentieux.

15 - Civ. 1^{re} 9 octobre 2001, Bull. civ. I, n° 249 ; D. 2001, p. 421.

16 - A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, 3^{ème} éd., Thémis, PUF, 2012, n° 225.

17 - A. Laude, « Le patient, nouvel acteur de santé ? », D. 2007, 1151.

Le consentement est également librement révocable : la rétractation du consentement n'est soumise à aucune forme particulière. Il suffit donc que le patient ait manifesté d'une façon ou d'une autre sa volonté¹⁸. Le consentement peut ainsi « être retiré à tout moment » comme le prévoit l'article L. 1111-4 al. 4 du code de la santé publique, c'est-à-dire jusqu'à la réalisation de l'acte médical auquel il avait préalablement consenti. Le patient peut même, lorsqu'il est encore conscient, manifester son refus en cours de réalisation de l'acte. Et, si l'interruption de cet acte n'est pas susceptible d'altérer son état de santé, le médecin doit alors interrompre son acte médical.

En vertu de l'article L.1111-4 al. 3, le médecin doit en effet entendre ce changement de volonté du patient et ne pas réaliser l'acte médical dès lors qu'il a expliqué les conséquences éventuelles de ce refus : « *le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informé des conséquences de ses choix et de leur gravité* » précise cet article.

Dans un cas ultime, lorsque la volonté du patient de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, il est cependant prévu que le celui-ci « *doit réitérer sa décision après un délai raisonnable* » (art. L. 1111-4 al. 3). L'ensemble de la procédure est alors inscrit dans le dossier médical du patient. Mais, la volonté du patient s'impose au médecin malgré le pronostic vital engagé¹⁹. Une seule exception semble encore aujourd'hui admise par la jurisprudence : l'urgence avérée²⁰.

Le recueil du consentement est donc une obligation fondamentale au cœur de l'activité médicale. Mais comment son absence est-elle sanctionnée ?

L'inexécution de cette obligation constitue incontestablement une faute engageant la responsabilité civile ou administrative du médecin (sauf urgence avérée)²¹, mais elle ne semble pas constituer, une infraction pénale, notamment celle de viol. Le consentement à l'acte médical ne serait donc pas protégé par le droit pénal.

II – Le consentement à l'acte médical : une valeur non protégée par le code pénal

Les relations entre le défaut de consentement aux soins et l'atteinte à l'intégrité corporelle en droit pénal doivent être précisées **(A)** afin d'éclairer le raisonnement plus prospectif relatif au viol **(B)**.

A – Défaut de consentement et atteinte à l'intégrité corporelle

Le consentement du patient étant une condition essentielle aux soins, un certain consensus semble se dessiner en doctrine pour considérer que l'acte de soin pratiqué sans le consentement du patient serait condamnable pénalement : « *le médecin n'est pénalement justifié en cas d'atteinte au corps que si l'acte médical est consenti et effectué dans un but thérapeutique*²² ». L'acte médical serait « *hors du champ pénal par l'effet d'une autorisation de la loi*²³ » : le consentement préalable comme condition de légalité de l'acte médical aurait donc pour conséquence de rendre condamnable pénalement toute atteinte à l'intégrité corporelle non consentie²⁴.

Mais un chirurgien, et même plus largement un médecin a-t-il déjà été condamné pénalement pour violence voire pour homicide au motif qu'il n'a pas recueilli le consentement de son patient à un geste thérapeutique portant atteinte au corps humain ?

18 - CAA Nantes, 3^e ch., 29 sept. 2017, n° 15NT03537 CE, 15 févr. 2019, n° 415988 : décisions rendues contre un établissement de soins dans le cas de la rétractation d'un donneur d'organes notamment exprimée verbalement la nuit avant le prélèvement et non suivie d'effet.

19 - CE, 10 août 2021, n° 455270. CAA Bordeaux, 19 octobre 2022 : hospitalisée au CHU de Bordeaux pour l'ablation de la vésicule biliaire, une patiente avait informé le personnel médical de son refus de recevoir l'administration de tout produit sanguin en raison de ses convictions religieuses. L'intervention s'étant compliquée d'une hémorragie massive menaçant la vie de l'intéressée, le personnel médical a procédé à deux transfusions de produits sanguins alors qu'elle était inconsciente. Une troisième transfusion a eu lieu le surlendemain alors que la patiente, qui avait repris connaissance, avait réitéré son refus de bénéficier d'un tel traitement. La cour juge qu'un hôpital commet une faute s'il procède à une transfusion sanguine (la troisième en l'espèce) contre la volonté d'un patient alors que celui-ci, en état d'exprimer sa volonté, a réitéré son refus dans un délai raisonnable, comme le prévoit l'article L. 1111-4 du code de la santé publique.

20 - CE, 20 mai 2022, n° 463713 : Témoin de Jéhovah refusant une transfusion sanguine. V. CAA Bordeaux, 19 octobre 2022 précité qui a validé les deux premières transfusions sanguines justifiées par une urgence avérée.

21 - V. note précédente.

22 - P. Mistretta, op.cit., n° 261, p. 183.

23 - Cl. Cousin, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, dir. B. Feuillet-Le Mintier, Université Rennes-1, 2016, n° 398, p. 206. V. les références citées.

24 - V. en ce sens également plus récemment, D. Viriot-Barrial, « La gynécologie-obstétrique, activité médicale sous haute pression éthique : le risque pénal au cœur des débats », *Revue Droit et Santé*, 2022, n° 106, p. 127.

A. Dorsner-Dolivet avait déjà formulé ce questionnement dans sa thèse en 1986 : « lorsque ce but curatif existe se pose alors la question de retenir la prévention d'homicide ou blessures involontaires en raison de l'absence ou l'insuffisance du consentement du patient ?²⁵ ». Elle s'appuyait pour tenter de répondre à cette interrogation sur l'un des rares arrêts de la Cour de cassation à s'être alors prononcés sur cette question. Dans une décision du 17 novembre 1969, elle a jugé que le chirurgien ne pouvait être pénalement poursuivi pour « une obligation professionnelle d'ordre général antérieure et distincte », bref une faute d'humanisme, « un défaut d'avertissement » en l'espèce. Elle approuve ainsi la Cour d'appel de Paris d'avoir condamné le médecin à des dommages-intérêts pour une faute civile qui consiste « à ne pas l'avoir mise en mesure de donner son consentement en toute connaissance de cause » et précise que « le manquement à une telle obligation ne saurait justifier une poursuite devant la juridiction répressive²⁶ ».

Alors même que A. Dorsner-Dolivet se montrait déjà très critique à l'égard de l'arrêt de 1969 et relevait que le chirurgien commettait pourtant « une négligence doublée d'une inobservation des règlements²⁷ », un autre arrêt plus récent est venu conforter cette solution.

La chambre criminelle a en effet cassé un arrêt de cour d'appel qui avait condamné un chirurgien pour délit de violences au visa notamment de l'article 121-3 du Code pénal précisant qu'« il n'y a point de crime et de délit sans intention de le commettre²⁸ ». En l'espèce, le chirurgien avait au cours d'une intervention de gynécologie stérilisé une patiente présentant un risque pulmonaire sans s'être assuré de son consentement libre et éclairé. La patiente, qui était restée silencieuse devant le chirurgien lors de la consultation pré opératoire, avait même exprimé son refus d'une telle stérilisation au médecin chargé de la consultation anesthésique. Cependant, celui-ci n'avait pas communiqué l'information à son confrère.

La Cour d'appel avait conclu à la culpabilité du chirurgien du seul fait de l'absence de consentement de la patiente en relevant que le chirurgien avait « volontairement porté atteinte à l'intégrité de la malade en procédant sur sa personne à une stérilisation tubaire qui n'était pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat, sans s'être assuré de son consentement libre et éclairé ». La Cour de cassation n'a cependant pas suivi la Cour d'appel. Elle a considéré que celle-ci n'avait pas caractérisé l'élément intentionnel du délit. Il s'agit en effet de démontrer « le dol²⁹ », « la volonté de nuire » en quelque sorte selon Hélie et Chauveau³⁰, c'est-à-dire non seulement « que la personne avait conscience d'effectuer un acte attentatoire à l'intégrité physique de la personne, mais aussi qu'elle en avait la volonté³¹ ». Cette décision de cassation démontre bien la difficulté de la Cour à condamner pénalement un médecin qui pratique un acte médical dans l'intérêt du patient sans s'être assuré du consentement de celui-ci³². Le défaut de consentement ne suffit pas à caractériser l'intention de commettre un délit pour le médecin qui pratique un acte médical thérapeutique, d'autant plus que les textes sont d'interprétation stricte en droit pénal en vertu de l'article 121-4 du code pénal.

En effet, c'est historiquement le caractère thérapeutique de l'acte pratiqué par le médecin qui justifie l'atteinte à l'intégrité corporelle du patient et permet à celui-ci d'échapper à toute poursuite pénale, créant ainsi une immunité à son égard, appelée « le privilège du médecin³³ ».

Le droit médical, centré autour de l'acte médical comme l'a relevé R. Savatier dans son Traité de droit médical³⁴, s'est en effet construit sur le rapport de nécessité inhérent à la relation entre le médecin et le patient. « Sous cet

25 - A. Dorsner-Dolivet, *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*, préf. P. Raynaud, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1986, n° 222, p. 186.

26 - Civ. 17 nov. 1969, JCP 1970, II, 16507, obs. R. Savatier. En l'espèce le chirurgien avait été relaxé des poursuites engagées sur le fondement de blessures par imprudence. La cour d'appel pour éviter l'autorité de la chose jugée au pénal avait alors établi une telle distinction entre l'intervention elle-même et le défaut d'avertissement.

27 - A. Dorsner-Dolivet, *op. cit.*, n° 224, p. 188.

28 - Cour de cassation, Chambre criminelle, 6 février 2001, n° 00-82.434.

29 - P. Mistretta, *Droit pénal médical*, LGDJ, 2019, p. 171.

30 - Hélie et Chauveau, *Théorie du Code pénal*, T. IV, 5^{ème} éd., 1872, p. 31.

31 - P. Mistretta, *ibid.*

32 - La stérilisation était justifiée par le risque pulmonaire. Contra, Crim. 19 janv. 2005, Dr. Pénal 2005, n° 55, pbs. M. Véron : la stérilisation n'était pas justifiée et avait même été dissimulée à la patiente. Le médecin n'avait pas été condamné en raison de la prescription de l'action mais l'arrêt suggère que la stérilisation non consentie pouvait constituer une violence, voir supra.

33 - G. Mémetau, *Traité de la responsabilité médicale*, Les Etudes Hospitalières, 1996, n° 101 et s.

34 - R. Savatier, *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n°1, p. 11.

angle traditionnel, l'acte médical est celui qu'un homme qualifié pose en vue de guérir autrui » écrit ainsi ce même auteur³⁵. L'acte médical peut être ainsi être historiquement défini comme une atteinte à l'intégrité corporelle de la personne humaine opérée par un médecin et même plus largement par un professionnel de santé dans un but thérapeutique, c'est-à-dire un acte diagnostique ou curatif ayant pour finalité de guérir ou d'améliorer l'état de santé de la personne concernée. Il est ainsi « admis depuis le début du XIX^{ème} siècle qu'une telle atteinte n'est pas constitutive d'une infraction de violences volontaires, à condition cependant qu'elle soit réalisée dans le strict intérêt des malades (...) il serait contradictoire de les poursuivre quand une intervention entraînant une telle atteinte est nécessaire³⁶ ».

E. Garçon relève ainsi que « le législateur, en lui conférant des diplômes (...) l'autorise à faire tous les actes qui ont un but curatif³⁷ » tandis que Merle et Vitu écrivent que « la permission chirurgicale ou médicale de porter atteinte à l'intégrité corporelle des malades est implicitement contenue dans les textes qui organisent l'activité médicale »³⁸. Y. Mayaud rejoint cette opinion en affirmant que « les violences chirurgicales (...) trouvent leur justification dans l'intérêt thérapeutique du patient, lequel crédibilise et légitime l'acte³⁹ ».

C'est d'ailleurs au regard de la nécessité de l'acte médical que le consentement de la personne concernée a été considéré pendant longtemps comme secondaire, voire inutile. La relation médicale était en effet « organisée par référence au médecin qui en était le pivot (...) : les médecins répondent au besoin du patient, mais ce sont eux qui apprécient ce qu'ils estiment bon pour ce dernier⁴⁰ ». Au XVI^{ème} siècle, le chirurgien français Guy de Chauliac écrivait que « le malade devait obéir au médecin comme un serf à son seigneur ». Le premier code de déontologie médicale paru en 1941 d'ailleurs n'en souffle mot, tandis que le professeur Portes écrivait encore dans son ouvrage *A la recherche d'une éthique médicale* paru en 1964 que « le patient, ignorant de sa misère, ne pouvait vraiment consentir ni à ce qui lui est affirmé, ni à ce qui lui est proposé⁴¹ ».

Même s'il existe actuellement des actes médicaux non thérapeutiques ayant justifié la reformulation de « nécessité médicale » au sein de l'article 16-3, seuls les actes médicaux thérapeutiques restent ainsi toujours légitimes de plein droit. Les actes non thérapeutiques apparus plus tardivement comme l'IVG, l'AMP, doivent pour être légitimes avoir été autorisés par la loi.

Des infractions spécifiques sont d'ailleurs prévues pour sanctionner pénalement la réalisation de certains de ces actes médicaux non thérapeutiques sans le consentement du patient. Sont par exemple incriminés le fait de pratiquer ou faire pratiquer des recherches sur la personne sans son consentement (art. 223-8 C. pénal), de pratiquer une interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée (art. 223-10), de prélever un organe sur une personne vivante sans le consentement de celle-ci (art. 551-3), ou bien encore de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement (511-9). La Cour de cassation a ainsi pu condamner pénalement sur le fondement de l'article 223-8 du code pénal un médecin pour avoir entrepris une recherche biomédicale sur un patient sans le consentement de l'intéressé. De même, si « l'acte médical stérilisateur non consenti constitue une violence⁴² », c'est son absence de finalité thérapeutique qui l'explique⁴³.

Certes l'acte médical ne peut désormais être pratiqué qu'avec le consentement préalable de la personne, mais il paraît indéniable que l'immunité du médecin s'est construite dans l'indifférence de cette donnée. L'exigence plus récente de ce consentement n'a pas eu d'effet sur l'immunité du médecin pour la jurisprudence.

Inversement d'ailleurs, le consentement du patient ne suffit pas à protéger le médecin lorsque l'acte n'a pas une visée thérapeutique. C'est ce qu'a jugé le tribunal de grande instance de Cologne à propos d'une circoncision

35 - *Ibid*, n°1, p. 11.

36 - D. Thouvenin, *Le consentement dans le champ des pratiques médicales relevant de la bioéthique, Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, dir. F. Bellivier, Ch. Noiville, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006, p. 360.

37 - E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. II, Sirey, 1956, n°83, p. 78.

38 - Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, T1, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 472, p. 597.

39 - Y. Mayaud, *Droit pénal général*.

40 - D. Thouvenin, *Le consentement dans le champ des pratiques médicales relevant de la bioéthique*, précité, p. 360.

41 - Portes, *A la recherche d'une éthique médicale*, Paris, 1964, p. 163, cité par C. Bergoignan-Esper, P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2021, p. 10.

42 - P. Mistretta, *op. cit.*, n° 260, p. 182.

43 - V. Crim. 19 janv. 2005, Dr. Pénal 2005, n° 55, pbs. M. Véron, précité.

religieuse⁴⁴. C'est ce que jugent régulièrement les tribunaux français à l'égard des actes d'euthanasie⁴⁵. C'est ce qui a été jugé pendant longtemps à l'égard de l'avortement, de la stérilisation contraceptive, notamment dans le fameux arrêt dit « des stérilisés de Bordeaux »⁴⁶. Dans de telles hypothèses, c'est bien l'absence de but thérapeutique qui légitime la répression, indépendamment du consentement.

Actuellement seuls les actes médicaux dépourvus de finalité thérapeutique sont susceptibles de conduire à une condamnation pour violence en raison du défaut de consentement, malgré un certain consensus doctrinal en sens contraire. Les magistrats pourraient dès lors évoluer et adopter le raisonnement suggéré par la doctrine sur le fondement de l'article 16-3 du code civil : seuls les actes autorisés par la loi, donc consentis par la personne, sont hors du champ pénal. Mais cela supposera, sinon un revirement au regard du peu de jurisprudence sur la question, en tout cas une conception différente du privilège médical pour y adjoindre une donnée certes historiquement plus récente mais fondamentale, le consentement du malade.

Qu'en est-il alors pour les examens gynécologiques non consentis. Peuvent-ils conduire à la qualification de viol ?

B - Défaut de consentement et viol

Au regard des précédents développements, l'absence de consentement de la patiente ne saurait pas plus engager actuellement la responsabilité pénale du gynécologue que celle du chirurgien dès lors que le gynécologue a exécuté un acte médical thérapeutique.

Mais au-delà, dans la perspective d'une évolution jurisprudentielle sur l'immunité du médecin, les éléments matériel et moral de l'infraction pourraient-ils être réunis dans le respect du principe d'interprétation stricte de la loi pénale prévu par l'article 111-4 du code pénal⁴⁷.

Le viol est défini, dans son élément matériel comme une « *pénétration sexuelle* ». L'adjectif n'a jamais été véritablement interprété mais ce qui est certain c'est que le mot sexuel ne renvoie pas au seul organe sexuel puisque la jurisprudence admet qu'un acte de pénétration autre que celui du vagin de la femme est susceptible de constituer un viol comme par exemple la fellation ou la pénétration anale. Toute pénétration est un viol dès lors qu'elle relève de la sexualité, c'est-à-dire « *de comportements relatifs à l'instinct sexuel et à sa satisfaction (qu'ils soient ou non liés à la génialité)*⁴⁸ ». L'adjectif qualificatif « sexuelle » semble donc bien renvoyer à l'instinct sexuel et empêcher de considérer qu'un examen médical sans consentement est un viol. Cependant cette considération n'interdirait pas aux magistrats de l'interpréter de façon plus neutre en considérant que la pénétration de l'organe sexuel d'une femme est forcément sexuelle, sans que la preuve d'une pulsion sexuelle soit nécessaire.

L'infraction de viol comporte également un élément moral, une sorte de dol spécial, qui suppose, comme d'ailleurs pour les autres agressions sexuelles, « *d'établir que le médecin avait conscience de commettre un acte immoral ou obscène*⁴⁹ », ce qui n'est pas le cas du médecin pratiquant un examen. Cependant les juges pourraient, dans la perspective d'un arrêt récent, considérer que le viol ne comprend pas au titre de ces éléments constitutifs de dol spécial consistant dans une volonté de commettre un acte à connotation sexuelle. La cour de Cassation a en effet considéré que l'exhibition de sa poitrine par une femme réalisée pour des motifs de protestation politique relève de l'infraction d'exhibition sexuelle, laquelle ne comprend pas, au titre de ses éléments constitutifs, de dol spécial consistant dans une volonté d'exhibition à connotation sexuelle⁵⁰. Cela viendrait évidemment corroborer une interprétation plus neutre de l'adjectif « sexuelle » dans le cadre de l'interprétation de l'élément matériel.

44 - Tribunal de grande instance de Cologne, 7 mai 2012, R. Libchaber, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », D. 2012, 2044.

45 - V. B. Legros, *Les « droits » des malades en fin de vie*, préface F. Dekeuwer-Defossez, Les Etudes Hospitalières, Coll. Thèses, 1999, n° 329, p. 303.

46 - Crim. 1^{er} juillet 1937, S. 1938, 1, 193, note Portat ; D.H 1938, 357 ; *Rev. Sc. Crim.* 1937, 680, obs. Magnol. Les stérilisations avaient été faites sur le fondement d'une idéologie néo-malthusienne.

47 - Art. 111-4 C. pénal : « La loi pénale est d'interprétation stricte ».

48 - V. Sexualité, *Le Petit Robert*.

49 - P. Mistretta, *Droit pénal médical*, op. cit., p. 259.

50 - Crim. 26 février 2020, n° 19-81.827. La Cour européenne des droits de l'Homme a cependant jugé que la condamnation par les juges français d'une *Femen* pour avoir mené une action politique seins nus dans un lieu de culte à un mois d'emprisonnement avec sursis pour exhibition sexuelle est attentatoire à la liberté d'expression de l'intéressée. Cette jurisprudence ne s'inscrit pas en effet dans la lutte contre les violences de genre, bien qu'elle puisse être utilisée dans le cadre du contentieux de viol en ce sens. V. plus récemment Crim. 15 juin 2022, n° 21-82.392 approuvant l'arrêt de cour d'appel condamnant à une peine d'emprisonnement avec sursis des membres des *Femen* pour **exhibition sexuelle**.

L'élément matériel tout comme l'élément moral semblent cependant en l'état renvoyer à une pulsion sexuelle et ne sauraient donc se déduire d'une seule absence de consentement de la patiente. Le médecin a bien mis en œuvre un acte médical même si la patiente n'y avait pas consenti. La pénétration à finalité thérapeutique, même illégale, ne serait pas sexuelle. Elle constituerait un geste technique pratiqué dans l'intérêt de la patiente.

La distinction actuelle serait dès lors celle entre acte sexuel et acte médical thérapeutique. Si l'acte sexuel sans consentement est clairement constitutif de viol, tel ne serait pas le cas d'un acte médical à visée thérapeutique.

La définition de l'acte médical n'est pourtant pas clairement posée en droit même si comme l'écrivait R. Savatier « *celui-ci propre au médecin doit être défini par le juriste*⁵¹ ». Cependant, certains éléments semblent faire consensus, notamment que le geste soit posé par un professionnel de santé et relève « *d'une technique appropriée*⁵² » c'est-à-dire, dans une formulation plus actuelle, soit conforme aux données acquises de la science. « *Des gestes non consentis, mais qui sont conformes à des gestes usuels et pratiqués conformément aux règles de l'art ne sauraient s'analyser comme des agressions sexuelles ou des viols* ». Seuls les actes techniques n'en relevant pas constitueraient un viol.

Cette distinction entre acte sexuel et acte médical est d'ailleurs la seule présente dans le contentieux ordinal et constitue le fondement de sanctions disciplinaires, comme ont pu le mettre en évidence Diane Roman et Caroline Lantero⁵³.

Un gynécologue qui, par exemple, au cours d'un examen échographique sur une patiente enceinte, aurait effectué « *des mouvements saccadés sur ses organes génitaux externes et procédé à l'introduction dans son vagin d'une sonde* » a été sanctionné. Le Conseil de l'Ordre des médecins a en effet considéré que « *ces gestes ayant été déclarés notamment par l'expert comme ne relevant pas d'une pratique échographique habituelle et n'étant pas justifiés par les particularités de la grossesse sont constitutifs d'un manquement du praticien à ses obligations déontologiques*⁵⁴ ». De même, l'Ordre des sages-femmes a sanctionné « *la pratique de touchers vaginaux qui n'étaient ni requis par la nature de l'examen motivant ces consultations, ni médicalement nécessaires, ni exécutés dans les règles de l'art* », commis sur plusieurs patientes à l'occasion de consultations pour des examens échographiques⁵⁵. C'est donc bien, comme le relèvent Diane Roman et Caroline Lantero, parce qu'il s'agit de « *gestes déplacés étrangers à une investigation médicale*⁵⁶ », de « *pratiques qui ne sauraient en aucun cas être regardées comme des pratiques médicales que doit assurer le sage-femme lors d'un examen gynécologique, d'un suivi de grossesse ou de préparation à l'accouchement*⁵⁷ », que ces examens gynécologiques sont sanctionnés.

Alors que le consentement à l'acte médical est un droit fondamental du patient, le défaut de consentement de la femme à un examen gynécologique ne semble donc pas susceptible de constituer un viol, sauf évolution jurisprudentielle. Cette évolution, pourtant juridiquement cohérente au regard de la fundamentalité de ce droit et de son importance dans l'activité médicale, est certes possible mais peu probable. La question est malheureusement politique et profondément clivante en ce qu'elle s'inscrit dans une lutte croisée contre les violences de genre et les violences institutionnelles⁵⁸.

Sophie Paricard

51 - R. Savatier, *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n°1, p. 11.

52 - R. Savatier, *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n°1, p. 11.

53 - C. Lantero et D. Roman, « L'obstétrique et le juge administratif, au-delà de l'accident », RFDA, 2022, 143.

54 - CNDOM, 22 juill. 2019, cité par C. Lantero, D. Roman, art. précité, note 136.

55 - CDPI, Ordre des sages-femmes, 27 juill. 2006, cité par C. Lantero et D. Roman, note 137.

56 - CDN, Ordre des sages-femmes, 17 janv. 2007, cité par C. Lantero et D. Roman, note 138.

57 - CDPI Ordre des sages-femmes, 29 juin 2017, n° 16001 : Massage du périnée en demandant à la patiente d'exprimer ses sensations (radiation), cité par C. Lantero et D. Roman, note 139.

58 - D. Roman, « Les violences obstétricales, une question politique aux enjeux juridiques », RDSS, 2017, p. 867 et s.